
BIBLIOTECA NAZIONALE DI TORINO
DONO
BRUSA
13

35.

ANDREAE FACHINEI

Iuriſconſulti Foroliuienſis,

EQVITIS ET COMITIS LATERANENSIS:

IN CELEBERRIMO PISANO GYMNASIO

Iuris Cæſarei Profeſſoris Ordinarij,



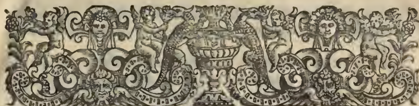
CONTROVERSIARVM IVRIS LIBRI DECEM:

Quibus omnes ferè Quæſtiones præcipuæ; vt ſunt, Iudiciales, Contractuum, Vltimarum Voluntatum, Feudales, Criminales, & aliæ miſcellaneæ, mira breuitate, & perſpicuitate diſcutiuntur.

NVNC PRIMVM IN ITALIA EXCVSI, cum additionibus & emendationibus:

ADIECTO LIBRO DECIMO NVNQVAM ANTEHAC EDITO.

AD SER.^MAM CHRISTINAM A' LOTHARINGIA MAGNAM HETRVRIAE DVCEM.



SER.MAE CHRISTINAE A' LOTHARINGIA MAGNÆ DVCI HETRVRIÆ



ANDREAS FACHINEVS S. D.



VT libri huius frontem Serenissimi nominis tui splendore illustrarem complures causæ effecerunt: Beneficia accepta; Dignitas & amplitudo tua; Operis argumentum. Ex innumeris autem beneficijs, quæ in me contulisti, nullum animo meo insidet altiùs, aut obuersatur crebriùs, quàm cum me ex Germania honorificè euocasti, ac inter iuris professores ordinarios Pisanæ Academiæ benignè cooptasti, nouaque in dies beneficentia auxisti. Erat igitur æquum, vt tibi publicè gratias agerem, & meam erga te obseruantiam omnibus deprædicarem, atque istud qualecunque grati animi testimonium exhiberem. Amplitudinis tuæ tanta est Maiestas, quantam verbis exprimere nequeo. Tu non fœmina, sed vero verbo Heroina es, Caroli Lotharingiæ Ducis filia Henrici II. Galliarum Regis neptis; Et quæ inter maiores tuos Carolum Imperatorem cognomento Magnum, Goffredumque Hierosolymæ liberatorem, ac Regem summo annalium consensu numerare potes. Tu magni Ducis FERDINANDI vxor es: quæ omnia & singula, quàm excelsam atque Augustam præseferant Celsitudinem, omnes facile intelligunt, nemo facile explicare valet. Operis denique argumentum est iustitiæ & æquitatis; quæ illustria sunt sidera in amplissimo præclarissimarum virtutum choro qui te circundat: quod si ars ulla fauore tuo digna est, hæc certè dignissima videtur, quæ ad iustitiæ cultum pertinet. Præclarè Agapetus, qui postea Romanus Pontifex, Imperatorem Iustinianum allocutus, Regna, inquit, atque Imperia fato dantur, & qui ea obtinent, plus ipsi Deo debent, quia plus acceperunt, cum honore super cæteros homines præcellenti ab eo sint ornati. Hoc àutem modo gratiam Deo referent, si ad regni cęlestis similitudinem subiectos regant; Tradidit enim (inquiebat ille) tibi Deus huma-

† 2 næ pote-



næ poteſtatis ſceptra, vt homines iuſtitiæ cultum edoceas, vt & legibus obtemperent, & ſecundum ius regantur: ita Summus ille & Sanctiſſimus Pontifex.

Cum igitur hæc omnia tibi curæ ſint, quis non fateatur auream eſſe in Hetruria ætatem, quam philoſophi regunt, & in qua magni Principes philoſophantur? Sed vt ad tua in me beneficia reuertar, etſi facile intelligo, longè maiora eſſe, quàm vt ſtudijs ac obſequijs meis compenſari valeant, ſolatur tamen me, quòd ſocium habeo eiſdem obſtrictum beneficijs Mercurialem ſocerum meum, qui tanquam parens longè plura pro me, ac maiora ſemper præſtabit. Sic & munus hoc Celſitudini tuæ impar, tua ſubleuabit benignitas: tuarumque virtutum pulchritudo ac magnitudo, quam Elucubratio hæc Scholaſtica vix adumbrare poteſt, ſanctis & perfectis cordibus nota erit, cum quibus tu illa ineffabili pulchritudine perfrueris, cuius viſio eſt ſumma fœlicitas. Piſis. 1601.



CARMEN
IN NOBILIS, MAGNIFICI, ET CLARISSIMI VIRI, D. ANDREAE FACHINEI I.V.D.

Et in celeberrima Academia Ingolstadiensi Iuris Cæsarei Professoris Ordinarij, Librum Controuersiarum Iuris.



AVCTORE GASPARO HELL I. V. D.
Et in Eadem Academia legum Professore Ordinario.


Ncipites si quando logos, distortaque sensa
Passa MINERVA fuit, vel adhuc discrimine aperto
Fluctuat: aut quãdo terras ASTRAEA reuisens
Discordi rapitur mente in contraria; sursum
Auctores multi vertunt, multique deorsum
Dogmata quæ quondam sunt vestigata peritis
Contra extollentes præsentis temporis acta;
Sic opus hoc auro plenum gemmisque refertum
Forsan Mome putas, alienum ætate, nec esse
Alterius studio corradere parta laboris;
Hincq; carere suo fructu, nec digna videri
Nocturnis quæ versentur manibusue diurnis,
Auctori decus hinc nullum nec cedere honorem.
Falleris Aegypti tenebris confusus, & erras
Toto, Mome, polo; ratio diuersa prioris
Est æui: non illa Sophis industria quondam
Quæ nostris, vbi tanta viget discordia Patrum;
Sufficiebat ijs, legum si sensa tenerent,
Quarum pensabant facili dictamine causas;
Iure secus nostro: rimari cuncta Sequaces
Scrutarique solent aditus, indagine quorum
Iuit in immensum diuina scientia legum,
Atque inuenta Patrum dociles auxere nepotes,
Hinc legum primos veluti cognoscere fontes
Non satis est: Pollet grauium censura virorum,
Ardua dum dubio pendet sub Iudice rixa:
Euoluisse igitur fas est monumenta priorum
Consilioque acri falsis discernere verum.
Ventos ergo feris solertem siue laborem,
Vtraque siue fori variantia tempora spectes
Iudiciumque nouæ pereant quo Iudice lites,
FACHINEI amplectenda recens mirandaq; Proles
Nobilis ingenij; obscuras quæ lumine miro
Ambages legum, bifidi simul abdita Iuris
Irradias dubios nodos, agitataq; soluit
Acta foro ancipiti (quæ vera atque vnica Virtus
Consulti) facili, plano & sermone diserto:
Materies vsuque frequens iactataq; Rostris
Hactenus innumeris, rutilat modo sydere claro
Et discussa patet Titane micantior ipso.
Perge animi pars magna mei Collega, proculq;
Nubila pelle; recens surgentesq; excute nubes:
Es potis. Ingenij dotes mihi prodidit vsus
Quo fruimur: tua me dudum facundia cœpit
Attonitumq; dedit grauis experientia rerum.
Ergo legalis si cui sapientia cordi
Qui cupit elucere foro, qui lubrica fata
Causarum facili studio vult esse dirempta,
Hosce legat versetque libros, hos sommiet, alto
Pectore rimetur, limam grauitate seueram,
Iudiciumq; viri secum mirando, fruatur.

CARMEN ALIVD
AVTHORE PHILIPPO MENZELIO D.
ET IN ACADEMIA Ingolstadiensi Professore Medico.


Omanis rerum dominis, quum sceptra subacti
Orbis, & Imperium longè, lateque tenerent
Terrarũ, immensiq; maris, sapientia Legum
Bissenas intrà tabulas fuit omnis: & inde
Dicere ius populis; & ad hanc reuocare statera
Pondera causarum, dextra librante, solebant.
At dum secla, malis crescentibus, altera semper
Deteriora ineunt, scelerumq; licentia gliscit,
Inque dies varium grassans caput altiùs effert:
Emersere bonæ, prauis de moribus ortæ,
Iuridicæ leges, sapienteq; pectore prompta
Tot responsa patrum, noua tot consulta Senatus,
Tortilia in sensus dubios, & cerea flecti,
Ter centum quot non, spatiosa fronte patentes
Comprendant tabulæ: ac tantùm lustrare legendo,
Sit labor, ærumnas indefessi Herculis æquans.
Vsque adeò Iuris, tenui qui fonte cadebat,
Riuus in Oceanum, superantem littora, creuit.
Ergò summa tuis debetur gratia Musis,
Ausoniæ, FACHINAEE, decus, Boijq; Lycei,
MERCVRIALE gener socero dignissime magno

Morborum domitore, & nostri Hippocrate secli.
Namque procellosum, ventis pugnantibus, aequor
Legifera Themidos multumque diuque remensus,
Dulcis aqua puras salso de gurgite venas
Elicis, inq; bonum totus commune laboras.
Scilicet illa dies, noctesque terenda, nec vnquam
Assidua sat trita manu, memorique cerebro,
Vestra interpretibus stipata volumina mille
Codicibus, tenuem dudum rimatus ad vnguem,
Versasti: & succi, quod inest, vescaque medulla
Expromptum in media ponis iam luce fruendum.
Quis rabulas nescit, quibus ars, vberrima quaestus,
Per fora, praetextu, & ficta sub imagine legum,
Tutari fas, atque nefas, in vtrunque paratis,
Venali lingua, & calamo complere tribunal:
Et contestatas in secula ducere lites?
At te; inconcussi quò vis adamantina veri
Pressa diu, & victrix tandem bona causa triumphet;
Te decuit tantis, FACHINAEE, occurrere monstris,
Pandentem latebras, geminiq; sacraria Iuris,
Omnibus ingenij numeris, atque omnibus artis
Perfectum: & serie concinna, & luce docendi
Illustrem: & Latio decorantem dicta lepore.
O studij felix, o fortunate laborum,
Atque operum; cuius, candentibus aurea bigis,
Non moritura, fores, dudum iam gloria pulsat,
Illa manu palmamque ferens, Laurumque perennem.

BALTHAZARI ROERII LOTHARINGI I.C. ET SACRAE THEOLOGIAE BACCALAVREI.

Ad Auctorem Controuersiarum Iuris.

IAMBICI TRIMETRI ET DIMETRI.

Arcana plures Iuris ausi tradere
Docta manu nepotibus,
Legumque sacra interpretari oracula
Tentare multi antiquitùs.
Aetate nostra nobiles scientia
Viri fuere plurimi,
Qui digna cedro, digna magno nomine,
His sunt locuti in artibus.
Magis secundis ausus est conatibus,
Sed nullus his te seculis.
Aequas supremos, vt praeis minoribus,
Scientia par omnibus.
Polles lepore, verba fundis mellea:
Sermonis elegantia
Pulchrè venustus: rebus elegantior:
Vtroque laudatissimus.
Sed quis stupebit? cui nouum videbitur?
MERCVRIVS est tibi pater:
Magis disertum quem solum audit Italum,
Ipso DEORVM nuncio.
Quo sol renascens non videt, vel occidens
Excultiorem in artibus
PHOEBI? Quis ergo posse te mirabitur
Auctore tanto maxima?
Nam pulchra doctè, docta promis pulchriùs:
Tuique cote roboris,
Subtile si quid, difficile, vel arduum,
Hoc efficis facillimum.
Nodosa soluis, & facem obscuris geris,
Nil te moratur abditum.
In alta ducis, quae fuere voragini
Immersa inextricabili
Quaecunque dubia erroribus demerserat
Opinio, multiplici:
Interpretum sensu, tenebris vindicas,
Claroque donas lumine:
Contentiosus, luce controuersia
Contentiosa liberas.
Obscura, clara reddis, inuia peruia,
Iuri polo missum iubar,
Pergas, labore fac tuo ne posteri
Optent, deest quod nomini.
Plenum ingeni des hoc opus, quod secula
Tollant futura laudibus:
Iniuriosa nulla quod silentio
Obnubilet aetas: vel petat
Liuor maligno dente: pulchrum viuere
Aeuo perenni gloria:
ASTRAEA meritam grata tanti muneris
Soluet ministro lauream.
Reddetque nomen post sepulchra cognitum,
Honore casus nescio.
Gaudebit ITALA te superba filio,
Gens maximo BOARIA
Doctore: quicquid clauditur laboribus
Telluris ambobus polis.
Ductore tanto Iura quod percurrerim
Apud meos superbiam.
Frequens magistri nomen vsurpabitur
Tuum mihi: leporibus
Cùm par scientijs vel esse non queam
Potero fide esse mutua.

GLi Eccellentissimi Signori Capi dell'Eccelso Conseglio di X. infrascritti, hauuta fede dalli Signori Reformatori del Studio di Padoa, per relation delli tre à ciò deputati, cioè del Reuerendo P. Inquisitor, del Circ. Secretario del Senato Zuane Marauegia, & de D. Lucio Scarano Lettor publico, che nel libro intitolato il Decimo libro delle Controuersie del Sig. Andrea Fachineo, non si troua cosa contra le leggi, & sono degno di stampa, concedono licentia, che possi essere stampato in questa Città.

Dat. Die iiij. Februarij 1604.

D. Bertucci Bondumier.
D. Piero Moresini.
D. Anzolo Bragadin.
} Capi dell'Illustrissimo Conseglio di X.

Excelsi Cons. X. Secret.
Bonifacius Anselmi.

INDEX LIBRORVM ET CAPITVM, QVO MATERIA

& ordo totius operis vna serie demonstrantur.

LIBRI PRIMI.

De

LIBRI SECVNDI.



LIBRI TERTII.

facere

expressum

LIBRI QVARTI.

Quo-

LIBRI QVINTI.



Alia

LIBRI SEXTI.



Vtrum

LIBRI SEPTIMI.

Sitne

LIBRI OCTAVI.

Ædificans

Emphy-

LIBRI NONI.

LIBRI DECIMI.



Ad



INDEX RERVM ET SENTENTIARVM

QVAE IN HIS DECEM CONTROVERSIARVM Iuris libris continentur.

A

Adiu-

B

C

D

E

Eman-

F

G

H

I

Inter-

L

M

Ma-

filios

N

O

P

INDEX.

Posthu-

Pro-

Q

R

S

rem

T



INDEX
CANONVM ET LEGVM
QVAS AD GENVINAM QVAESTIONVM AC Tractatuum intelligentiam, Author Controuersiarum Iuris vel accuratiùs enodat, vel ingeniosa interpretatione passim illustrat.

Ex Iure Canonico.

Ex ff. Veteri.

L. Quod

Ex ff. Infortiato.

Ex ff. nouo.

Ex Codice.

L.2.

Ex Authenticis.

Ex Nouellis.

Nouel:



ANDREAE FACHINEI I.C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER PRIMVS.

CAPVT PRIMVM.

Vtrum venatio prohiberi à Principibus poßit, eorum subditis, & de iustis causis, & pœnis.

A VENATIONEM à Principibus prohiberi non posse, multa eaque præclara argumenta demonstrant. Quorum illud primum est, quod ipsa venandi potestas, Iure diuino data sit hominibus, vt habetur Genes. 1. *Faciamus hominem ad imaginem, & similitudinem nostram, & præsit piscibus maris, & volatilibus cæli, & bestiis vniuersis*, &c. & Genes. 9. *Crescite, & multiplicamini*, &c. *Terror vester, ac tremor sit super cuncta animalia terræ, & super omnes volucres cæli*, &c.

B Secundum argumentum, quia, vt Arist. in Politic. tradit, homini naturaliter concessus est dominatus in belluas, ideoque eas venando capere potest. Et Caius noster in l. 1. ff. de Acquir. rer. dom. *Quarundam rerum*, inquit, *dominium nanciscimur Iure gentium, quod ratione naturali inter omnes gentes peræquè seruatur.* & post pauca. *Omnia igitur animalia, quæ terra, mari, cælo capiuntur, id est, feræ, bestiæ, volucres, pisces, capientiũ fiunt*, & in l. 3. ff. eod. tit. *Quod enim nullius est*, inquit, *id ratione naturali occupanti conceditur. Nec interest, quod ad feras, bestias, & volucres, vtrum in suo quisque fundo capiat, an in alieno?* Idem docet Imperator Iustinianus C in §. feræ igitur. in Instit. de rer. diu. & Isidor. in c. Ius naturale. 1. distin.

Tertium argumentum est ex l. Iniuriarum 13. §. vlt. ff. de Iniurijs. Vlp. *Et sæpissimè* (inquit) *rescriptum est, non posse quem piscari prohiberi; sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest.*

Atque ita responderunt Anton. Butr. Hostien. & Io. Andr. in cap. Non est. de Decimis. Dec. in consil. 197. num. 1. & 271. num. 1. Ias. in consi. 119. lib. 4. August. Berous in consi. 81. nu. 30. lib. 1. Thom. Grammat. decis. 67. num. 9. Bartol. Cassan. in consuet. Burgundiæ, rubr. 13. §. 7. nume. 4. Guil. de Benedict. in cap. Rainut. de Test. in verbo, *Vxorem nomine Adelasiam*, in quinta decis. num. 313. Bossi. in titu. de Regal. num. 42. Purp. in consil. 535. & 392. lib. 1. Francis. Marc. decis. 530. num. 16. in 1. par. Tiraquel. de Nobil. cap. 37. num. 149. Natta in consil. 375. Rolan. à Valle in consi. 9. lib. 2. Hieron. Schurph. consil. 1. cent. 1. Kirchou. commu. opin. cent. 4. c. 99. Iacob. Menoch. in consil. 298. nume. 18. lib. 3. Crauetta in consil. 643. lib. 4. & 945. lib. 5. Iacob. Cuiac. lib. 4. Obser. cap. 4.

Quibus tamen non obstantibus, eorum sententiã magis probo, qui existimant, Principes, iusta causa subsistente, venationes prohibere posse, quæ sanè sententia non paucos, neque obscuri nominis authores habet. Inprimis tredecim, quos refert, & sequitur Didac. Couuar. in relectione c. Peccatum. de Reg. Iur. par. 2. §. 8. & præterea Nattam in cons. 604. Hyppolitum Riminal. cons. 35. num. 15. lib. 1. & in consi. 68. nu. 25. eod. lib. Francisc. Zoanet. ad l. 2. C. de pact. int. emptor. & vendit. nume. 145. vsque ad nume. 192. & nouissimè Sebastianum Mediceum in tractatu de Venatio. Piscatio. & Aucupio. in 5. quæst. 1. partis.

Probatur autem hæc sententia. Primum ex c. Nemo retia. in tit. De pace tenenda, & eius violatoribus. in vsibus feudorũ. *Nemo retia*, inquit Fridericus Imperator, *aut laqueos, aut alia qualibet instrumenta ad capiendas venationes tendat, nisi ad vrsos, apros, vel lupos capiendos.* Quibus verbis patet, venationem à Friderico prohibitã fuisse, pacis seruandę gratia: sicuti adnotarunt ibi, Mart. Laudensis, & cæteri Doctores.

Secundò probatur ex argumẽto, quo vsus est Couuar. loco superius annotato. *Licet Iure Naturæ*, inquit, *omnia sint communia, possunt tamen à Repub. & Principibus; qui eorum, quæ in nullius bonis sunt, dispensationem habẽt, quædam priuatis ita concedi, vt in posterum, ea priuata, non communia, sint. §. Singulorum. Instit. de rer. diu. l. 1. ff de acquir. rer. dom. & sicut occupatio rerum, quæ nullius sunt*

A *priuatum, iure naturali efficit illud, quod prius commune erat, proprium ipsius occupantis; ita ipsa Respub. eiusve Rector poterit, quæ communia prius erant, nulliusq; in bonis habebantur, in priuatum, Iure dominij, transferre. Iure si quidem naturali omnia fuere ab initio communia, & tamen humana lege facta est rerum distinctio inter priuatos: post quam distinctionem, non licet cuiquam occupare distinctam rem, & alicui priuatim Lege humana addictam, sicut eleganter tradit Corrad. De contract. quæst. 10. & seq. His accedit, quòd humana Lex vel Princeps facere potest, vt dominium rei priuatæ, absque traditione transferatur in alterum, &c. Ergo earum rerum, quæ nullius sunt, & Principis dispensationi subiacent, poterit Princeps dominium, absque apprehensione corporali in priuatum transferre. Hinc etiam constat, Principem posse harum rerum, quæ communes sunt, ex causa, occupationem priuatis interdicere, & sic venationem prohibere.* Hactenus Couuar.

Qui eodem in loco respondet ad illud argumentum, B quo dicitur, venandi potestatem iure naturali, vel gentium, hominibus esse concessam, ac proinde à Principibus prohiberi non posse. *Respondetur*, inquit, *feras, volucres, & cætera animalia Iure naturæ non esse communia positiuè, & affirmatiuè, quia omnium propria sint, communis dominij causa, sed negatiuè, quia nullius sunt, & iure naturali nulli sint applicata; secundùm D. Thomam 1. 2. quæst. 94. art. 5. Idcirco lex humana potest vni potius quàm alteri, ex causa, concedere. Ex quibus infertur, venationem iure naturali omnibus permissam, ex varijs causis posse per Principes prohiberi. Hæc denique collectio, seu argumentatio parum valida est. Hoc iure naturali permissum est: Ergo per legem humanam prohiberi non potest: cùm multa sint iure naturæ licita, quæ, inspecta Reipub. vtilitate, & iuxta æquissimum communitatis regimen, per legem humanam prohiberi possunt. Quod si ita argumentemur. Hoc est Iure Naturæ prohibitum, ergo lege humana permitti non potest; valida omnino est, & firmissima probatio.* Hæc ferè C Couuaruuias. Ex cuius dictis, clara patet responsio ad omnia argumenta prioris sententiæ, Etsi enim Deus animalia subiecerit hominum potestati ac imperio, eosdē tamen homines, Regum & Principum potestati subiecit: quibus cum iusta imperantibus obedire cogantur, sequitur, eisdem obtemperandum esse venationes prohibentibus, iustas & legitimas ob causas.

Sunt autem ex communi omnium sententia iustæ causæ septem potissimùm. Prima, cùm ex consuetudine antiqua potestas ipsa venandi solis Principibus concessa est. Nam tunc meritò alijs interdicere possunt venationes: quemadmodum in Germania obseruatur. Vide Guidonem Papium, decis. 514. Francis. Marcum, decis. 530. num. 14. vers. Veruntamen in talibus. Purpuratum in consil. 534. num. 8. lib. 2. Hyppol. Riminal. in cons. 35. num. 17. lib. 1. Zoanet. in d. l. 2. C. de pact. int. emptor. & vend. num. 174.

Secunda est causa. Vbi ea potestas Principi ab Impe- D ratore concessa est in inuestitura ipsa Ducatus, Comitatus, vel Marchionatus. Vide Iacop. de S. Georg. in Trac. Feudor. in verbo, Et cum venatio. nu. 9. & Zoanet. loco proximè citato, ante num. 70.

Tertia est causa, cùm subditorum consensus adest, qui prohibitioni à Principe factæ acquiescunt, & longum tempus præterlabitur. Vide Iacop. loco annot. proximè, & vide text. in l. Si quisquam, ff. de diuers. præscription. Francis. Marcum, & Cassanæum locis superiùs allegatis.

Quarta est causa, si temporis vetustas adsit, cuius initij memoria non extet, ex quo Principes venationem subditis suis prohibuerint. Tanta enim temporis diuturnitas pro iure, & causa sufficeret, tametsi ius non probaretur, argument. l. 2. & l. vlt. ff. de aqua pluuia arcen. Vide Zoanet. loco citato, num. 165. Decium in consil. 271. Ruin. cons. 28. lib. 1. & Balb. de præscript. 4. par. 5. part. princ. quæst. 6.

Quinta est causa. Si Principes quædam loca sibi eligant, in quibus venationes exerceant, cæteris eam interdicendo. Hanc esse causam iustam, vt se Principes recreare possint, quibus maximæ curæ circa Reipub. administrationem incumbunt: tradunt Tiraquell. de Nobil. cap. 37. num. 139. Dominic. Sot. de Iust. & Iu. lib. 4. quæstio. 6. artic. 4. Sebast. Medice. in d. Tract. de Venatione, in 1. part. quæst. 5.

Sexta est causa, si prohibeatur Venatio à Principe, ne Agricolæ, Artifices, Mercatores, Operarij, & Mercenarij, venandi studio nimis dediti, Agriculturam, & cætera officia, & ministeria deserant, quibus ciuitates, & populi magnoperè iuuantur, & conseruantur. Tale immoderatum venandi studium olim in Germania extitisse ex Tacito, & Suetonio constat. Et huic sententiæ suffragatur, quòd Iure nostro videmus interdici quibusdam officia, & exercitia, alioquin iusta, & honesta, quò magis proprio officio, & artificio vacare possint, vt in titul. C. Ne rustici ad vllum officium deuocentur, & in titul. C. Negotiatores ne militent. & in l. penultima, & vltima, C. de cohortalibus, libro 12. Vide Tiraquell. loco annotato, numero 150. & Guil. de Benedict. in cap. Rainut. in verbo, *Et Vxorem nomine Adelasiam*, decis. 5. numero 338.

Septima est causa, ne prætextu venationis arma subditi ferant, rixæ excitentur, homicidia & latrocinia committantur, atque adeo publica pax turbetur. Vide tex. in d. c. Nemo retia, in tit. De pace tenenda, & eius violatoribus. Guilielmum Benedictum loco proximè citato, vbi multa in hanc sententiam adfert.

Superest, vt de pœnis, quibus affici contra Principis edictum operam venationi dantes iure possunt, breuiter differamus. Etenim variè hac de re Prudentes respondisse constat. Iacob. Aluarot. in d. c. Nemo retia, eos esse puniendos, tanquam pacis violatores, dixit. Guido Papa decis. 218. pœnis corporalibus affici consueuisse testatur. Dominicus Sotus lib. 4. de Iust. & Iu. quæstio. 6. artic. 4. pœnas esse moderandas, docet. Mart. Nauarr. non esse multandos morte, aut membri abscissione, semel delinquentes respondit, in Manual. Confessor. capit. 17. §. 11. num. 221. Alfon. à Castro, libro 1. de potest. legis pœnalis, capit. 6. Tyrannos appellat Principes eos, qui morte mulctari iubent quenquam ex leuissima causa, vt puta: quia ceruum, in sylua sua inclusum, occidit, pluris ceruum, quàm hominem æstimantes. Varias denique constitutas fuisse pœnas contra venatores, à Regibus & Principibus Galliarum, testis est Guilielmus de Benedictis, in d. capit. Rainutius, verbo, & vxorem, decis. 5. numero 353. Et autor est Valer. Max. lib. 6. tit. de Seuerit. Domitium Prætorem Romanum olim Siciliæ Rectorem, cùm ad eum eximiæ magnitudinis aper allatus esset, duci ad se Pastorem iussisse, à quo esset interfectus, & posteaquàm inuenit, eum venabulo vsum esse, mandasse eum crucifigi: quia ipse ad exturbanda latrocinia, quibus prouincia vastabatur, ne quis telum haberet, edixerat.

Ego hanc disputationem quinque conclusionibus expediri posse commodè, existimo. Quarum prima hæc est. Venantes semel aduersus Principis edictum, morte multari non possunt. Hæc conclusio est Dominici Soti, & Nauarri, necnon Alfonsi à Castro, locis proximè citatis: & probatur: quia, licet scriptum sit, libro primo Regum, capit. 14. & in capit. 2. de Maioritate & Obedientia, *Qui Principi non obedierit, morte moriatur*: & idem ferè in l. Vniuersæ, C. de Veteris numismat. potestate, libro 11. Hæc tamen est ab omnibus recepta sententia, illud esse accipiendum, cùm in re magni momenti, ac præiudicij, vnde scilicet, & Deus, & Respub. magnoperè offendatur, mandatum Principis negligitur. Cæterùm si de leuioribus causis agatur, pœna mortis locum non habet, sed alia mitior, Iudicis arbitrio, personarum, & rerum circumstantijs consi-

considetatis, statuenda est: vt declarant optimè Menoch. de Arbitr. Iud. Casu 365. Prosper Farinatius, commu. concl. & quæst. criminal. titu. de delict. & pœnis. quæst. 19. nu. 22.

Secunda est conclusio. Semel venantes contra Principis edictum membri abscissione multandi non sunt. Hæc conclusio est Nauarri, & Soti, locis proximè citatis: & confirmari potest ex eo, quòd pœna abscissionis membri grauissima reputatur. Vide Alexand. consil. 13. nume. 17. & in consil. 55. nume. 4. lib. 7. & in l. Transigere, C. de Transactio. & Alciat. ibid. nume. 42. Quare huic delicto, quod non adeò graue est, & Reipub. perniciosum, haudquaquam conuenire videtur tam grauis pœna.

Tertia conclusio. Venantibus primò contra Principis edictum indicenda est pœna carceris, vel pecuniaria, aut alia similis. Hæc conclusio est ex mente Nauarri, & Soti, locis supradictis. & probatur eo argumēto, quòd cum pęna mortis, aut abscissionis membri locum habere non possit, necesse est, vt aliqua alia leuior ac mitior adhibeatur, ex his quæ dicta sunt. Vnde Esdræ cap. 7. in fine dicitur: *Omnis qui non fecerit legem Regis diligenter, erit iudicium in eo, siue in mortem, siue in exilium, siue in condemnationem substantiæ eius, vel certè in carcerem.*

Quarta conclusio. Venantibus contra Principis edictum non solum semel, sed etiam iterum, & sæpius, pęna grauior est infligenda, non solum pecuniaria, aut relegationis, sed etiam corporalis, si ita facti, & personarum qualitas exigat. Hæc conclusio non repugnat traditis à Martino Nauarro loco superiùs annotato. Dum enim negat semel peccantem ea pœna coerceri debere; satis affirmare videtur, coercendum eum, qui sępius peccauerit. Ab eadem sententia facit, quod tradit Sebastian. Mediceus d. Tract. part. 1. q. 5. nu. 7. & quod legibus nostris passim constitutum est: nempe crimina iterantem, ac frequentantem grauiori animaduersione dignum esse, l. 3. C. de Episcopali Audientia. l. Capitalium, §. Solent, & §. Grassatores ff. de Pœnis, l. 3. vers. Si plures, ff. de re militari, l. Seruos, C. ad l. Iul. de Vi.

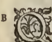
Cæterum illud in quæstionem vocari potest, sitne necesse eum qui se semel deliquit, punitum fuisse, vt si iterum delinquat, atque iterum, grauiùs ac seueriùs puniri possit. Et quidem Franciscus Herculanus in Tract. de Cautione de non offendendo, cap. 39. nu. 10. illud exigere videtur, vt semel sit punitus authoritate Decij, & Cagnoli in l. Bona fides. ff. de reg. Iur. qui hoc non dicunt. Quamobrem contrariam sententiam probabiliorem esse iudico, quia leges, quæ ob frequentiam & consuetudinem delinquendi, seueriores pœnas indicunt, hanc circumstantiam non requirunt, vt reus semel pœna affectus sit; Atque ita docent Anton. Gomes. comment. Iu. Ciu. tom. 3. cap. 6. tit. de furto, nu. 9. & Prosper Farinatius commu. opin. & quæst. crim. q. 23. nu. 9. & 10. Quibus adstipulantur, qui docuerunt seueriori animaduersioni locum esse ob delicti frequentiam & iterationem, vbi is, qui primò delictum perpetrauit, eius à Principe indulgentiam obtinuerit. Vide Cass. in consuet. Burgund. in rubr. 1. §. 5. vers. Simplex, nu. 20. Couuar. lib. 1. variar. resol. cap. 10. nu. 2. Menoch. de Arbitr. Iud. casu 295. num. 19.

Quinta & postrema conclusio. Venantes contra Principis edictum, non solùm semel, verùm etiam sæpius, ita vt Principem contemnere videantur, & incorrigibiles, vt vulgò loquimur, facti sint, pœna capitali plecti possunt. Hæc conclusio probatur ex alia communi ab omnibusque approbata sententia, eum scilicet, qui sæpissimè delictum aliquod committit, capitali pœna afficiendum, licet delictum per se capitale non sit, scilicet propter maximum contemptum Principis. Vnde locum habet hoc in casu, quod dicitur, *Qui Principi non obedierit, morte moriatur.* Facit ab hac sententia text. in l. prima, C. de superexactoribus, lib. 10. in illis ver-

A bis: *Capitali periculo cupiditas eius amouenda & prohibenda est, si in iisdem sceleribus perseueret.* Vide Grammat. in consi. 17. nume. 16. Marsil. sing. 378. Ioseph. Mascard. de Probatio. vol. 2. concl. 838. num. 4. Prosper Farinat. commu. opin. & quæst. crim. q. 23. num. 2. & ad rem nostram Nauarr. loco suprà citato, quatenus dicit, pœnam mortis & mutilationis membri, non esse pro prima vice, vt ipse loquitur, statuendam; quia huiusmodi seueritas inquit, non est exercenda nisi in solitos id facere, & contumaces.

CAPVT II.

Quomodo sit accipiendum quod dicitur, Principem legibus solutum esse; ad interpretationem l. Princeps, ff. de legibus.

B Vatuor hac de re Doctorum sententias animaduerto. Prima est Ioannis Corasij lib. 2. Miscellan. c. 25. & Ferdinandi Vasquij Controuers. illustr. lib. 1. c. 26. nu. 15. Principem ijs legibus solutum esse, quæ ad Iuris solennia pertinent, puta in contractibus, testamentis, & similibus. Cæterùm, ijs legibus, quæ bonum publicum respiciunt, & ex Iure naturali, vel gentium proficiscuntur, veluti fidem esse obseruandam, contractus obligationes parere, ac similes, nequaquam solutum esse. Huius rei argumento est l. Ex imperfecto. C. de testam. ibi. *Licet enim Lex imperij, solennibus iuris Imperatorem soluerit*, &c. Neque enim Populus Romanus, qui in Imperatorem omnem contulit potestatem, eundem soluere Legibus naturalibus ac Iuris Gentium potuit.

Secunda est interpretatio ac sententia, Iacobi Cuiacij lib. 15. Obseru. cap. 30. hoc, quod dicitur, Principem Legibus esse solutum, non generaliter accipiendum es- C se, sed referendum ad leges caducarias, nempe Iuliam & Papiam. Cuius rei argumento est inscriptio ipsius legis. Sic enim habet Vlpianus lib. 14. ad legem Iuliam & Papiam. *Nam & lege Falcidia solutum non esse Principem, demonstrat l. 4. C. Ad legem Falcid.* & lege Glicia non esse solutum, patet ex l. Papinianus, §. Si Imperator, ff. de Inofficioso Testam.

Tertia est sententia Gulielmi Budæi, in annotatio. ad Pandect. quem & Zasius secutus est in Comment. huius legis. Is ex Arist. lib. 3. Politic. docet, in Rep. bene constituta, Ciues quadam æqualitate teneri, & vt regant, & vt regantur. Cæterum, si vnus sit, vel plures, qui virtutis præstantia alios antecellant, Heroasque æquare, aut debeant, aut credantur, manifestum est, legibus in ciues; hoc est, in populum latis, sacrosanctos homines non teneri, augusta illa dignatione eximios. Ad hæc cùm inter Patrem & liberos, dominumque & familiam, nullum ius ciuile intercedat, & earum ratio sit inter Principem & populum, sequitur, Principem legibus non D teneri.

Quarta & postrema est sententia D. Thomæ, q. 96. artic. 5. In 1. parte. Soti, de Iust. & Iu. lib. 1. q. 6. art. 7. & Didaci Couuar. in Relect. c. Alma Mater, par. 1. §. 1. nu. 4. Principem legibus esse solutum, quoad vim coactiuam, quia videlicet eum nemo cogere potest ad leges obseruandas; sed non quantum ad vim directiuam, quia tenetur eas seruare. Hanc eandem sententiam nouissimè secutus est R. P. Gregorius de Valentia, huius Vniuersitatis Ingolstadianæ, immò totius Catholicæ Ecclesiæ splendor maximus, quem honoris causa nomino, in 2. Tomo Comment. Theol. Disp. 7. quæstio. 5. par. 4. Et hæc quoque mihi videtur probabilior expositio & sententia.

Probatur primò ex l. Digna vox, C. de legib. vbi Theodosius, *Digna vox Maiestate regnantis, legibus alligatum se profiteri; & reuera maius Imperio est, submittere legibus*

Principatum. Vide hic vim directiuam. Vim autem coactiuam habes ex d. l. Princeps, ff. de legib.

Secundò ex l. Ex imperfecto, ff. de legat. 3. ibi. *Decet enim tanta Maiestati, eas seruare leges, quibus ipse solutus videtur*.

Tertiò ex l. 3. C. de Testam. ibi. *Nihil tamen magis proprium est Imperij, quam legibus viuere*.

Quartò ex §. vlt. in Instit. quib. mod. testam. infirmentur. *licet*, inquit, *legibus soluti simus, legibus tamen viuimus*. hic habes vim vtramque.

Quintò probatur ex cap. 3. D. Matthæi, vbi reprehenduntur à Christo illi, qui dicunt, & non faciunt, & imponunt alijs onera grauia, ipsi autem ne digito volunt ea mouere.

Sextò probatur authoritate Platonis, lib. 4. de legibus, ita dicentis: *Paratum exitium illi ciuitati video, in qua non lex Magistratibus, sed legi Magistratus præsunt: salutem verò illi, vbi lex seruientibus Magistratibus dominatur*. Probatur & alijs argumentis, quæ diligentissimè adfert R. P. Gregorius loco annotato. Cæteræ expositiones videntur mihi magnoperè incommodæ: nam prima docet Principem solutum esse legibns, quantum ad solennia Iuris: non rectè, quia solutus est quoad omnia, si spectes vim coactiuam. Secunda verò sententia, leges claras & generales, quibus dicitur, Principem legibus non teneri, ad leges caducarias, non rectè restringit. Tertia nimis liberum & solutum Principem facit, cùm tamen ipse lubens se subijciat, & maius Imperio existimet, subijcere legibus Principatum. Vide hac de re etiam Connanum lib. 1. Comment. Iuris, cap. 16.

CAPVT III.

Quomodo accipiendum sit, quod dicitur, æquitatem præferendam esse rigori, ad interpretationem l. Placuit, C. de Iudicijs.

*Lacuit in omnibus rebus præcipuam esse æquitatis, quam stricti iuris rationem*. Ita scriptũ reliquit Constantinus, in l. 8. C. de Iudicijs. Neque enim illud verbum, *æquitatis scriptæ*, quod in plerisque codicibus habetur, agnoscunt amplius viri docti, vt patet ex Antonio Augustino, lib. 4. Emend. cap. 8. ex Connano, lib. 1. Comment. Iuris, cap. 11. & alijs plerisque, quos sciens prætereo. Cæterum, hæc sententia legis in dubium reuocatur, nec immeritò. Nam inprimis pugnare videtur cum l. 1. C. de legib. vbi idem Constantinus: *Inter æquitatem*, inquit, *& Ius scriptum interpositam interpretationem, nobis solis & oportet, & licet inspicere*. Deinde contrarium respondit Vlpianus, in l. Prospexit, ff. Qui & à quibus, ibi, *Perquam durum est*, inquit, *sed ita lex scripta est*. Tertiò aduersatur Sancius August. distinct. quarta, cap. 3. dum respondet: *Postquam leges constitutæ sunt, non de ipsis iudicari oportere, sed secundum ipsas*. Quartò Aristot. lib. 1. Rhetor. cap. decimotertio, vbi hanc inter Arbitrum, & Iudicem differentiam esse statuit, quòd Iudex legem scriptam sequi debeat, Arbiter verò æquitatem. Postremò & Cicero in Oratione pro Ligario, vbi dicit, Populo, & Senatui permissum esse, non autem Iudicibus, à verbis legis recedere. Contra verò, æquitatem esse amplectendam, & sequendam, præter Constantinum, hoc in loco, responsa extant Iurisconsultorum frequentissima, vt in l. In omnibus, ff. eodem titulo, in l. Et si quis, §. Idem Labeo, ff. de religiosis, & sumpt. fun. in l. Quod Ephesi, §. Interdum, ff. De eo quod certo loco. in l. Si seruum, §. Sequitur, ff. de verb. oblig. in l. Si me, & Titium, ff. Si certum petatur, & alijs sexcentis locis. Tractant hanc quæstionem ac controuersiam præter interpretes classicos, sanctus Thomas, 2. 2. quæst. 120. art. 1. Franciscus Connan. lib. 1. Comment. Iur. cap. 7. & Illustrissimus Cardinalis Bolognettus, in

A suis doctissimis ac elegantissimis Commentarijs, de Lege, Iure, & Aequitate, cap. 34.

Ego hanc rem explicare soleo tribus Conclusionibus, quarum Prima hæc est. Vbi verba legis adeo clara sunt, vt salua ratione recti sermonis recipere nequeant interpretationem, quę ex bono & æquo adhiberi potest, seruanda est lex, quantumuis dura esse, & æquitati repugnare videatur. Atque huc Vlpiani responsum pertinet in d. l. Prospexit: nam in ea specie, verba legis erant satis clara, vt perpendit ibi Vlpianus, dicens: *Quia ita verba faciunt, vt ne eum quidem seruum, qui extra ministerium eius mulieris fuit, vel in agro, vel in prouincia, possit manumittere, vel alienare*.

Secunda Conclusio. Vbi verba legis non sunt adeo clara, atque adeo generalia, vt excludant interpretationem ex bono & æquo, tunc ea interpretatio valere debet, ac stricto Iuri præferenda est. Ita sunt accipiendæ leges superiùs commemoratæ, quibus potiorem æquita-
B tis, quàm stricti Iuris rationem habendam esse demonstratur. Sanè, exemplis ab Aristotele & D. Thoma allatis, hanc sententiam illustrare possem, sed supersedeo, cum libri sint vulgares, & omnibus in promptu esse possint.

Tertia est Conclusio. Quoties verba legis tam clara & præcisa non sunt, vt interpretationem ex æquo & bono respuant, veruntamen non adeo certum & expeditum est, quid bonum, quid æquum existat, tunc Princeps consulendus, & adeundus est, atque ita accipienda est l. 1. & vlt. C. de legibus, & si quæ aliæ sunt, vel leges, vel authoritates, quibus est Iudicibus prohibitum, ne à verbis legis recedant. Neque enim Iudicibus recedere permissum est absque Principis rescripto & cõsilio. Non ignoro, aliter hanc rem interpretatum fuisse Illustrissimum Cardinalem Bolognettum, sed mihi magis probatur quod dixi, & nisi fallor, magis communiter receptum est.

C

CAPVT IIII.

De petitione hæreditatis, contra titulo possidentem intentanda, Controuersia vna.

Nter omnes conuenit, eum regulariter petitione hereditatis teneri, qui pro herede, vel pro possessore possidet, l. Regulariter, ff. de petit. hæred. Quare, si quis bona fide, & iusto titulo rem possideat, nequaquã tenetur. Cæterùm, si titulum consecutus sit ab eo qui petitione hæreditatis conueniri poterat, vtrum eo in casu conueniri possit, non est eadem omnium sententia. Sunt enim qui affirmant conueniri posse, eo argumento, quòd absurdum esse videtur, eum, qui in alterius ius succedit, plus Iuris habere, quàm authorem suum, vt in l. Si mulier, §. 1. ff. ad Velleianum. Ita responderunt Bartol.
D in l. Cogi, C. de petitio. hæredit. & in l. Neratius, ff. eod. tit. Angel. & Imola, in l. Si is, qui bonis, ff. de acquiren. hæredit. Castr. in l. vlt. ad fin. C. de edicto D. Hadriani tollendo. & ibid. Iacopi. de S. Georgio, idem Castr. in consil. 138. nu. 4. lib. 2. Alex. in consil. 184. col. 2. lib. 5. Ias. in l. 1. nu. 10. C. de Inoffic. testam. Osascus decis. Pedemont. 55. vbi alios citat: quibus accedant Ruin. in consil. 54. col. vlt. lib. 4. Dominus meus Cephal. in consil. 386. lib. 3. Pancirola, in consil. 119. Marzar. de fideicommissi. quæst. 60. Vrsill. ad Afflictum, Decis. 228. Angel. Aret. in consil. 93. in fine, Corn. in consil. 207. lib. 1. D. Menoch. de Adipiscenda possess. remed. 1. nu. 62.

Alij verò docuerunt, eum teneri petitione hæreditatis, qui titulum consecutus est ab eo, qui conueniri ea actione poterat, si lite pendente, titulum consecutus fuerit, aliàs secus. Talis enim titulus lite pendente acquisitus, videtur esse iniustus, l. 5. ff. de petit. hære-

hæreditat. l. Alienationes, ff. Familiæ Erciscundæ. & tradit optimè Bart. in l. 3. §. Opus, ff. de Alienatio. Iudicij mutandi causa facta. Ita docuerunt Alex. ad l. vlt. col. penult. C. de Edict. D. Hadri. toll. Francisc. Aret. in l. Is, qui bonis, col. vlt. ff. de Acquir. hæred. Corn. in consil. 201. lib. 1. Iason. in §. Actionum, nu. 220. in Instit. de Actio. Vbertinus Zuchardus, in d. l. vlt. num. 218. Couuar. practic. quæst. cap. 12. Natta in consil. 15. Hieronym. Gabriel. consi. 31. nu. 45. Rota Bononiens. apud Petrum Benintendium decis. 35.

Hæc posterior sententia videtur mihi verissima, authoritate l. Etiamsi putauit, 35. §. 1. ff. de petit. hæred. vbi Iurisconsultus respondit de hac ipsa facti specie, cùm scilicet titulum quis habet ab eo, qui petitione hæreditatis tenebatur, & ait, eum, qui titulum acquisiuit, duobus casibus posse conueniri, si videlicet hæreditatis venditor non extet, vel modico pretio vendiderit; ex quo argumentum sumitur, in alijs casibus secus esse statuendum. Reddam ipsius Iurisconsulti verba: *Quod si quis* inquit, *hæreditatem emerit, an vtilis in eum petitio hæreditatis debeat dari, ne singulis Iudicijs vexetur? Venditorem enim teneri certum est* (hic ergo titulus acquiritur ab eo, qui tenebatur) *sed finge non extare venditorem, vel modico vendidisse, & bonæ fidei possessorem fuisse, an porrigi manus ad emptorem debeant? & putat Caius Cassius dandam vtilem actionem*, &c.

Solidius mihi videtur hoc argumentum, quàm contrariæ sententiæ, ex ea regula desumptum. Successorem melioris conditionis esse non posse, quàm Authorem, vt in l. Si mulier, vlt. §. 1. ff. de petit. hæred. quoniam argumenta ex huiusmodi regulis generalibus valde sunt periculosa. In specie quidem d. l. Si mulier, regula sibi locum vendicat summa ratione, nempe, mulierem, pignora repetere posse per intercessionem data, non solùm ab ipso Creditore, verùm etiam ab Emptore. Meritò: nam plus Iuris Emptor non habet, quàm Creditor haberet. Nec ex eo, quòd pignora vendita fuerint, mulier actionem amittit. At in specie, de qua nostra est disputatio, Is, qui titulum iustum & bonam fidem habet ante litem institutam, plus Iuris habet, quàm Author eius, neque enim titulum is habuit, & cùm nec pro hærede, nec pro possessore possideat, conueniri hæreditatis petitione non potest.

CAPVT V.

De tertio ad Iudicium veniente, Controuersia vna.

CVm inter duos litigatur de rei alicuius dominio, vel possessione, si tertius ad Iudicium veniat, ac petat sibi rem adiudicari, atque ita se litigatoribus opponat, constat inter omnes, eum admittendum esse, & audiendum, ex l. Bona fides, ff. Depositi, & ex alijs legibus permultis. Cæterùm, illud est controuersum, An Iudicium inter priores litigatores inchoatum, impedire ac retardare possit, ita vt Iudex debeat vna sententia omnium trium personarum controuersiam ac litem dirimere. Etenim Alciat. in d. l. Bona fides, respondit, vna sententia omne negotium terminandum, authoritate Baldi, in c. 1. §. Si duo, De pace tenenda, & eius violatoribus, vbi Baldus ita docet, authoritate Innocentij, in c. Veniens, 2. de testib. & sequuntur Alexand. ad Bart. in l. Is, à quo, ff. de rei vendic. Felyn. in c. Cum super, num. 11. in 3. limit. de sententia & re iudicata, & ibi etiam Imola, necnon Afflict. in d. §. Si duo, Vrsillus ad Afflictum, Decis. 235. Nouissimè D. Iac. Menoch. in consi. 488. lib. 5. vbi eiusdem sententiæ alios authores commemorat, nempe Bar. in l. Si quis libertatem, nu. 1. ff. de petit. hæred. Petrum Anton. Angussolam, in consi. 62. & Vincentium de Anna Neapolitanum, in Allegat. 76. nu. 6. lib. 2. affirmantem, sic obseruatum fuisse in causa Illustrissimorum fratrum de Gonzaga. & ibid. Menoch. multa præclarè, & eruditè disputat, ad consultationem suam pertinentia; in qua quidem causa ego aliquando Iudex fui Placentię. Vertebatur enim coram Placentino Consilio, cui & ipse vnà cum alijs adsidebam; Sed quod attinet ad punctum quęstionis, eo vtitur potissimum argumento, quòd cum tertius, qui se opponit, impediat eum, qui primo egit, quò minus rem, seu possessionem consequatur, meritò impedire quoque processum causæ debet; Sed non est mihi animus ea confutare, quæ vir præstantissimus deducit, præsertim, cùm mihi constet, eam causam & litem, nondum esse definitam. Illud duntaxat hic admonendum putaui, nec mihi, nec alijs Consiliarijs supradictam Doctorum sententiam probari potuisse: existimo enim, tertium comparentem, ac se opponentem, audiendum quidem, & admittendum esse, & si meliorem causam habuerit, rem illi adiudicandam fore. Cæ-

B terùm, si post inchoatum iam iudicium sit admissus, nihil proponi video, cur processum iam inchoatum retardare possit, & expectare Iudex debeat, vt & ipse causam instruat, antequam sententiam inter priores litigantes proferat. Etenim, quid in tali specie Iudicem seruare oporteat, præclarè docet Iurisconsultus, in l. Is à quo, ff. de rei vendic. & in l. penult. ff. de petit. hæred. nempe, vt priori, qui actionem instituit, per sententiam res adiudicetur, ea cautione præstita, vt si alter fundum euincat, illum restituat. Legis verba hæc sunt: *Is, à quo fundus petitus erat, ab alio eiusdem fundi nomine conuentus est? Quærebatur, si alteri eorum fundum Iudicis iussu restituisset, & postea secundùm alterum petitorem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret. Respondi, vt priori Iudex adiudicaret, eum oportere ita petitori fundum restitui iubere, vt possessori caueret, vel satisdaret, si alter fundum euicisset, eum præstare.*

Respondet D. Menoch. loco annotato, hanc legem

C loqui, quando agitur de sententiæ executione, ex Andr. Geyll. lib. 1. Obseru. cap. 70. nu. 15. Sed tanti viri pace, non rectè, quia repugnant legis verba, ibi: *Quærebatur, si alteri eorum fundum Iudicis iussu restituisset*, &c. *Respondi, vt priori Iudex adiudicaret*, &c. Hæc verba indicant sententiam proferendam, non autem executionem sententiæ latæ, prout & sequentia. *Eum oportere ita petitori fundum restitui iubere*, &c. quæ quidem verba conueniunt sententiæ dictioni, non autem executioni.

Atque ita hanc rem interpretati sunt repudiata priore sententia, Anton. Butr. Belameta. Felyn. & Angel. quos refert, & sequitur Couuar. practicar. quęst. cap. 14. nu. 4. Rota, Decis. 4. tit. de Iudicijs, in antiquis, incipiente: *Tres veniunt ad causam*. Iosephus Ludouicus, Decis. Perusina 26. nu. 26. Ioan. Marc. Aquilin. in l. Naturaliter, §. Nihil commune, nu. 84. in 1. parte, ff. de acquir. possess.

D Quæ verò adseruntur pro contraria opinione, facilè confutari possunt, quia etsi tertius admittendus sit, & audiendus, non tamen sequitur, eum impedire ac retardare posse causæ prius institutæ exitum. At impedit restitutionem rei ipsius. Concedo, si de iure suo docuerit, antequam sententia à Iudice proferatur inter priores litigatores: nam si tardè ad Iudicium venerit, non eum expectare, donec causam instruat, Iudex iubetur, sed petitori rem adiudicare cautione præstita. Alia hic argumenta contrariæ opinionis non commemoro, neque refello, quia nullum animaduerti, quod speciem probabilitatis præseferat, nititur enim ea sententia, sola Innocentij authoritate, ita docentis, ex quadam textus Canonici interpretatione, quam nec ipse secutus est, nec alij.

CAPVT VI.

Vtrum compensatio locum habeat, vbi quantitas ex vna parte debetur, ex altera verò quantitas debetur, quæ se habet ad instar speciei.



Vm certum corpus nummorum designatur, veluti centum, quæ in arca habeo, quantitas videtur deberi tanquam species quædam, vnde in controuersiam venit, An si talis quantitas ex vna parte debeatur, compensatio locum habeat cum quantitate simpliciter debita ex altera parte; & locum habere, affirmarunt Vltramontani Doctores, quos Bart. Alex. Corn. Iacopin. Socin. Ias. & quidam alij secuti sunt, in Comment. ad l. Cum fundus, §. Seruum tuum imprudens, ff. Si certum petatur. Quorum illud est argumentum, quòd compensationi hoc in casu obstare non possit, quòd ex vna parte quantitas debeatur, ex altera verò quodammodo species, sicuti aliàs regulariter obstat, ut in l. Si conuenerit, ff. de pignoratitia actio. nam ideo obstat speciei, quòd in eam cadit affectio, propter quam Creditor ad compensandum compelli non potest. Cæterum, in nummis affectio considerari non potest, l. Nummis, ff. de in litem iurando. Consequenter, nullum est impedimentum, quò minus compensationi fit locus. Huc accedat, quòd in deposito specialiter constitutum est, vt compensatio locum non habeat, l. vlt. C. de compensat. & tamen pecunia depositi nomine restituenda, videtur consideranda, non ut simplex quantitas, sed ut species, quia idem corpus nummorum reddi debet. Hoc igitur argumentum est, in cæteris casibus, in quibus hoc modo quantitas vtrinque debetur, compensationi locum esse, alioquin Iure constituto in depositi causis opus non erat.

Secunda est sententia: Compensationi locum esse, si quantitas sit designata & expressa, quamuis sub certo nummorum corpore, si verò expressa non sit, locum non esse Authores huius sententiæ commemorantur ab Alex. & Aret. in d. §. Seruum tuum. Pro cuius sententiæ confirmatione nihil allatum inueni.

Tertia est sententia Tyndari, in Tract. de Compensationibus, colum. 5. Vt siquidem pecunia, quæ debetur vt species, extet, locus compensationi non fit, quia debitor præcisè cogitur ad eam soluendam, si verò non extet, secus.

Quarta & postrema est sententia, quæ mihi omnium verissima videtur, compensationem non admitti in proposito casu. Authores sunt Accursius, Aretinus, Ludouicus Romanus, & Decius, in d. §. Seruum tuum imprudens.

Adsertur pro hac sententia text. in d. §. Seruum tuum, quatenus ibi Iurisconsultus docet, peculiares nummos vendicari posse, licet is, qui vendicat, deberet quantitatem, quasi peculiares nummi certam speciem constituere videantur, quæ proinde causa sit impediendæ compensationis. Sed mihi magis hanc sententiam probat text. in l. Sed si certos, de legat. 1. vbi Iurisconsultus: *Sed si certos nummos, veluti quos in arca habet, aut certam lancem legauerit, non numerata pecunia, sed ipsa corpora nummorum, vel res legata continentur, neque permutationem accipiunt, & exemplo cuiuslibet corporis æstimanda sunt.* Hactenus Iurisconsultus. Si permutationem non accipiunt tales nummi, & vt certum corpus æstimandi sunt. Ergo compensatio locum habere non potest.

Respondet Alexander, id non esse generaliter accipiendum, sed in illis tantum casibus locum habere, de quibus in præcedenti lege, non rectè, quia Iurisconsulti responsum generale est, nec verba adeo generalia, ita sunt coarctanda contra eorum proprietatem & naturam.

A Nec prioris sententiæ fundamentum est satis solidum, quia in nummis affectio non consideratur, quantum ad hoc, vt iuramentum in litem deferatur, pro eo, quod interest, certa est enim nummorum æstimatio, vt inquit Iurisconsultus in d. l. Nummis; Sed quoad alios effectus, ad excludendam scilicet compensationem, seu permutationem, quin affectio considerari queat, negari non potest, vt patet ex d. l. Sed si certos.

Quod verò dicitur, in deposito cessare compensationem quodam iure constituto, & speciali, & consequenter in alijs secus esse statuendum, nihil obstat: quia in deposito cessat compensatio, quomodocunque fiat, siue nummi deponantur vt certum corpus, siue vt certa quantitas: cum tamen aliàs regulariter debita quantitas, compensationem cum alia debita quantitate simili recipiat.

Porrò illa distinctio, vtrum certa designetur quantitas, nec ne: confutatur ex l. Planè, 34. §. 7. de leg. 1. ibi:
B *Si non certum nummorum corpus sit sapius relictum, vt puta centum, qua in arca habet, sapius legauit. Tunc enim fundo legato esse comparandum credo.*

CAPVT VII.

Vtrum debitor, qui iurauit se soluturum, obijcere compensationem possit.



Vratus debitor compensationem obijcere an possit, vulgaris est controuersia. Sunt enim qui affirment, sunt qui negent, nec desunt, qui distinctione vtantur. Affirmant Bar. in l. Amplius, ff. rem ratam haberi. Bal. & Panormitan. in capit. Ad nostram, de Iureiuran. & alij, quos refert Osascus, Decis. Pedemont. 91. Couuar. in capit. Quamuis, de pact. lib. 6. in 2. parte, §. 4. nume. 9.
C Negant verò Innocent. Ioan. Andr. Hostiens. & Imola, in dicto cap. Ad nostram, & alij quos commemorant Couuar. & Osasc. locis annotatis. Et latiùs Seraphinus Senens. de priuilegijs Iuramenti, priuil. 74. nume. 36. Denique, hac distinctione vtuntur Panormit. in dicto cap. Ad nostram, num. 3. & alij à Seraphino & Osasco citati, vt si quidem ante iuratam obligationem illud debitum contractum fuerit, quod in compensationem deducitur, tunc nequaquam locus sit compensationi, si verò postea contractum sit, compensatio locum habeat.

Prioris sententiæ argumenta sunt ista: Primum, ex l. 4. §. Soluisse, ff. de re iudic. vbi Iurisconsultus: *Soluisse, inquit, accipere debemus, non tantum eum, qui soluit, verùm omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est;* Sed is, qui compensat, liberatur, l. Si ambo, ff. de compensat. Ergo is, qui compensat, soluit. Exceptio autem solutionis proculdubio opponi potest, ergo & exceptio compensationis.

D Secundum argumentum est ex l. 2. C. de compensatio. vbi is, qui Iudicati conuenitur, pecuniæ sibi debitæ compensationem implorare potest. Si locum habet compensatio, vbi debitum est ex re iudicata, ergo locum etiam habere debet, vbi descendit ex obligatione iurata, quia res iudicata, & iuramentum æquiparantur, l. 2. ff. de Iureiuran. l. Post rem iudicatam, ff. de re iudic.

Tertium est ex l. Si debitor, ff. Qui potiores in pignor. habeant. ibi: *Nec enim interesse, soluerit, an pensauerit.*

Quartum argumentum est huiusmodi: Inutilis est actio eius, qui in causa est, vt quod sibi debetur, non soluatur, l. Potior, §. vlt. ff. qui potior. in pignor. habeant. Sed creditor hoc in casu, est in causa, quia ipse non soluit creditori suo, eidemque debitori, ergo inanis est actio, & compensatio locum habet.

Quintum argumentum est ex l. Dedisse, ff. de verbotum

borum signific. ibi: *Dedisse intelligendus est, qui compensauit.*

Sextum argumentum: Quod sub conditione debetur, compensari potest, l. Si peculium, §. De illo, ff. de statu liber. l. Iulianus, ff. de Conditio. & Demonstrat. & tamen conditiones in forma impleri debent, l. Mæuius, l. Qui hæred. ff. eodem titu. ergo similiter id compensari potest, quod Iureiurando intercedente, debetur.

Postremum argumentum: Iuramentum sequitur naturam actus super quo interponitur, c. Quemadmodũ, de Iureiuran. Sed compensatio regulariter locum habet in omni debito, l. 2. ff. de compensat. ergo locum habet etiam in debito iurato.

Negantis autem sententiæ argumenta hæc sunt. Primum ex c. Ad nostram, de Iureiuran. vbi fructus ex pignore percepti, in sortem debitam non imputantur, quia debitor Iureiurando obstrictus erat.

B Secundum est ex c. Debitores, eod. tit. vbi patet, debitorem qui iurauit Vsuras se soluturum, ad eas soluendas cogi, licet solutas repetere possit.

Tertium argumentum: Nemo potest iuramentum commutare authoritate propria, etiam in melius, capit. Peruenit, 2. de Iureiuran. ergo qui iurauit, compensare non potest, quia videretur iuramentum commutare.

Quartum argumentum: Iuramentum seruari debet, vbi absque dispendio salutis æternæ seruari potest, capit. Cum contingat, de Iureiuran. ergo seruandum est etiam hoc in casu, & sic debitori soluere debet.

Quintum argumentum: Compensatio locum non habet in causa depositi, l. penult. C. Depositi, l. vlt. C. de compensat. Ergo nec locum habere debet in causa debiti iurati, quia maior est ratio.

C Fundamentum autem tertiæ opinionis, quæ distinguit, illud est: quoniam omnis promissio debet intelligi rebus sic stantibus, capit. Quemadmodum, de Iureiur. l. Quod Seruius, ff. de condict. indeb. ergo is, qui se soluturum iurauit, intelligitur iurasse rebus ita stantibus, non autem, si postea ipsemet etiam creditor efficiatur alterius.

Ego existimo priorem sententiam æquiorem, & probabiliorem esse, authoritate Iurisconsulti, in l. 2. ff. de compensat. *Vnusquisque*, inquit, *creditorem suum, eundemq; debitorem repellit, si paratus est compensare.* Id ratio ipsa æquitatis suadet, quia nostra interest, potius non soluere, quàm solutum repetere, l. 3. ff. eodem titu. Iuramentum autem iniquitati fauere non debet, neque solet, sed æquitati, vnde hanc recipere debet interpretationem, quæ ex ipsa lege, & æquitate deducitur, vt scilicet is, qui iurauit se soluturum, compensare possit; & compensationem implorando, creditorem suum, eundemque debitorem repellere. Quod si de-

D bitum hinc inde sit liquidum & clarum, nec res altiorem indaginem requirat, dolo facere videtur is, qui petit, quod postea restituturus est. l. Dolo facit, de regul. iuris.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respondeo, in specie d. capit. Ad nostram, non illud quæri, an debitor possit compensare, fructibus in sortem imputatis, sed vtrum iuramento non obstante, res oppignoratas vindicare possit, antequam soluat. Ratio dubitandi erat: quia creditor ex re pignorata fructus perceperat. Ratio decidendi, quia nondum tot fructus perceperat, qui deductis expensis sortem æquarent, id patet ex illis verbis text. *Licet autem de possessionibus illis & reditibus, nondum sortẽ deductis expensis receperit*, &c. Aliam affert responsionem Couuar. loco annotato, sed mihi hæc planior videtur.

Ad secundum ex capit. Debitores, respondeo: Nil agi eo in loco de compensatione, sed debitor iuramen-

A tum seruare tenetur, nec potest illud authoritate propria contemnere, quanquam Ecclesiastica authoritate compelli possit creditor ad vsuras restituendas.

Ad tertium respondeo: Authoritate legis id fieri, non propria ipsius debitoris, quia lex compensationem inducit ex æquitate, ne quis cogatur soluere, & postea repetere.

Ad quartum respondeo: Iuramentum hoc in casu seruari, quia is, qui compensat, legis interpretatione soluere dicitur.

Ad postremum argumentum respondeo, negando consequentiam; Licet enim in deposito specialiter constitutum sit, vt locum non habeat compensatio, ob certas quasdam causas, nempe, propter singularem fidem, quam depositum requirit, in alijs tamen obligationibus aliter est constitutum.

CAPVT VIII.

B *Ad interpretationem l. Transigere, C. de Transact. Controuersiæ duæ.*



TRansigere, vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est, in alijs autem publicis criminibus, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.* Ita Diocletianus & Maximianus, in l. 18. C. de Transact. Ad cuius legis interpretationem discutiendæ sunt nonnullæ controuersiæ in hoc & in sequenti capite. Prima est, quomodo verum sit, quod primo loco dicitur, de crimine capitali prohibitam non esse transactionem, cùm & publicæ vtilitatis ratio, quæ, vt delicta puniantur, exigit, & Senatusconsulti Turpiliani authoritas repugnare videantur, quo transigentes, & paciscentes de criminibus, grauissimè puniuntur. Secunda, quomodo ab hac regula cri-

C men adulterij excipiatur, cum inter capitalia recenseri tempore legis conditæ non potuerit, exceptio autem debeat esse pars regulæ? Tertia, quid de criminibus priuatis statuendum sit, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, an sit de illis transactio permissa? Quarta, quis sit sensus verborum illorum textus: *Citra falsi accusationem.* Postrema, vtrum is, qui transigit de crimine capitali, accusari & puniri possit, transactione non obstante? Priores duas, hoc in capite tractabimus, tres posteriores, in sequenti.

Quod igitur ad primam attinet, quidam Doctor ita se expedit, vt existimet, verba textus sic concepta olim fuisse ab Imperatoribus: *Transigere, vel pacisci de crimine non capitali, excepto adulterio, prohibitum non est*; sed nouam legem ille condit, non antiquam interpretatur. Repugnat omnium Codicum fides & testimonium, cui vir doctus acquiescere debuit.

Accursius, ex parte Rei, existimat prohibitam non es-

D se transactionem, vt is, quomodocunque possit, sanguinem suum redimat, quod permissum esse, patet ex l. 1. ff. de bonis eor. qui mor. sibi consciu. & ex l. vlt. ff. de Præuaricatorib. Cæterum, ex parte Actoris, secus existimat, propter Senatusconsulti Turpil. prohibitionem, l. Ab accusatione, l. In Senatusconsult. ff. Ad Turpilian. Quæ sententia satisfacere non potest, cùm verba legis conueniant tàm Reo, quàm Actori: nam si Actor transigere non posset, Reus autem posset, id sanè reticendum non erat, sed exprimendum ab Imperatoribus.

Bartolus, Castrensis, & Alexander, ita hanc rem explicant, vt in summa velint, Reum impunè transigere posse, Actorem verò non adeo impunè, sed ita tamen, vt pœnam talionis euadat, quæ illi perperam accusanti imminere solet, vt in l. vltim. C. de Accusationib. Quæ sententia similiter satisfacere non potest, quia Transactio simul esset prohibita, & non prohibita: non pro-

hibita

hibita quidem, vt in hac lege, prohibita verò propter pœnam in Actorem transigentem constitutam, licet capitalis non esset.

Alciatus & Iason in ea sunt sententia, vt existiment, Transactionem esse permissam, tàm Reo, quàm Accusatori, nec aliquem ex eis alicui pœnæ obnoxium esse; quæ videtur mihi verissima interpretatio; Nam quod legiumè fit, pœnam non meretur, l. quarta, C. ad legem Iuliam de adulter. & qui permissu Principis ab accusatione desistit, non punitur, l. Destitisse, ff. ad Turpilianum. Ergo nec is punitur, qui authoritate legis transigit.

Ad argumentum verò, quod ex Senatusconsulti Turpiliani authoritate sumitur, & ex his legibus, quibus dicitur, Priuatorum pactiones de his tantum valere, quæ ad rem familiarem pertinent, non autem de his, quæ publicam continent læsionem, l. Iurisgentium, §. Si paciscar, l. Si vnus, §. Pacta, ff. de Pactis. Respondeo, non obstare: quia Turpiliani authoritas, hoc in casu locum habere non potest, in quo iustas ob causas est transactio permissa; & læsionis publicæ ratio hic habenda non est, cùm omnis ratio honesta sit expediendæ salutis, nec prorsus is, qui delictum admisit, transactione facta liberatur, imò verò, & accusari ab alio, & puniri potest à Iudice, l. Qui cœtu, §. vlt. ff. ad legem Iuliam de vi publica, vt & inferiùs dicetur in postrema Controuersia sequentis capitis.

Venio ad secundam, in qua illud difficultatem facit, quod Diocletiano & Maximiano imperantibus, adulterium non erat capitale, vt patet ex l. Si quis viduam, ff. de quæstionibus, & tradunt Alciat. lib. 5. Paradox. c. 8. Cuiacius, Modernus Doctor Gallus, & Balduinus, in §. Item lex Iulia, in Instit. de publicis Iudicijs. Brissonius libro singulari ad legem Iuliam de Adulterijs, in verbo; *Qui stuprum, adulteriumve.* Couuar. in Epitome de sponsalib. par. 2. c. 7. nu. 16. & optimè omnium Cuiac. lib. 21. Obseru. cap. 17.

Respondet Antonius Faber lib. secundo, coniectur. Iuris, capit. 20. illa verba; *Excepto adulterio*, addita fuisse ab imperito interprete, ad id respiciente, Adulterij crimen sanguinis pœnam irrogare, neque tamen de illo transigere, aut pacisci licere, nec animaduertente, Diocletiani, & Maximiani temporibus capitale non fuisse.

Verum obstat elegantissimo Doctori, non solùm authoritas omnium Codicum Latinorum, verùm etiam Græcorum, nam & in Basilicis, & apud Constantinum Hermanopulum totidem verbis hæc lex habetur, sicuti testatur præcitatus Modernus Doctor Gallus, d. q. 23.

Mihi hæc intrepretatio probatur, quam & Iacobo Cuiacio lib. 6. Obseru. capit. 11. & lib. 19. cap. penult. probari video, nempe Tribonianum ea verba posuisse, ad posteriores leges respicientem, quod & aliàs eum factitasse constat ex traditis à Francisco Duareno, Anniuersariarum disputationum lib. 2. cap. 9. Immò, in hac ipsa specie, de qua agitur, textum habemus in Institutionibus, de publicis Iudicijs, §. Item lex Iulia, de Adulterijs, vbi dicitur, Temeratores alienarum nuptiarum lege Iulia gladio puniri; quod sanè dictum accipi debet, secundum leges posteriores, nempe Costãtini, l. Quamuis, C. Ad legem Iuliam de Adulterijs: non autem secundùm legem Iuliam, quæ, vt dictum est, pœnam capitis non imponebat.

Sed & illa interpretatio mihi non improbatur, Adulteros sæpe olim capite plexos fuisse, & idcirco inter capitalia crimina adulterium hic esse relatum. Adulteros, autem capite fuisse non rarò multatos, constat ex his, quę refert Iacobus Cuiacius lib. 20. Obseru. cap. 18. & Iacobus Menoch. de Arbitr. Iudic. casu 419. num. 40. Cuius sententiæ acerrimus propugnator est Ioãnes Corasius, lib. 2. Miscellaneor. cap. 1.

At his replicat Antonius Faber, Adulterium omnino excipiendum à Triboniano non fuisse, sed potius crimen Raptus, quod eo tempore erat capitale; Nam cùm ex posterioribus legibus adulterium factum sit capitale, ratio postulare videtur, vt etiam de eo, sicut de alijs capitalibus transigere liceat. Ita olim in adulterij crimine abolitioni locus non erat absque permissu Præsidis, l. Abolitionem, C. Ad legem Iuliam de Adulterijs; vbi verò factum est capitale, simul est permissum, vt qui de adulterio accusant, illud, si voluerint, abolitione compescant, l. Quamuis, 30. C. eod. tit.

Respondet Iacobus Cuiacius lib. 6. Obseru. cap. 11. in hæc verba: *Cæterùm*, inquit, *adulterio capitali effecto, consequens est, de eo transigi posse, quod tamen nequaquam dicemus. Nouæ enim constitutiones strictius accipiendæ sunt, adeo, vt & necessariò ex eis consequentia contra ius vetus admittenda non sint, nisi exprimantur. Cuius rei innumera exempla suppeditant Nouellæ Iustiniani, & mores singularum Ciuitatum. Olim Adulterium capitale non fuit, hoc abrogatum est nominatim. Olim de Adulterio transigi non potuit, l. De crimine, C. De Adulterijs, hoc abrogatum non est nominatim, Manet igitur. Quod intelligens, volensq; Tribonianus, adiecit rectè, excepto adulterio.* Hactenus ille, qui idem docet, quod scholastici Doctores tradunt in Authent. Quas actiones, C. de sacrosanctis Ecclesijs, licet verbis paulò rudioribus, correctionem legis inducendam non esse ex identitate, vel etiam ex maioritate rationis, ita enim ipsi loquuntur, nec ideo sunt ridendi, quia res ornati negat, contenta doceri.

CAPVT IX.

Tractantur tres aliæ Controuersiæ ad interpretationem eiusdem l. Transigere, C. de Transact.

Controuertitur præterea, An de priuatis criminibus, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, transigere liceat; & licere, docuit olim Ioannes antiquus interpres, Iacob. Butrigarius, & alij, quos commemorat Albericus hoc in loco. Argumenta sunt ista.

Primum est; ex eo, quòd lex dicit, de publicis criminibus, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, transigere non licere, Ergo de priuatis secus videtur.

Secundum argumentum illud est; quia publica crimina seuerioribus pœnis vindicantur, & omnibus est permissa accusatio; quæ ratio facit, vt transactio permissa non sit: vnde cùm in criminibus priuatis cesset, videtur etiam transactio permittenda.

Tertium argumentum; Nam in priuatis criminibus, videtur esse in potestate nostra, ne actio oriatur, vt patet in crimine iniuriarum, §. vlt. in Instit. de Iniurijs. Ergo, & vbi actio competit, permissum esse videtur, eam transactione auferre & extinguere.

Sed contraria sententia mihi magis probatur, quæ etiam magis communiter recepta est, vt scilicet de priuatis criminibus prohibita sit transactio, vbi criminaliter agitur, secus autem, si ciuiliter: quę distinctio ciuilis, & criminalis Iudicij, optimè declaratur à Duareno, lib. 1. Anniuers. disputat. cap. 34. atque ita docent Accurs. Bartol. Ias. Alciat. & alij. Quæ sententia probatur ex l. Si quis repetere, ff. ad Turpil. vbi patet, eum, qui desistit ab accusatione in causa furti, stellionatus, & simili, officio Iudicis puniri; & desistere dicitur, qui cum aduersario suo transigit, vt in l. Ab accusatione, ff. eod. tit. Quod si ciuiliter agatur, permissam esse transactionem, patet ex l. Interdum, §. qui tutelam, ff. de furtis, ex l. post decisionem, C. eod. titu. ex l. Si pro fure, ff. de condictione furtiua, & alijs similibus.

Ad primum argumentum contrarię sententię respondeo; non rectè colligi ex d. l. Transigere, permissam esse transactionem de priuatis criminibus, ex eo, quòd de

publi-

publicis prohibita sit, quia publicum & priuatum crimen, non ita inuicem opponuntur, vt quod de vno negatur, de altero affirmari videatur.

Ad secundum, licet maior ratio sit prohibendi transactionem de publicis criminibus, non tamen efficitur, de priuatis transigi posse, quia, & in priuatis criminibus publicæ vindictæ ratio postulat, vt legitimis pœnis vindicentur, non autem, vt transactionibus & pactionibus aboleantur.

Ad tertium argumentum, licet in potestate nostra sit, actionem iniuriarum, & similes paciscendo remittere, quatenus ea res priuatum nostrum commodum concernit, non tamen sequitur, id etiam nobis licere, vt criminalem institutam accusationem paciscendo deseramus.

Altera est controuersia; Quis sit sensus verborum illorum, *Curà falsi accusationem*. Veterum interpretum communis est expositio ac sententia, his verbis crimen falsi exceptum esse, ita vt sententia legis sit, de crimine falsi transigi posse; Adstipulantur huic interpretationi Iacob. Cuiac. lib. 6. Obseru. Iur. cap. 11. & Anton. Gouean. lib. 1. variar. lection. cap. 30. quibus & ipse lubens subscribo, & idem sentit Connanus lib. 5. c. 7.

Probatur autem de crimine falsi transigi posse, ex l. penult. C. de transact. ex l. 7. C. Ad legem Corneliam de falsis, & ex l. 2. C. de his, quibus vt indig. Porrò illud verbum (*Curà*) idem aliquando valere, quod præter, satis patet ex l. vlt. ff. de calumniator. & ex l. vnica, §. Extraneum, C. De rei vxoriæ actione.

Cæterùm, ab hac communi sententia discesserunt Anton. Faber, lib. 2. coniectur. cap. 20. & Alciat. in Comment. huius loci, qui existimant, sensum esse, neminem transigere posse de publicis criminibus, quę pœnam sanguinis non ingerunt, sine accusatione falsi, quia scilicet de falso accusari poterunt. Illud verbum (*Curà*) idem aliquando significare quod (*Sine*) probat l. 2. C. Sententiam rescindi non posse, l. 6. ff. de Curat. furios. & satis notum & certum est. Porrò, calumnia & præuaricatio, quæ ex transactione detegitur, falsi speciem habere videntur, l. 1. §. 1. & §. Præuaricatorem, ff. ad Turpil. & lex fallaciter accusantes hos appellat, l. vlt. C. de Abolitionib.

Pro confirmatione autem huius sententię Anto. Fab. adfert hæc argumenta.

Primum, quia falsi crimen dicitur esse capitale, l. prima, & l. 5. C. ad legem Corneliam de falsis. Vnde inter crimina non capitalia, hoc in loco recenseretur, si prior expositio valeret, quia videlicet exciperetur crimen falsi ab alijs criminibus non capitalibus, quod cùm absurdum sit, nec bona uidetur esse illa prior expositio.

Secundum argumentum est ex l. 1. §. An accusationem, vers. At quin Papinian. ff. ad Turpil. vbi mulier ad falsi accusationem non admittitur, quæ suam, vel suorum iniuriam non persequitur, etsi desistat, non tamen punitur. Ergo, si ad accusationem admitteretur, punienda esset, si desisteret, iuxta l. Si fœmina, C. eod. tit.

Tertium argumentum est ex l. Quæsitum, ff. ad Turpil. vbi is, qui minatus est se falsi crimen obiecturum, etsi postea non obijciat, non punitur. Ergo à contrario sensu, si obijciat, & postea desistat, puniendus est.

Ad leges, quæ afferuntur ad probandum de crimine falsi permissam esse transactionem, respondet Faber, eas loqui cùm de falso instrumento agitur, hoc est, ciuiliter, non autem cùm de crimine falsi, scilicet criminaliter. Ad quam responsionem ita Cuiacius loco annotato: *Circumscribor*, inquit, *nisi subueniant synceri Iudices. Quid sit de falso transigere intelligo. Quid sit de instrumento dubia fides transigere, si hoc non est de falso instrumento transigere, sane non intelligo*. Cui Faber. *Reprehendendi*, inquit, *sunt, qui scribunt se non intelligere, quid sit de crimine falsi transigere, si aliud sit, quàm de falso instrumento transigere*, & paulò post, *aut si hæc differentia non sunt, ego planè non intelligo, quid sit illud, quod scriptum est in l. De fide, C. de falsis, ei qui de fide instrumenti quarat, duplicem litigandi viam tributam esse, per accusationem, & per priuatam disceptationem*.

Respondeo, hæc argumenta non obstare. In primis enim, vt dicebat Cuiacius, Iure non probatur, cum de falso accusari posse, qui de crimine transigit, quòd si accusari posset, cur non & puniri? An puniri tales transigentes pœna falsi nullibi cautum videtur. Vnde planior est prior expositio. Nec obstat id, quod dicitur, leges, quibus transactio de crimine falsi permittitur, loqui, cùm ciuiliter agitur, quia etiam accusatio criminalis per transactionem tollitur, vt patet ex d. l. 7. C. de falsis, ibi, *Facta igitur transactione, difficile est, vt is, qui pronunciam regit, veluti falsum, cui semel acquieuisti, tibi accusare permittat*. Illud verum est, calumniatores, tergiuersatores, & præuaricatores, fallaciter agere, nec syncera, vt decet, fide ac mente crimina tractare, & accusationes institutas. Cæterùm, eos de falso accusari posse hanc ob causam, haud facilè demonstrari potest.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respondeo, falsi crimen capitale non esse, eo sensu, quo capitale accipitur in hac lege, nempe, cum pœna mortis infligitur. Etenim pœna falsi est deportationis & publicationis bonorum, l. 1. §. Pœna falsi, ff. Ad legem Corneliam de falsis, nec mortis pœna locum habet, nisi magnitudo rei id exigat, vt in l. Vbi crimen, 21. C. eodem titu. & in l. prima, ff. ad legem Cornel. de Sicar. & similibus.

Ad secundum respondeo, non posse illud argumentum à contrario sensu rectè sumi, quia repugnat text. in l. 4. ad Turpilianum, vbi expresè dicitur: Mulierem, quæ proprię iniurię causa falsi crimen denunciauit, desistentem, Turpiliano Senatusconsulto non teneri. Ex quo argumentum aliud sumitur, transactionem de crimine falsi valere.

Respondet Faber, textum dictæ l. 4. corrigendum esse, deesse enim illi negationem, quia scilicet Papiniani lex est, qui à Martiano in d. l. 1. vers. At quin Papinianus, in eam sententiam citatur, Mulierem desistentem non puniri, si falsi accusationem non iniuriæ propriæ, nec suorum causa instituerit. Verùm huic emendationi repugnat fides omnium librorum, & quæ aduersus eam emendationem latè disputat Robertus Aurelianus, Receptæ iuris Ciuilis lection. lib. 1. cap. 25.

Non obstat text. in dicta l. Si fœmina, C. ad Turpilian. quia non loquitur de crimine falsi, sed de fœmina, quæ suam, vel suorum iniuriam accusatione prosequitur.

Ad tertium respondeo, licet textus in l. Quæsitum, istud velit, vt qui minatus est se crimen falsi obiecturum, deinde non obiecit, non pertineat ad Senatusconsultum Turpilianum, non tamen infertur, illud quoque velle, vt qui illud obiecerit, & postea transegerit, ad illud Senatusconsultum pertineat, quia huic interpretationi & argumento, leges omnes aduersantur, quibus de crimine falsi transigi posse constitutum est.

Tertia est controuersia. Vtrum facta transactione de crimine, Reus accusari, & puniri possit pœna sanguinis. Etenim Bartol. in d. l. Transigi, num. 7. id negare videtur, necnon Curt. iun. nume. 29. Sed in contrarium se habet communis Doctorum sententia. Vide Clarum, in §. fin. q. 58. vers. Sed pone. Auto. Gomes. de delictis, c. 3. nu. 55. & nouissimè Farinatium lib. 1. commun. quæst. criminal. q. 4. nu. 34.

Probatur hęc communis sententia ex l. Qui cætu. §. vlt. ff. ad l. Iuliam, de vi publica, ibi. *Etsi Pater iniuriam suam, precibus exoratus, remiserat, tamen extraneus sine quinquenii præscriptione Reum postulare poterit*, & ex l. 2. C. de Abolition. ibi. *Redempta miserationis vox inimi-*

me

mè admittatur, sed aduersus nocentem Reum, inquisitione facta, competens pœna ingeratur.

Vnum autem hoc afferri potest argumentum pro contraria sententia: Cùm transactio de crimine capitali sit permissa, eam potissimùm ob causam, vt sanguinem suum quis redimere possit, consequens esse videtur, transactione facta, pœnam sanguinis euitari, alioquin frustrà facta esse videbitur.

Respondeo, hoc non sequi simpliciter, & absolutè, sed eo duntaxat in casu, quo nemo alius de crimine inquireret & accusaret: nam, transactio facta ad hoc valet, vt primus accusator, qui transegit, nec prosequi semel institutam accusationem, neque nouam inchoare possit, obstat enim ei transactio. Cùm itaque non semper Accusatores noui reperiantur, nec semper ex officio Iudex inquirere possit maleficia, non rarò accidet, vt ad euadendam sanguinis pęnam plurimum transactio profutura sit, cum scilicet nullus alius erit accusator, nec Iudex inquisierit ex officio.

CAPVT X.

De conciliatione l. Cum mota, C. de transactionibus. cum l. si constituta, ff. de Inoffic. Testam. & an ex transactione oriatur actio.

SI *instituta de inofficioso testamento accusatione, de lite pacto trāsactum est, nec fides ab hærede transactionis præstatur, inofficiosi causam integrā esse placuit.* Sic Vlpianus. At cōtra Imp. Alex. *Cum mota inofficiosi querela,* inquit, *Matrem vestram cū diuersa parte trāsegisse, ita vt partem bonorum susciperet, & à lite discederet, proponatis instaurari quidem semel omissam querelam per vos, qui Matri hæredes extitistis, Iuris ratio non sinit. Verùm si fides placitis præstita non est, in id, quod interest, diuersam partem rectè conuenietis.*

Prima est solutio nonnullorum interpretum; Vlpianum loqui de eo, qui transigit, vt nempe querelam instaurare possit, si transactionis fides non seruetur. Alexandrum verò de transigentis hærede. Quæ solutio non satisfacit, quia ex persona hæredis conditio non mutatur obligationis, l. 2. §. Ex his, ff. de verb. oblig.

Secunda est solutio, in specie de qua loquitur Vlpianus, transactionem factam fuisse sub conditione, si scilicet id, quod promissum erat, solueretur. Ideo si non præstetur, integra manet actio. In specie verò Alexandri, non sub conditione factam fuisse, sed sub modo, ideo querelam instaurari non posse, licet quod promissum est, non detur.

Non mihi probatur hæc solutio, quia meram continet diuinationem.

Tertia est solutio. Vlpiani legem correctam esse ab Alexandro, quæ solutio minus est probabilis; tùm quia Vlpianus à Consilijs Alexandri Cæsaris fuit, sicuti author est Lampridius; tùm quia non est inducenda legum correctio, nisi exprimatur, l. Præcipimus, in fine, C. de appellationibus.

Quarta est solutio Alciati, lib. 5. Paradox. c. 6. Vlpianum loqui de transactione facta nudo pacto, vt patet ibi, *de lite pacto transactum est.* Alexandrum verò loqui de transactione, quæ renunciationem continet, vt patet ex illis verbis: *Et à lite discederet.* Videtur autem efficatior esse renunciatio, quàm nudum pactum; vt notatur in l. Postquam liti, C. de pactis.

Hæc solutio non videtur mihi solida, quia omnis transactio, etiam nudo pacto interposita, hoc efficit, vt à lite discedatur, & sic renunciationem continere videtur. Quare Angelus à Sancto Ioanne, meritò in Antiparadox. hanc solutionem impugnat.

Quinta solutio deduci potest ex distinctione Duareni, in Comment. ad tit. C. Si aduersus venditionem. *Cum*

A *quæritur,* inquit, *qua actione subueniatur actori, si reus transactionem seruare nolit, distinctionem seruandam esse, quæ est in l. Siue apud, & l. Vt responsum, & in l. Cum mota, C. de Transact. Aut enim acceptilatione actio sublata est, & tunc si aduersarius nolit conuentis stare, non ideo potest actor agere actione veteri per acceptilationem extincta, quia in perpetuum sublata obligatio restitui non potest; si verò pactum sit, ne peteretur sine acceptilatione, si debitor nolit conuentis stare, tunc actor potest agere prima actione.* Itaque sic dicere possumus, Vlpianum loqui, cùm nudo pacto facta est transactio, quod verissimum est, Alexandrum verò cùm transactio facta est interueniente acceptilatione.

Cæterùm, vt non prorsus huic expositioni assentiar, illud efficit, quòd nullum verbum obseruare licet apud Alexandrum, quo significetur in ea specie acceptilationem interpositam fuisse.

Postrema igitur solutio, quæ mihi cæteris probabilior
B videtur, est Hieronymi Tornielli, ad Rubr. de Verbor. oblig. nu. 144. quam & Angelus à S. Ioāne loco annotato excogitasse videtur, nempe, in specie Vlpiano proposita, ita fuisse transactum & conuentum, vt à querela inofficiosi testamenti recederetur, aduersarius verò aliquid daret; sed in specie Alesandro proposita, cōuentum fuisse, vt certa bonorum pars transigēti, & querelam remittenti, daretur, de quibus agebatur in accusatione inofficiosi testamenti, ideo hoc posteriori casu querela instaurari non potest: Nam querela ipsa inofficiosi testamenti, quæ vniuersa bona vindicabat, per transactionem factam, rescissa est, ac diuisa in hūc modum, vt scilicet pars bonorum debeatur querelam remittēti, altera verò pars possessori cedat. Quare, si accusatione instaurata, omnia bona peterentur, pacti obstaret exceptio, ex quadam æquitate, quemadmodum in l. Si maior, 36. C. de transact. habemr, Exceptionis ęquitatem proficere, vt nil amplius peti possit, quam quod transactionis placito promissum
C est; quæ ratio in priore casu locum non habet. Etenim, vt Torniellus dicebat, io specie ista, is, contra quem inofficiosi querela fuit instituta, promittendo actori partem bonorum, de quibus agebatur, aliquid actori præstitit, quia iam non amplius exceptionibus suis vti quo ad illam partem, potest, & ideo actor debet eum conuenire, vt partem bonorum promissam tradat, non autem ipsam transactionem infringere. At in specie d. l. Si instituta, nihil reus conuentus præstitit, ideo dicta ratio cessat, & iure transactio rescindi potest.

Porrò Alexander dicit, *ad id, quod interest, actionem præscriptis verbis competere, si transactionis verborum obligatio subiecta non est,* quod quemadmodum consistere possit, summa ratione controuertitur, siquidem ex transactionis placito actionem non competere, proculdubio fit ex l. Cùm proponas, 21. C. de pact. & ex l. Siue apud acta, C. de Transact.

Respondet Bart. in d. l. Siue apud acta, transactio-
D nem actionem parere ex parte Rei cōuenti, vt si quid ei promissum fuerit, actionem habeat ad illud consequendum; ex parte verò Actoris, actionem non competere, quia non adimpleuit contractum ex parte sua, etsi enim transigendo promiserit se amplius non acturum, agere tamen semper potest, saltem de facto. Si dicatur: immò ipsi Actori datur actio in specie d. l. Cum mota, & in l. Si pro fundo, C. eod. tit. Respondet Bart. primò, actionem illam datiuam esse, non natiuam; quæ solutio nihil valet, vt bene explicat Alciat. in d. l. Cū proponas, ad finem, C. de Pactis. Secundo respondet, eas leges intelligendas esse, cum Actor transigendo aliquid promittit, quod perfectè adimpleri potest, vt puta, si promittat Reum liberare, & eum liberet.

Sed nihil valet hæc solutio, aut ego fallor, nec enim habenda est ratio eius, quod de facto fieri potest, & quātumuis actor reum liberauerit, potest semper de facto agere, & meram continet diuinationem isthæc expositio.

tio. Quare si ego respondendum iudicarem, ex transactione quidem actionem regulariter non dari, sed excipiendum esse ab hac regula hunc casum, cùm scilicet Actor ad primam, & veterem actionem redire non potest, vt in specie d.l. Cum mota. Ratio euidentissima est; quia si actionem non haberet ad petendum id, quod sibi transactione facta promissum fuit, omni prorsus remedio destitutus esset, ipseque transactioni stare cogeretur, & Aduersarius nil omnino seruaret, nec enim actione veteri conueniri posset, nec actione vlla ex placito transactionis compelli ad standum transactioni, quæ quidem esset maxima iniquitas, & iniustitia: Iure igitur hoc in casu ex transactione ad id quod interest, agitur.

CAPVT XI.

Controuersiæ duæ ad interpretationem l. Si quis maior, C. de Transactio.



NOn leuis neque parui momenti controuersia est, An quod in l. Si quis maior. C. de Transactio. constitutum est, in omni contractu locum habeat.

Affirmant autem locum habere in comment. d. l. Bart. Alexand. Ias. Iacop. & Corn. quorum fundamentum est, quia textus non solùm de transactione loquitur, verùm etiam de omni alia pactione, vt patet ex illis verbis: *Si quis maior*, &c. *aduersus pacta, vel transactiones*, &c. Item ex illis: *Restituta pœna quæ pactis probetur inserta*. Item ex illis: *Careat emolumento, quod ex pactione, vel transactione fuerit consecutus*. Item ex illis: *Qui nomina nostra placitis inserentes*, &c. Omni autem contractui pactum inesse videtur, quia nihil aliud est, nisi duorum pluriumve in idem placitum & consensus, l. 1. ff. de pact. Huc accedat, rationem legis ad omnem alium contractum extendi, illa enim est ratio, quia veniens contra transactionem Iureiurando confirmatã, periurus est, atque adeò infamis, & consequenter omnibus pœnis in lege expressis obnoxius. Quæ ratio simili modo obtinere debet in cæteris contractibus, in quibus iurisiurandi religio contemnitur, & violatur.

Sed contrariam sententiam secuti sunt Riminal. Purpurat. & Alciat. in comment. eiusdem loci, sequentibus argumentis.

Primum, quia lex odiosa est, & pœnam continet valdè grauem, vnde ad transactionem, de qua principaliter loquitur, restringenda esse videtur. Odia enim restringi oportet, & fauores ampliari, capit. Odia, de reg. iur. libro sexto, & interpretatione legum pęnæ molliendæ sunt, non autem exasperandæ, l. Interpretatione, ff. de pœnis.

Secundum argumentum. Lex intelligenda est ac interpretanda, ita vt titulo congruat sub quo est posita, l. Imperatores, ff. de in diem addictio. Sed hæc lex posita est sub titulo de Transactionibus. Ergo de Transactione accipienda est, non autem de alijs contractibus.

Tertium argumentum est ex eo, quod inter cæteras pœnas in eum à lege constitutas, qui contra Transactionem fecerit, illa connumeratur, vt ea, quæ accepit, restituat. Hæc autem pœna Transactioni potissimum conuenire videtur, quæ semper fit aliquo dato, vel retento. l. Transactio. C. de Transact.

Quartum argumentum est ex l. penultima, C. de dignitatibus, libro duodecimo, vbi patet, eum, qui contra iuramentum fecit, in pecuniarijs causis, infamiæ pœnam non incurrere, quam tamen incurreret, si locum haberent pœnæ huius legis in omni promissione iurata.

Quintum argumentum est ex eo, quod in Transactione quædam specialis ratio suadere videtur, vt locus sit huiusmodi pœnis, vt scilicet pœnarum metu, Transactionum placitis stetur. Nullus enim erit litium finis, si à Transactionibus bona fide interpositis, cœperit facilè discedi. l. Fratris, C. de Transact.

Ego hac in re non ignoro, sententiam priore loco relatam frequentioribus Doctorum suffragijs receptam esse, vt patet ex notatis à Mathesilano, singul. 50. ab Alexandr. consil. 85. libro primo, Decio 452. Corneo 40. libro quarto, Guido. Papa, consilio trigesimoprimo, & singul. 620. Ruin. consilio 198. libro primo. Cassiodor. decis. secunda, titu. de Iureiurando. Roland. à Valle in consi. 31. lib. secundo, Hyppol. Riminald. in consil. 124. & alijs passim.

Cæterùm, in acerrima disputatione crediderim posteriorem sententiam fortioribus argumentis nixam esse. Aut enim hanc constitutioné ad cæteros contractus porrigendam esse existimamus, quia verba id suadeant, vtpote cæteros contractus amplectentia; aut verò, quia ratio legis id à nobis exigat. Primum vix demonstrari poterit, quia verbum, pactionis, cuius in textu frequens est mentio, sua natura omnem contractum non complectitur, sed solam ipsam transactionem, nudamque conuentionem significat, non autem eam, quæ in speciale nomen contractus transit. Id tam luculenter demonstrat Duarenus in comment. ad l. primã, ff. de pactis, & lib. secundo Anniuersariar. disputat. cap. 8. Vt cæteris id demonstrandi facultatem præripuerit. Vnde ad omnem contractum illud verbum pertinere non potest, sed ad transactionem tantum, vt & in l. Vbi pactum, C. eod. titu. Si verò ipsam legis rationem contemplemur, nihil minus cogitandum nobis videbitur, quàm de ea ad cæteros contractus omnes extendenda, siquidem lex dura est, perquàm seuera, & pœnalis, vt uocant, & ideo non ita temerè in consequentiam trahenda. Adde, quòd Alciatus commemorat, summa ope legum authores niti, ut transactiones ratæ sint, ne lites finitæ suscitentur, vt nihil mirum sit, si tot propositis pœnis ad eas implendas, ac seruandas homines inducendos procurauerint, præsertim Iureiurando accedente. Quod verò in alijs contractibus & causis eædem sint pœnæ constitutæ aduersus Iurisiurandi cõtemptam religionem, nec in legibus nostris adnotaui, nec adduci possum vt credam, propter elegantem, & præclaram cõstitutionem l. 2. C. de Reb. cred. & Iureiu. & l. vlt. ff. de crimine stellionatus. Quibus ita se habentibus, argumenta contrariæ sententiæ refutatione particulari opus non habent, vt patet.

Secunda est controuersia. Vtrum ea constitutio Mulieres quoque transigentes comprehendat? Negant Fulgos. in comm. huius legis, & alij quos commemorat Gabrielius commun. conclus. titu. de Transact. conclus. prima, nume. 3. quia vt locum habeat hæc lex, dolus requiritur, secundum communem omnium sententiam. Nam periurium non committitur absque dolo: Ream enim linguam non facit, nisi rea mens. cap. Homines, cap. vlt. §. Episcopus, 22. quæstio. 2. cap. 2. ead. cau. c. quæritur. §. Item opponit, ead. cau. & quæst. Omnes autem pœnæ propter periurium ab ipsa lege constitutæ sunt. A dolo autem præsumpto mulier excusatur, l. prima, §. vlt. ff. de edendo. Cùm itaque dolus requiratur, & in muliere non præsumatur, sequitur dicendum, eam lege ista non comprehendi. Huc accedat, quòd iuris ignorantia excusat à dolo, l. Sed si lege, §. Scire autem, ff. de petit. hæred. l. Si quis in graui. §. Si quis ignorans, ff. ad Syllan. Mulier autem præsumitur ignorare iura, l. Regula, ff. de iuris & facti igno. Castr. in consil. 132. lib. 1. Decius in consil. 351. in fine. Menochius de præsumpt. lib. 2. Præsumpt. 3. Denique mulier propter sexus fragilitatem plerumque minus quàm vir punitur, l. Sacrilegij, ff. ad legem Iuliam peculatus, Tiraquell. de legibus connubialib. lib. 1. num. 69.

Cæterùm & mulierem hac lege teneri, affirmant Iason hoc in loco, & alij ab Antonio Gabrielio commemo-

rati

tari loco annotato, quorum argumenta duo sunt præcipua. Alterum ex illis verbis legis: *Si quis maior*, &c quæ verba tàm masculum quàm fœminam comprehendunt, l. 1. ff. de verbo. sign. Alterum; quia mulier non excusatur in ijs, quæ sunt contraria iuri naturali, leg. 2. C. de in Ius vocan. Iason in l. vlt. ad finem, C. de iuris & facti igno. Sed promissa non obseruare, iuri naturali repugnat, l. 1. ff. de constit. pecun. Similiter & iurisiurandi religionem violare, argumento l. Veluti, cum lege antecedēti, ff. de iust. & iure.

Tertia est sententia Hieronymi Cagnoli ita distinguentis. Aut mulier directò venit contra Transactionem, litem instaurando, seu aduersus eam Principi supplicando: & tunc prior sententia locum habeat. Aut non directè contra Transactionem venit, sed non obseruat ipsum Transactionis placitum, & tunc posterior sententia locum habeat.

Ego verò eorum sententię magis accedo, qui affirmāt, mulierem hac lege teneri. Sicut & aliàs legibus tenetur, vt in l. Si quis id quod, ff. de iurisd. om. iud. & declarat ibi Iason & Menochius de recuperand. possess. rem. 9. numero 9.

Nec iuris ignorantia mulierem excusat, præterquàm in casibus à lege expressis, l. vlt. C. de iuris & facti ignor. Tiraquell. de pœnis legum, causa 9. in fine, & causa 11. numero 23. Præsertim verò, vbi aliquid delinquit contra ius naturale, vel ius ciuile, clarum & manifestum, sicut illud est, pacta & conuenta esse seruanda, vt declarat Alciatus de Præsumpt. reg. 3. Præsumpt. 30. Quòd verò dicitur in leg. prima, §. vlt. ff. de Eden. non Edentes ex mandato Prætoris, esse subueniendum, sexus & rusticitatis habita ratione, nihil obstat: quia iussus Prætoris in ea specie, non iuris rigori, sed æquitate sola nititur, ex his quæ tradunt Alciatus reg. 1. præsumpt. trigesimanona, & Menoch. de recup. possess. rem. 9. numero 22. 23. Quare non ita durè aduersus muliebrem sexum agendum fuit, vt aduersus alios, cum qualisqualis ratio sit pro muliere eo casu, nempe iuris ipsius rigor.

CAPVT XII.

Aliæ duæ controuersiæ de eadem re.

On desunt qui existiment, ea quæ sancita sunt in supradicta l. Si quis maior, C. de Transactio. etiam ad Vniuersitatem transigentem pertinere, ita enim docuit Ias. in Comment. d. l. Et ita etiam respondit in consil. 118. libro 1. Eo argumento, quod illa verba, *Si quis*, Vniuersitatem quoque continere videantur, vt in l. Nihil, ff. ad Macedonianum, iuncta l. 1. ff. eod. tit. & in l. Item ait Prætor, iuncta l. Ergo sciendum, ff. ex quibus causis maiores. Nam Vniuersitas vicem sustinet personæ, l. Mortuo, ff. de Fideiussoribus, & cum agatur de periurio coercendo, facilè extendenda esse videtur hęc lex, ex traditis in Authen. Sacramenta puberum, C. Si aduersus venditionem.

Sed istis ego non assentior, quemadmodum neque Hieron. Cagnolus in interpretatione eiusdem legis, neque Decius in l. Si familia, ff. de iurisdict. om. iud. neque August. Berous in cons. 8. nu. 36. lib. 3.

Fundamentum meum est, quia lex loquitur de maiore vigintiquinque annis, Vniuersitas autem minori cōparatur, l. Respublica. C. ex quibus causis Maiores, l. Rempublicam, C. de Iure Reipub. libro 10. Item quia periurium, propter quod omnes pœnæ imponuntur, ligat ipsam animam, Vniuersitas autem vt sic, non dicitur habere animam. Vnde nec excommunicari potest, cap. Romana, de sententia excommunicationis libro sexto, & declarat Ludo. Roman. in consil. 400. Denique aut Transactio facta est per Procuratorem Vniuersitatis, aut per ipsosmet homines Vniuersitatis. Vtroque casu dici-

A tur esse facta, nō solum à maiorib. vigintiquinque annis, verum etiam à minoribus, siue nomine, tàm maiorum, quàm minorum, cum in Vniuersitate sint tam maiores quàm minores. Sed minores vigintiquinque annis cōprehendere non potest hæc Constitutio. Ergo comprehēdet duntaxat maiores; Si maiores tantum comprehendat, Ergo non Vniuersitatem, quia Vniuersitas constat ex maioribus & minoribus. Ex quibus patet, nec locum esse extensioni, quia verba non patiuntur, nec obstare leges in contrarium allegatas, quia loquuntur in casibus, in quibus eam extensionem nihil impedire potest.

Magis dubia est altera controuersia, in qua disputari solet, Vtrum hæc lex locum habeat, vbi iuramentum Transactioni non accessit, sed fides tamen data est & interposita, vt plerumque in Germania fieri solet.

Prima est sententia affirmantium ita Specul. in tit. de Arbitr. §. vlt. versic. *Sed pone quod compromissum*, & ibi Ioan. Andr. & Bald. Felyn. in cap. 2. de Sponsalib. Alex.
B Ias. & Cagnol. ad d. l. Si quis maior. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. cap. 59.

Fundamentum est, quia iuramentum, & promissio sub fide æquiparantur, capit. Ad aures, extra de his, quæ vi metusve causa fiunt, ibi. *Nisi fortè iuramento, vel fide interposita*, &c. c. Peruenit, de Fideiussorib. c. Querelam. Ne Prælati vices suas, &c.

Contrariam sententiam secuti sunt Ioan. Imola, in c. Cum tempore. De Arbitris, numero 2. Alciat. & Aret. in d. l. Si quis maior. Rota Romana decis. 1. incipiente: Vtrum violator. titu. de pact. in decis. Bisignetti, & decis. 138. in antiquis. Ant. Gabriel. commu. concl. titu. de Transactio. conclu. 1. nume. 29. & ante omnes Glos. in c. penult. de Iureiu. Quibus adstipulatur text. in cap. Commissum, extra de sponsalibus, ibi. *De contrahendo matrimonio fidem dedit, & se cum ea intra biennium, per verba de præsenti contracturum, præstito iuramento, firmauit*, &c. Quibus verbis insinuari videtur, non esse idem omnino
C iuramentum, & fidei præstationem. Huc accedat, quod textus loquitur de Transactione facta inuocato diuino nomine, & cùm de pœnis grauissimis agatur, videtur lex esse restringenda ad eam speciem, de qua expresse loquitur, iuxta l. Interpretatione, ff. de Pœnis, quamuis alioqui iuramentum & fidei pręstatio pariter obligarent.

Mihi hac de re cogitanti semper placuit doctrina Alciati, ad rub. extra de Iureiu. numero quinto, & Couuar. ad rub. de Pactis, in 1. parte, §. 2. post num. 2. Nempe fidem duobus modis accipi, Vno modo pro fide Nobilitatis, nempe pro dictorum, conuentorumque constantia, ab eo dicta, quòd fiat, quod dictum est, Alio modo accipi pro fide Christiana; si primo modo accipiatur, fidesque in Transactione interponatur, proculdubio est ad eum casum l. Si quis maior, non pertinere, quia loquitur, vbi Iuramentum est interpositum. Fides autem sic accepta non est iuramentum. Si verò secundo modo accipiatur, tunc crediderim eam vim habere iuramenti, &
D iccirco ad eam speciem producendam esse Constitutionem, de qua agitur. Quod si in obscuro esset, An fidei interpositio iuxta priorem, an verò iuxta posteriorē sensum Transactioni subiecta fuisset, nihil proponi video, cur exequendæ essent pœnæ huius legis, apertè loquentis eo casu quo iuratum est, in eum, qui fide præstita, transegisset, quinimò ad periurium euitandum, benigniore interpretatione adhibita, ad priorem sensum referrem ipsam fidei interpositionem, sicuti Couuar. loco annotato diligenter explicat. Porrò Canones allatos pro priore sententia, sic accipio, vt loquantur de fide, secundùm posteriorem sensum, quo in casu eam iuramēto comparari, ipse quoque affirmo, atque contendo,

CA-

CAPVT XIII.

Alia Controuersia de eadem re.



Controuertitur etiam, Vtrum pœnæ huius legis committantur ab hærede transigentis. Affirmat enim Castrin. in consil. 13. lib. 2 & Socin. in consi. 38. lib. 3. eo argumento, quòd cùm obligatio principalis in hæredem transeat, videatur etiam transire debere accessoria, quæ ex iuramento contrahitur, ac consequenter omnis pœna, quæ infertur ex iuramenti violatione, præsertim, quia hæres videtur esse vna, & eadem persona cum defuncto, vnde, & Iusiurandum à defuncto præstitum seruare tenetur, vt in §. 1. in Auth. de Iureiurando à moriente præstito. Denique, hæres oneribus hæreditarijs est obstrictus, l. Si duo, ff. de Acquir. hered. Illud autem est onus in præsenti, vt transactioni pareatur, aut si non pareatur, locus sit pœnis, de quibus in hac lege.

Cæterùm, contrariam sententiam veriorem esse iudico, quam Cagnol. hoc in loco defendit, & latè D. Iacob. Menoch. in consi. 355. lib. 4.

Fundamentum autem illud est solidum, quoniam iuramentum est personale, id est, obligat animam & personam ipsius iurantis, quoad effectum periurij, ita scilicèt, vt is, qui iurat, iuramentū obseruare teneatur, alioqui periurus sit, & grauiter peccet, hæres autē iurantis, huiusmodi vinculo periurij non tenetur: quia ipse non iurauit, consequenter Iurisiurādi religionem non contemnit. Ita docent Canonistæ omnes, in cap. Veritatis, de Iureiur. sicuti declarat optimè. Couuar. in c. Requisiuisti, sub nu. 2. extra de Testamentis. Quare, licet hæres teneatur seruare ipsum iuramentum à defuncto præstitum, & omnia alia subire hæreditatis onera, sicuti optimè probat contrariæ sententiæ argumentum, non tamen sequitur, eundem obstrictum esse periurij vinculo, atque adeo ijs pœnis, quæ propter periurium sunt impositæ. Quæ cùm ita sint, palàm est, eas pœnas aduersus hæredem locum non habere, quę hac lege exprimuntur, Omnes enim ad periuriū vindicandum constitutæ sunt in contractu transactionis.

Postremò cōtrouertitur, sitne locus purgationi moræ, saltem ex Iuris Canonici æquitate ad euadēdas huius legis pœnas. Et locum esse respondit Alex. hoc in loco, Iason nu. 26. & Ruin. in consi. 133. col. vlt. lib. 1. quibus adstipulatur, quòd Cagnolus hoc eod. loco scribit, nu. 156 hanc legem scilicèt, iure Canonico inspecto, locum non habere. Sic & nimis rigidam esse, ac propterea in praxi non obtinere, respondit post alios Franciscus Becius, in consi. 106. nu. 24. & Menoch in d. consi. 355. nu. 1 lib. 4.

A qua sententia facit, quod habetur in c. Suam, De Pœnis, & quod notatur in c. Apud misericordem, 32. quæst. 1. & in c. Beatus, 12 quæst. 2.

Verùm istis nil morantibus, contrariam sentētiam amplector, cui adstipulantur quæ tradunt Alexander, in l. Si Insulam, nu. 53. ff. de verb. oblig. Dec. in consil. 452. Rom in consi. 457. & alij à Gabrielio citati, Cōm. Concl. tit. de Transact. Concl. 1. num 13. quibus adde Hippol. Riminal in consi. 124. nu. 69. lib. 2. & Ruin. in consi. 20. lib. 4.

Fundamentum verò illud solidum mihi videtur, quod non sit inducenda diuersitas, ac dissensio inter ius Canonicum & Ciuile, nisi expressum sacris Canonibus reperiatur, nam & leges non dedignātur sacros Canones imitari, & Sacrorum Statuta Canonū principū Constitutionibus adiuuantur, vt in cap. 1. de operis noui nunciat. Cùm igitur inter omnes constet, Iure Ciuili inspecto, locum non esse purgationi moræ, non debet Iure Canonico contrarium decerni Iurisconsultorum interpretatione. Et parum mouet, quòd dicitur, Ius Canonicum ęquitatem amplecti: nam & Ius Ciuile illam sequitur, in omnibus ferè causis, l. In omnibus, de Reg. Iur. l. Placuit, C. De Iudicijs. Quòd verò dicitur in c. Suam, de Pœnis, huc non pertinet, quia de transactione iurata non loquitur ibi Pontifex, illud non diffiteor, idem respondendum esse in transactione iurata, quoties quis in minimo deficeret, vt in d. c. Suam, ne videlicèt ob minimam rem incidat quis in tam graues pœnas. Quæ verò notantur in d. c. Apud misericordem, & in c. Beatus, locum sibi vindicant in foro pœnitentiali, sicuti optimè declarat Alexan. Dec. Roman. & alij superius à me citati.

CAPVT XIIII.

Sitne aliqua pœna constituta ex Iure Ciuili peieranti, Diuino nomine inuocato.



Qvæ sit pœna constituta aduersus eos, qui transactiones & pactiones Iureiurando firmatas violauerint, satis vt arbitror, explicatum est in præcedentibus. Nunc se offert insignis controuersia, quid statuendum de alijs speciebus, in quibus Iurisiurandi religio contempta sit: videlicèt, Vtrum aliqua pœna afficiendus sit periurus? Tractat prolixè hanc controuersiam D. Iacob. Menoch. de Arbitr. Iud. Casu 319. ibiq; commemorat Authores, tam qui affirmantem, quàm qui negantem sententiam sunt amplexi. Ego breuiter argumenta referam, tum quid ipse sentiam, paucis declarabo.

Qui periurio pœnam esse impositam censuerunt, adducti in hanc sententiam sunt authoritate l. vlt. ff. de Crimine Stellionatus, *De periurio*, inquit lex, *si sua pignora esse, quis instrumento iurauit, crimen Stellionatus fit, & ideo ad tempus exulat.*

Secundò moti sunt ex l. Nam sufficit, ff. de Dolo. *Nam sufficit*, inquit, *periurij pœna.*

Tertiò eo argumento moti sunt, quòd exploratum est, eum, qui per Principem falsum iurauerit, puniri, vt in l. Si duo, §. vlt. ff. de Iureiur. Quare etiam arbitrati sunt, puniendum eum, qui per Deum peierauerit, cùm *longe grauius crimen sit, æternam, quam temporalem lædere maiestatem.*

Denique authoritate Constātini Hermanopuli adducti sunt, in Epitome, seu Promptuario Iuris Ciuilis, lib. 1. tit. de Iureiur. in hæc verba scribentis: *Si quis iurauerit in re pecuniaria, per genium Principis, & peierauerit, fustibus castigatus dimittitur. Quisquis autem ex decreto Iudicis, aut Aduersario postulante, Iusiurandum in Ecclesia receperit, sacris immolatisq́, contactis Euangelijs, postea periurij conuictus, lingua abscindatur, idemq́; in testibus obseruetur.*

Cæterùm, qui contrariā sententiā amplexi sunt, vnicum fundamentum posuerunt in l. 2. C. de rebus creditis, & Iureiur vbi Alex. Imperator: *Iurisiurandi contēpta religio* (inquit) *satis Deum vltorem habet.*

Respondent contrariæ sententiæ Authores, Imperatorem loqui, vbi calore iracundiæ periurium cōmittitur, vt patet ex sequentib. verbis, ibi: *Et si per Principis venerationem quodam calore fuerit peieratum*, &c.

Ego ergò omnibus diligenter pensatis, huic posteriori sententiæ magis accedo, cuius authores habeo, præter Iacob. Cuiac. lib. 2. Obseru. c. 19. & alios quàmplurimos, quos refert Menoch. loco annotato, habeo inquam, authorem, celeberrimum Iurisconsultū, Præceptorem, ac Promotorem meum Tiber. Decian. in Tract. rerum criminalium nuper edito, lib. 6. c. 13. Ita enim Iure nostro Ciuili constitutum opinor, vt qui per Deum peierauerit, Deum vltorem habeat, qui verò per Principem, vltorem habeat ipsum Principem, præterquam in eo casu, quo quis inconsulto quodam

ealore per Principem peierauerit, sicuti eleganter explicat ipsemet Imperator, in d. l. 2. Cuius hæc planè sententia mihi videtur.

Nec difficile est ad argumenta contrariæ sententiæ respondere: nam quòd attinet ad l. vlt. ff. de Crimine Stellionatus, non ea est eius legis sententia, eum, qui in instrumento iurauit, sua esse pignora, idcircò puniri, quod falsò iurauerit: nam & absque Iureiurando crimen Stellionatus committitur, vbi quis hoc modo mentitur, rem alienam velut propriam obligando creditori. Sed sensus est, de periurio effici crimen Stellionatus, hoc est, periurium eo in casu puniri, tanquam crimen Stellionatus effectum, quemadmodum dicimus, de meo fit tuum. Itaque non disputat ibi Iurisconsultus, An periurium sit puniendum, vt periurium, sed vt annexum habens aliud crimen, ac in aliud crimen transitum faciens, nempè Stellionatus, id quod ante me dixerunt Cuiac. & magis prolixè Dominus Dec. loco annotato.

Quòd verò dicitur in l. Nam sufficit, ff. de Dolo. nihil obstat: quia hoc tantum dicit sufficere periurij pœnam, scilicèt, apud Deum luendam, quem periurus satis vltorem habet, vel si per Principem falsò iuretur, pœnam sufficere, quam Princeps ipse constituet.

Quare nihil obstat, quòd dicebatur tertio loco, eum puniri qui per Principem peierauerit, quoniam id fatemur, & puniendum etiam à Deo grauiter non dubitamus eum, qui per Deum peierauerit.

Authoritas denique Hermanopuli nihil mouet: quia loquitur de periurio in Ecclesijs commisso. Secundò, quia legem non habemus, cuius ipse meminit. Tertiò, quia eius sententia vim legis non obtinet, magisq; deferendum est Imperatori Alexandro, satis apertè pronuncianti, Iurisiurandi contemptam religionem, satis Deum vltorem habere.

CAPVT XV.

Vtrum in causis criminalibus iuramentum in supplementum probationis deferri possit à Iudice.



N causis criminalibus decidendis, vtrum iuramento suppletiuo sit locus, variæ ac diuersæ sunt Doctorum sententiæ. Prima est Accursij, in l. In bonæ fidei, C. de reb. credit. & Iureiu. etiam in causis criminalibus locum esse huiusmodi iuraméto: nam cùm textus dicat, in bonę fidei contractibus, & cæteris causis, inopia probationum per Iudicem causa cognita rem decidi oportere, is interpretatur illa verba, vt & delictorũ causas comprehendant. Pro cuius sententiæ confirmatione adfert text. in l. 3. ff. de Iureiur. vbi Iurisconsult. ait: *Quacunque autem actione quis conuenιatur, si iurauerit, proficit ei Iusiurandum, siue in personam, siue in rem, siue in factum, siue pœnali actione, vel quauis alia agatur*, &c.

Secunda est opinio Bartoli, Castrensis, Iasonis, Sichardi, & aliorum communiter, in Comment. eiusdẽ l. In bonæ fidei, in causis criminalibus non esse locum huiusmodi iuramento. Fundamentum est: quia in criminalibus probationes debent esse luce meridiana clariores, l. vlt. C. de probat & necesse est, vt quis confessus, vel conuictus sit, ad hoc, vt condemnari possit, l. Qui sententiam, C. de Pœnis. Et nemo ex suspicionibus damnandus est, l. Absentem, ff. de Pœnis.

Tertia est sententia Ludouici Romani, in l. Admonendi, nu. 104. ff. de Iureiur. & aliorum, quos commemorant Menoch. de Arbitr. Iud Casu 464. nu. 7. & Dominus meus Cephalus, in consi. 141. nu. 21. lib. 1. Si actor semiplenè tantum, aut minus quàm semiplenè probauerit, non esse deferendum iuramentum in supplementum probationis: si verò plusquàm semiplenè

A probauerit, deferendum esse. Fundamentum est in c. vlt de Iureiur. in illis verbis: *Nisi Iudex inspectis personarum, & causæ circumstantijs, illud actori videat deferendum.*

Quarta est sententia Cyni, in d. l. In bonæ fidei, Butrij, in d c. vlt. de Iureiur. & aliorum, quos commemorat Dominus Cephalus, in d consi. 141. nu. 20. Si de pęna corporali agatur, iuramentũ non esse deferendum, secus autem, si de pœna pecuniaria. Argumento text. in d. l. In bonæ fidei, ibi: *Et in cæteris causis.*

Quinta est sententia; In causis criminalibus Reò deferendum esse iuramentum, ad suam innocentiam purgandam, non autem Actori, Argumento text. in d. c. vlt. de Iureiur. ibi: *Præsumptione verò faciente pro illo Reo deferri potest ad ostendendam suam innocentiam, iuramentum.* Idem probat text. in Authent. Nouo Iure, C. de pœna Iudic. qui malè iudicauit. Huius sententiæ Authores diligenter à Menochio commemorantur,

B de Arbitr. Iud. d. Casu 464. nu. 10.

Postrema est sententia Angeli, in d. l. In bonę fidei, si de crimine criminaliter agatur, instituta scilicèt accusatione ad publicam vindictam, nõ esse locum huic iuramento, secus autem si ciuiliter agatur, instituta scilicèt actione ad priuatam vtilitatem.

Hanc postremam sententiam Iuri magis consentaneam existimo, atque ita interpretor l. 3. ff. de Iureiur. & c. vlt. eod. tit de causa criminali ciuiliter intentata, intelligantur, id quod significat verbum (*actionis*) vtroque in loco vsurpatũ, nempè, in d. l. 3. ibi (*Pœnali actione*) & in d. c. vlt. ibi, (*Famosa actione.*) Vbi enim criminaliter agitur, dicitur potius accusatio quàm actio, l. de crimine, C. Ad legem Corneliam de falsis. Et sanè, in causis criminalibus ita seruatur, vt siquidem Reus sit confessus, vel conuictus, condemnetur, l. Qui sentẽtiam, C. de Pœnis. Si verò non sit confessus, neque cõuictus, sed tamen multis argumentis oppressus, subij-

C ciendus est tormentis, ad eruendam veritatem, l. 1. vet. Ad tormenta, ff. de quæst. Quod si torqueri nõ possit, tunc vel pœna extraordinaria afficitur, si argumenta, & indicia sint magna, vel absoluitur. Illud non diffiteor, & purgationis iuramentum hoc in casu aliquando deferri, sicuti declarat optimè Iul. Clar. In §. fi. q 63. & latè de hoc iuramento purgationis Andr. Geyll, lib. 2. de pace publ. cap. 7. Porrò verba illa textus d. l. In bonę fidei, *& in cæteris causis*, de similibus causis pecuniarijs accipienda esse non dubito.

CAPVT XVI.

Vtrum, vt iuramentum possit in supplementum deferri, necesse sit, idipsum à litigatoribus peti.



Ed vtrum necesse sit, à litigatoribus id peti, vt iuramẽtum suppletorium deferatur,

D non est eadem omnium sentẽtia. Etenim petendum id esse à litigatoribus, Authores sunt Bart in l. Admonendi, col. vlt. & ibid. Ias. in Repetit. num. 316. ff. de Iureiur. & alij, quos refert Ioseph. Maschard de probat. vol. 2. Concl. 956. nu. 46. Fundamentum est in ea Regula, quæ docet, Iudicem officium suum non impertiri, nisi petenti. l. 4. §. Hoc autem Iudicium, ff. de damno infecto.

Sed contrariam sententiam, nempe necesse nõ esse, vt id petatur, imò verò peti nõ debere, sed à Iudice ex officio deferendum esse, probare videtur Panorm. in c. vlt. §. Sanè, de Iureiur. Et fundamentum est in d §. Sanè, & in l. In bonæ fidei, C. de Reb cred & Iureiur. necnon in l. Admonendi, ff. eod. tit quibus in locis dicitur, Iudices in causis dubijs probationum inopia, iuramentum deferre solere, & secundùm eum pronunciare, qui iurauerit. Quod si à litigatore petatur, deferendum non videtur, quoniam vltrò id petens reddit

se su-

se suspectum, argumento l. Quæ omnia, §.1.ff.de Procuratoribus, & l. Vxori § 1.ff. Ad l. Corneliam de falsis.

Tertia est sententia, & id peti à litigatoribus posse, & à Iudice deferri debere, licet non petatur, si id expedire, & æquitati consentaneum esse cognouerit. Ita Alexan. in consi. 53.colum.vlt.lib.1 Et hęc sententia videtur mihi verissima. Probatur autem, tùm ex legibus superiùs allegatis pro confirmatione secundæ sententiæ, tùm ex eo, quòd Iudex interrogare potest litigatores in Iudicio, vbicunque æquitas id postulauerit, l. Vbicunque, ff.de Interrogatorijs actionibus. Tale autem Iuramentum perquam simile videtur esse interrogationi, etenim Iudex petit ab altero ex litigatoribus, an iureiurando affirmare velit verum esse, quod ipse in iudicio contendit. Quare nihil obstat regula l 4 § Hoc autem Iudicium, ff. de damno infecto, cùm ad eruendam veritatẽ satis constet, Iudicem multa ex officio decernere posse. Vide Alexan. in d. §. Hoc autem Iudicium, nume. 18. Nattam in consi. 166 num. 23. & Ias. in l Vbi pactum, nume. 11.& 12.C.de transact. Quòd verò litigator id petere possit, mihi videtur satis certum & exploratum, ea ratione, quòd nulla lege id prohibeatur, & quòd Iuris æquitati consentaneum appareat Neque verò suspectum se reddit id postulans, cùm de causa propria contendat & litiget, nec peieraturus præsumatur, & idipsum ex legibus didicerit, causas inopia probationum iureiurando decidi solere.

CAPVT XVII.

De tempore quo huiusmodi iusiurandum deferendum sit, controuersiæ duæ.

CÆterum vt intelligatur, quo tempore deferendum sit huiusmodi iuramentum litigatoribus, duæ sunt breuiter expediendę Doctorum controuersiæ. Vna, An post conclusionem in causa peti à litigatoribus possit, vt deferatur. Altera, si ante conclusionem in causa petitum id non fuerit, verum à Iudice nihilo minus deferri possit. Tractant has quæstiones Bart. Bald. Salicet. & alij, in l. In bonæ fidei, C. de reb cred & Iureiur. Ias. in l. Admonendi, in Repetit. nu 315.ff.eod.tit. Andr. Geyll. Practicar. Obseru. lib. 1.c 108. Mascard de Probation. vol. 2 Concl. 956.nu.46.& 47.

Quòd attinet ad primam, duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ; altera affirmans, altera verò negans. Affirmat Salicetus, quem multi alij sunt secuti. Negant Bartolus & Baldus, quibus non desunt adstipulatores.

Fundamentum Saliceti est in l. Generaliter, C de rebus cred. & Iureiur. *Omne igitur iuramentum*, inquit, *siue à Iudicibus, siue à partibus illatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiua sententia, sub ipso Iudice detur.* Huc accedat ratio: quia litigator ante conclusionem in causa, scire non potest, An iuramento suppletorio sit opus, sed id demum intelligit, cùm nil amplius probari & produci potest, quia videlicèt in causa conclusum est.

Fundamentum autem Bartoli, Baldi, & sequacium, illud est: quia post conclusionem in causa, nil amplius produci potest ad probandum, c. Cum dilectus, de fide instrum. Authent At qui semel, C. de probation. Ergo nec tale iuramentum offerri posse videtur, quia offertur ad supplendam probationem.

Ad d. l. Generaliter, respondent, eam loqui, quando ante conclusionem in causa petitum est à litigatore tale iuramentum deferri. Id suadent ex illis verbis textus: *Omne iuramentum, siue à partibus, siue a Iudicibus illatum*, &c. Ad rationem Saliceti, respondent, nihil impedire litigatorem, quò minus post publicatas attestationes, deliberare possit, an tali iuramento suppletorio indigeat.

A Mihi Saliceti sententia verissima esse videtur, non tamen eo argumento, quod ipse sumit ex dicta lege Generaliter, quia non deciditur in ea lege, Iuramentum peti posse, vt deferatur post cõclusionem in causa, sed de hoc deciditur ea lege, siue initio causæ offeratur iuramentũ, siue in medio, siue in fine, illud esse ab eo subeundum, cui est delatum, ne si moriatur, hæres, qui iurare non potest, ea probatione destituatur. Moueor itaque altero argumento, quo ipse vtitur, nempè, ante conclusionem in causa, deliberare non posse litigatorem, an tali iuramento opus habeat. Non obstat quòd dicitur, eum deliberare posse post publicatas attestationes, quia id falsum est, cùm & post publicatas attestationes vsque ad conclusionem in causa multa produci possint. Moueor prætereà hoc argumento. Omni tempore litigatori licet Iudicis officium implorare, vt id decernat, quod æquitatis ratio postulat, præsertim, cùm initio litis, omnis litigator petat sibi iustitiam administrari. Sed æquitatis B ratio hoc postulat, vt in dubijs causis inopia probationum, causa, iureiurando delato decidatur, vt patet ex d. l. In bonæ fidei, ex d. l. Admonendi, & ex d c. vlt. de Iureiurando. Ergo nihil proponitur, cur omni tempore litigator id petere non possit.

Ad contrariæ sententiæ argumentum respondeo. Nihil noui producere eum, qui iusiurandum sibi deferri postulat, implorat enim Iudicis officium, & eum admonet, si causa dubia sit, & iureiurando decidenda, sibi potius, quàm Aduersario deferendum esse iusiurandum.

Quòd attinet ad alteram quæstionem, duæ similiter sunt contrariæ Doctorum sententiæ, altera affirmans, altera negans. Ego affirmantem sententiam, quæ in ipsa Imperiali Camera magis est recepta, teste Andr. Geyll, loco superius annotato, verissimam esse iudico. Primò, quia, vt & in præcedenti dictum est, nec litigatores, neque Iudices C scire possunt ante conclusionem in causa, vtrum iuramento suppletorio sit opus. Secundò, quia vbicunque æquitas suadet, Iudex interrogare potest, lege, Vbicunque, ff. de Interrogatorijs action. Tertiò, quia Iudex cuncta rimari & perquirere debet, vt pro Iustitia causæ finem imponat, lege, Iudices, C. de Iudicijs, cap. Iudicantem, 30. quæst. 5. Quartò ex eo, quod habetur in cap. Cùm Ioannes, de fide instrument. in illis verbis. *Non obstante, quòd interrogatio à Iudice facta fuerit, postquam à partibus extitit in causa conclusum, cùm Iudex vsque ad prolationem sententiæ debeat vniuersa rimari, & possit interrogare de facto, quoties dubitationis aliquid occurrit.*

Contrariæ sententiæ argumenta nihil obstant. Primum est; nisi à parte petatur, tale iuramentum deferri à Iudice non posse. Sed hæc sententia falsa est, & confutata in præcedenti capite. Alterum est argumentum, quòd post conclusionem in causa, non sit amplius locus D probationibus. Respondeo, id verum esse, si agatur de probationibus testium, vel instrumentorum: sed quò minus Iudex Iureiurando causam decidere possit, nihil impedire potest conclusio in causa, neque enim hæc est probatio litigatoris, sed Iudicis potiùs ad veritatem inuestigandam prouisio.

CAPVT XVIII.

Cui deferendum sit Iuramentum suppletorium, Reo, an Actori.

NOn est prætereunda quęstio illa, satis olim, & nunc etiam controuersa, cui sit deferẽdum iuramentum ex litigatoribus, quod suppletorium appellamus, Reo, an Actori. Sunt enim qui Actori, sunt qui Reo deferendum putant, sunt qui Iudicis arbitrio id mandent. Vide lato-

A nem copiosè differentem hac de re, in l. Admonendi, in Repetit. nu. 314. ff. de Iureiur. & Francis. Duaren. lib. 2. Anniuers. Disput. cap. 33.

Qui esse deferendum Reo censuerunt, sequentibus argumentis vtuntur. Primum est ex d. l. Admonendi, vbi patet, Iuramentum delatum fuisse Reo. Secundum est ex cap. vlt. eod. tit. vbi similiter Reo ad purgandam innocentiam deferendum esse S. Pontifex mandat. Tertium illud est, quia fauorabiliores sunt Rei, quàm Actores, l. Fauorabiliores, de reg. Iur. Quartum est, quia post publicatas attestationes, non licet Actori nouos testes producere super eisdem capitulis, vt in Authent. At qui semel, C. de Probat. & in Clement. 1. de Testibus. Ergo multò minus producere seipsum in testem licebit, quod fit, cùm iuramentum Actori defertur, & is iurat, videtur enim esse testis in causa propria, iuxta l. vlt. C. de Fideicommiss.

Qui verò Actori putant deferendū, illud fundamentum habent, quòd defertur tale iuramentum ex inopia B probationum, l. in bonę fidei, C. de reb. cred. & Iureiur. Hoc autem sic interpretantur, cùm videlicèt Actor semiplenè probauit, ita vt magna sit præsumptio contra Reum, tunc Actori deferendum est iuramentum in supplementum ipsius probationis, quæ illi deest.

Tertiæ denique opinionis fundamentum est in c. vlt. §. Sanè, de Iureiur. in illis verbis: *Nisi Iudex facti, & personarum circumstantijs consideratis, Actori deferendum esse putauerit.* Vnde S. Pont. indicare videtur, hanc rem ex arbitrio Iudicis pendere.

Ego hac in re sic statuo, Actori, qui semiplenè probauit, deferendum esse iuramētum in supplementum probationis, in causis pecuniarijs, si Reus nil probauerit, quo Actoris intentio excludatur, vel obscuretur; & in locis, in quibus sum versatus, ita semper obseruari, & ab alijs seruatum vidi, & hoc summam habet æquitatem, & rationem, quia ex semiplena probatione, facilè Iudex C inducitur ad opinandum, meliorem esse Actoris, quàm Rei causam, cùm videt Reum nihil prorsus præstitisse, sed duntaxat Actoris intentionem negare. Absoluere Reum non potest, nec debet, quia est penè conuictus; eundem condemnare simpliciter non debet, quoniam Actoris intentio plenè probata non est. Quid ergo faciet? Ex probationis inopia iureiurando causam decidet, d. l. In bonæ fidei. At cui deferet Iusiurandum? Reone? Nequaquam, Primò, quia iam suspicatur ipse Iudex, ac penè certus est, eum mentiri, & Actorem vera dicere; Secundò, quia nulla est ratio, vt potius Reo iuranti in causa propria credat, quàm Actori, qui iam de suo Iure aliqua ex parte docuit, & pro quo maior est præsumptio, quàm pro Reo. Deferet ergo Actori potius. At contrà inquit Duarenus, Actore non probante, Reus absoluitur, l. Qui accusare, C. de edendo. Concedo; si nil probauerit Actor; At hic probauit, licet non plenè. Quare, si & iusiurandum eius accesserit, plena & sufficiens D erit probatio, aut Duarenus cum legibus pugnet, quæ in dubijs causis ex inopia probationum iureiurando rem decidendam esse statuunt. Sed inquit Duarenus, Reo potius deferendum est, ex d. l. Admonendi, quæ hoc probat, non autem vulgarem illam opinionem, iuramenti suppletorij, vbi Actor semiplenè probauit. Respondeo illam legem hanc vulgarem opinionem non probare, sed alias leges, nempe regulam generalem, d. l. In bonæ fidei, & tex. in d. cap. vlt. §. 1. de Iureiur. quatenus ibi Pontifex dicit: *Nisi Iudex Actori potius deferendum putauerit.* Si enim Actori deferendum aliquando est, hoc sanè in casu, quo semiplenè probauit, deferendum erit, sicuti communis sententia, & forensis vsus docent. Quod si pares hinc inde sint probationes, & reus aliquid præstiterit, quo causa dubia reddatur, non dubito, quin reo potius, quàm Actori deferendum sit, authoritate d. l. Admonendi, & d. cap. vlt. §. 1. de Iureiurando.

CAPVT XIX.

De iuramento delato à parte parti, in Iudicio, An recusari possit, si illud deferens nil probauerit.

SOlent etiam litigatores, iusiurandum inuicem offerre in Iudicijs; Vnde controuertitur, si Actor nil probauerit, & Reo iusiurandum obtulerit, an is iurare compellatur, aut soluere, nisi iusiurandum referre maluerit. Affirmant Paul. Castr. in l. Iusiurandum & ad pecunias, §. Ait Prætor, ff. de Iureiur. Alex. & Ias. in l. Manifestæ. ff. eod. Duarenus in Comment. ad tit. de Iureiur. cap. 3. Negant verò Specul. Socin. & alij, quos comme- B morat Mascard. de probat. vol. 2. Conclus. 957. num. 7. Ego affirmantem sententiam amplectendam censeo, multarum legum authoritate. Imprimis, ex l. Tutor, ff. de Iureiur. *Tutor Pupilli,* inquit Paulus, *omnibus probationibus deficientibus, iusiurandum deferens, audiendus est.* Secundò, ex l. vlt. C. de fideicommiss. vbi hæres iurare compellitur, si fideicommissum aliundè probari non possit. Tertiò, ex l. Generaliter, C. de rebus cred. & Iureiur. vbi dicitur, etiam in principio causæ (quo sanè tempore, nondum est probatum) iusiurandum offerri posse. Quartò, ex l. vlt. §. Licentia, C. de Iure deliberandi. Quintò, ex l. Manifestæ, ff. eodem tit. vbi non distinguitur, an Actor probauerit, nec ne, sed manifestæ turpitudinis & confessionis esse dicitur, nolle iurare, aut iuramentum referre. Nam is, cui iuramentum offertur, testis, & Iudex in propria causa constituitur, vt in l. vlt. C. de fideicommiss. Quare, si iurare recuset, confiteri videtur se malam causam habere. Postremò, ex l. Delata, C. de re- C bus cred. & iureiur.

Primum argumentum contrariæ sententiæ; Actore non probante, Reus absoluitur, etsi nihil præstiterit, l. Qui accusare, C. de edendo, cap. vlt. de Iureiurando. Respondeo: Verum est in hoc sensu, quòd videlicèt, Reus nil probare tenetur: Veruntamen, si ei Iusiurandum offeratur, tenetur iurare.

Secundum argumentum; Si Actor plenè probauerit, non tenetur iurare, licet ei offeratur iuramentum à Reo, cap. 2. de probat. Ergo neque Reus iurare tenetur, vbi Actor nil probauit. Respondeo, hæc esse dissimilia; quia cùm Actor plenè probauit, iam de iure suo docuit, nec iuramento indiget, quia causa est satis liquida, sed vbi nihil probauit, & is contendit sibi deberi, Reo id negante, res est dubia, vnde Iureiurando oblato decidenda est.

Postremum argumentum; Probationes non sunt sumendæ de domo Rei, l. Nimis graue, C. de testibus. Sed D hic sumuntur, si Reus cogatur iurare, ergo. Respondeo, non sumuntur probationes, sed Iudex & Testis efficitur in causa propria ipse Reus. Quod si recuset, in manifesta turpitudine & confessione versatur; præsertim, cùm possit illud referre, vnde de iniuria conqueri non potest, l. Iusiurandum, & ad pecunias, ff. de Iureiuran.

CA-

CAPVT XX.

De eodem iuramento. Vtrum, si Reo offeratur ab Actore, qui conatus est suam intentionem aliter probare, & non probauit, sit necessariò subeundum.



Sed & controuersi Iuris est: Actor probare conatus est suam intentionem, & non probauit, quamobrem iuramentum ei detulit. Vtrum is iurare teneatur, aut iusiurandum referre. Etenim affirmant, eum teneri, com plures Doctores, quos secutus est Senatus Pedemont. de cis. 97. apud Olascum, & nouissimè apud Ant. Thesaur. Decis. 93. Nec non alij, quos commemorat Maschard de probat. vol. 2. Conclus. 957. n. 9. Cæterum negãt Ripa, ad l. Admonendi, n. 65. ff. de Iureiur. Deci. in c. 2. de probat. Socin. sen. in cons. 184. lib. 2 Natta, in cons. 35. & alij à Maschardo citati, loco proximè annotato.

Sed mihi verissima vr prior sententia, primò: quia leges, quibus constitutum est, vt is, cui iuramentum defertur ab Aduersario, illud subire cogatur, aut referre, Nempe l. Manifestæ, ff. de Iureiur. l. Delata, C. eod. tit. hæ inquam leges, nulla distinctione vtuntur, vtrum is, qui iuramentum offert, nixus fuerit probare, nec ne. Secundò, quia legis ratio æquè viget vtroque casu, quòd videlicet manifestæ turpitudinis & confessionis sit, Vbi in causa propria, testis, & Iudex aliquis efficitur, oblato sibi Iureiurando, nec iurare velle, nec Iusiurandum alteri referre.

Nec me mouet, contrariæ sententiæ fundamentum, quod est positum in l. Si quis iusiurandum, C. de reb. cred. & Iureiu. Etenim, ille textus loquitur de eo, qui à principio Iusiurandum obtulit, deinde pœnitentia ductus, cùm speraret se probationes habiturum, illud reuocauit, tandem cùm se probationibus quoque destitutum animaduerteret, ad iuramentum iterum redire volebat, talis inconstantia & variatio nequaquam toleranda est, vnde meritò tale iuramentum recusari potest. De hac specie nos non loquimur, sed de eo, qui simpliciter conatus est probare, nec plusquàm semel variauit, imò, ne variauit quidem, cùm & ab initio fortassis animum habuerit iura mentum offerendi, si probationes deficerent. Sanè adferuntur alia nonnulla, sed leuiora argumenta, quòd videlicet, Actore non probante, Reus absoluendus sit, & simi lia, quibus ex his, quæ dicta sunt in præcedenti capite, responsio patet.

CAPVT XXI.

Vtrum, si locus relationi iuramenti non sit, delationi tamen locus esse queat.



Aliquando accidit, vt iuramentum referri nō possit, veluti cum is, qui illud offert, veritatis, ac rei gestæ ignarus est, nam si is iusiurandum Aduersario offerat, Aduersarius verò illi referat, iustam habet recusandi causam; Vnde quæritur, An sicut relatum iusiurandum recusari potest hoc in casu, ita etiam & delatum. Hæc est celebris controuersia, de qua respondentunt Aymo Crauetta, in cons. 203. & Marcus Antonius Natta, in cons. 35. Crauetta respondit, iuramentum delatum recusari non posse, licet referri non possit; Contrarium respondit Natta, si referri non possit, nec deferri posse. Posterioris huius sententiæ illud est argumentum, quòd leges de tali iuramen to verba facientes, plerumque delationi, relationem con iungunt, vt nempè is, cui iuramentum defertur, illud referre possit, l. Iusiurandum, §. ait Prætor, ff. de Iureiuran. l. Manifestæ, ff. eod. tit. l. Delata, C. eod. Et quod caput est, ait l. Iusiurandum, & ad pecunias, ff eod. tit. *In omni causa iusiurandum permitti, quia de iniuria conqueri non potestis, cui defertur, cum possit illud referre.* Igitur si illud referre non possit, vt in proposita quæstione, nec deferri posse videtur.

A Sed mihi probabilior Crauettæ sententia videtur, quæ crebriori etiam Doctorum calculo probatur, vt patet ex Menoch de Arbit. Iud. Casu 189 & in Mascardo, de probat vol. 2. Concl. 957. nu. 16.

Probatur hęc sententia primùm, argumento sumpto ex l. Iusiurandum, 34 §. Nō semper, ff. de Iureiur. vbi habetur, iurandum esse ab eo, cui offertur iusiurandum, licet illud referri non possit ad illum modum quo delatū est: *Non semper autem* inquit, *consonans est per omnia referri iusiurandum, quale defertur*, &c.

Secundò probatur, quia etiam hoc in casu viget ratio æquitatis, nempè, quod turpiter quis recuset testimoniū ferre in causa propria, fateríque videatur, se malam causam habere, cùm iurare non audeat.

Tertiò, quia non desunt alij casus, in quibus referri nō potest iuramentum, & tamen deferri potest, vt in l Mar B cellus, §. 1. ff. de actione rerum amotar. & in cap. vlt. de Iureiur.

Ad Argumentum Nattæ respondeo, regulariter quidem esse coniunctam relationi delationem, sed tamen si contingat, vt relationi locus esse non possit, non ideo tamen negandum est, locum esse delationi. Non obstat illa ratio, quòd videlicet conqueri non possit is, cui defertur, eùm possit illud referre, quia cum referri potest, sine dubio maior est æquitatis ratio, sed tamen etsi refer ri non possit, illa ratio non cessat, quod turpiter recusetur iusiurandum, cum in causa propria Iudex, & testis is, cui offertur, efficiatur. l. vlt. C de fideicommiss. l. 1. ff. Quarum rerum actio non datur.

CAPVT XXII.

C *Vtrum Iuramentum recusari possit, vbi periculum est, ne periurium detegatur.*



Vbi periculum est, ne periurium detegatur, puta, si quis testes produxit, deinde Aduersario iuramentum offerat, non desunt, qui existiment, iuramentum recusari posse. Ita decidit Senatus Pedemont. Decis. 11. Olaschi, & Decis. 93. Thesauri. Fundamentum est in Bartoli doctrina, qui id notat in l. Iusiurandum, quod ex conuen tione, §. vltimo, numero 4 ff. de Iureiuran. Sed pace tantorum virorum, perquàm absurda mihi videtur hæc sententia, vnde magis assentior contrarium docentibus, videlicet Crauettæ, in consilio 207. & Maschardo, de probat. volum. secundo. Conclus. 957. circa finem. Inprimis enim satis constat, leges hoc præcipere, vt quis non falsum, sed verum iuret: quamobrem, si verum iurauerit is, cui offertur iusiurandum, non est quod metuat, ne periurium detegatur. Nam si testium depositiones D obijciantur, respondere poterit, posteaquam iuratum est, non aliud quærendum esse, An debeat, necne, l. Quinta, §. Dato, ff. de Iureiur. Si periurij arguatur ex testibus, respondere poterit, se quoque testes, & alias probationes producere potuisse, nisi placuisset causam iureiurādo decidi. Deinde fieri vix potest, vt post exhibitas probationes, Iusiurandum quis offerat Aduersario, nisi probationibus ipsis magnoperè diffidat, ac timeat, ne Aduersarius ipse contrarijs testibus, & probationibus eum superet. Quare magis suspicari licet, eum, qui iusiurādo offert, metuere, ne suorum testium detegatur falsitas, quàm eū, cui offertur, de periurio solicitum esse, ne detegatur. Authoritas verò Bartholi nihilo plus suffragatur, quàm aliorum. Nulla sanè lex à contraria opinione facere potest; Ab hac verò nostra, generalis militat ratio legis, nimirum manifestæ turpitudinis esse, nolle aut iurare, aut iusiurandum referre: & eum, cui offertur Iusiurandum, aut iurare oportere, aut soluere, nisi referre maluerit, l. Manifestæ, ff. de Iureiuran. l. Delata. C. eod. tit.

CAPVT XXIII.

Vtrum à sententia Iudicis, Iureiurando causam decidentis, liceat appellare.

CErtum est eum, qui Iusiurandum detulit, appellare non posse, vt habetur in l. Generaliter, §. Sin autem, C. de reb. credit. & Iureiur. E contrario verò constat, eum appellare posse, cui iuramentum est delatum, si videlicèt illud præstare recusauerit, ac proinde ad soluendum condemnatus fuerit, ita enim est decisum in d. §. Sin autem. Ceterùm, an si is, cui iuramentum offertur, Aduersario suo illud referat, atque is iuret, & eius iuramentum Iudex secutus, ipsum, qui retulit, condemnet, vtrum is appellare possit à sententia Iudicis, non satis constat. Etenim, appellare eum posse, censuerunt Petrus & Cynus, in d. §. Sin autem, Imola, in c. vlt. nu. 4. Iureiur. & alij, quos refert & sequitur Osaschus. Decis. Pedemont 60. Horum fundamentum est in Regula generali, quæ dictat ab omni sententia permissam esse appellationem, l. Et in maioribus, C. de appellat. Nec obstat tex. in d §. Sin autem, quia negat appellandi licentiam ei, qui iuramentum detulit; Rectè, & summa ratione. Nam is spontè elegit hanc viam, vt Iureiurando causa definiretur: is verò, cui offertur iusiurandum, non sponte illud refert deferenti, sed necessitate quadam impulsus, ne videlicèt ipse iurare cogatur, aut soluere.

Cæterùm, contrariam sententiam veriorem esse non dubito, quam Salicetus in d. l. Generaliter, post Ioãnem & Azonem, est secutus. Probatur primò: quia eadem ratio est in referente, quæ in deferente, nam & ipse elegit hanc viam sponte, vt Aduersarij testimonio & iuramento causa decidatur, cùm liberum ipsi fuisset iurare, Iudexque & testis in propria causa esse, quamobrem de se queri, non de Iudice debet. Secundò, certum est, Iusiurandum hoc, speciem esse transactionis, & maiorem Authoritatem habere, quàm res iudicata. l. 2. ff. de Iureiur. Ergo appellare non licet, quemadmodum nec licet aduersus transactionem supplicare. l. Causas & lites. C. de Transactio. Tertiò, Iureiurando præstito, nil aliud quæri debet, nec sententia retractari prætextu periurij potest. l. 5. §. Dato. ff. eodem titulo. l. 1. C. de rebus credit. & Iureiuran. Frustrà ergo appellatur. Quartò, si Iureiurando causa sit inter partes transactione finita, illa retractari non potest, etiam sub prætextu instrumenti de nouo reperti. l. Admonendi in fin. ff. de Iureiuran. Ergo nec appellatione interposita retractari poterit. Legatarium iurantem excipio, quando scilicet ex testamento constat, legatum non esse relictum, tunc enim detecto periurio, sententia retractatur & repeti potest, quod solutum est. l. vlt. C. de rebus credit. & Iureiur. Ratio est, quia tale iuramentum, vt dictum est, speciem transactionis continet. De his autem, quæ ex testamento pendent, non aliter transactio valet, quàm inspectis & cognitis verbis testamenti. l. De his. ff. de transactio. Ad argumentum in contrarium, patet responsio ex præmissis, quia vt dictum est, eadem ferè ratio est in referente, quę in deferente.

CAPVT XXIIII.

Vtrum Procurator in causis criminalibus ad defendendum admittatur.

ALexander Imperator in l. 3. C de Accusationibus, scribit in hæc verba: *Reos capitalium criminum absentes, etiam per Procuratorem defendi, legibus publicorum Iudiciorum permittitur.* Sed contrarium docet Iurisconsultus in l. penultima. §. Ad crimen. ff. de public. Iudic. *Ad crimen*, inquit, *Iudicij publici persequendum, frustrà Procurator interuenerit, multoq; magis ad defendendum*, & in l. 1. ff. An per alium causæ appellationis reddi possint. *Sin autem*, inquit, *non sit pecuniaria causa, sed capitalis, per Procuratorem agi non licet*, & in l. Miles qui. §. Ea quæ. ff. Ad l. Iul. de Adulterio. *Ea, quæ inter reas adulterij recepta est, absens defendi non potest.* Prima est solutio Accursij, reos defendi posse per Procuratores, quantum ad hoc, vt eorum absentiam excusare Procuratores possint, non autem quantum ad hoc, vt innocentiam defendere possint. Eiusdem sententiæ videri potest Iacobus Cuiacius libro quinto sententiarum Pauli, titulo 16. Dum ait in textu. l. Seruum quoque. §. Publicè. ff. de Procurator. legendũ esse: *Absentiam excusantem*, non autẽ, *Innocentiam excusantem*. Neque enim innocentia excusatione eget, & ad absentiam tantum excusandam Procurator admittitur, non ad innocentiam ostendendam.

Sed huic expositioni obstat, quod ipsemet Cuiacius adfert, lib. 20. Obseru. cap. 20. *Quod ait*, inquit, *l. 3. C. de Accusatio. Reos capitalium criminum absentes, etiam per Procuratorem defendi, leges permittere publicorum Iudiciorum, vulgò accipiant de absentia reorum tantum, vt possint redditis iustis causis defendi & excusari, non etiam integra causa agi: quæ interpretatio coacta nimis est, & improbabilis. Nec enim, si de absentia tantum excusanda sensisset, absolutè dixisset, defendi, quo verbo significatur plena defensio.* Sic ille.

Secunda est solutio Bartoli, in d. l. Seruum quoque. §. Publicè. Procuratorem admittendum esse ad innocentiam rei absentis ostendendam, sed nõ ad totam causam peragendam. Eandem sententiã probat Castrensis ibid. Nec non Menoch. de Arbitr. Iud. quæst. 80. nu. 98.

Sed obstat huic interpretationi, quod tex. in d. §. Ad crimen dicit, *frustrà Procuratorem interuenire, multò magis ad defendendum*, & idem dicit tex. in d. l. Miles qui. §. Ea quæ. Defenditur autem is, cuius innocentia demonstratur.

Tertia est solutio Brissonij lib. singul. de Adulter. in verbo: Ne quis inter reos, circa finem: *Ad crimen publici Iudicij persequendum*, inquit, *frustrà Procuratorem interuenire, multoq; magis ad defendendum, Caulus constitutum est. Cui tamen refragari Alexandri rescriptum creditur, quod ita est, &c. Sed non omnia*, inquit, *capitalia crimina Iudicij publici sunt. Igitur in priuatorum criminum causis defensor rectè interuenit, in publicis Iudiciorum criminibus, non rectè interuenit.*

Verùm obstat huic sententiæ tex. in dicta lege, Seruum quoque. §. Publicè, vbi dicitur, in capitalibus Iudicijs Procuratorem admitti ad defendendum reum, vbicunque absens damnari potest. Sed in publicis Iudicijs capitalibus. Reus absens damnari potest, sicuti explicat Cuiaci. lib. 20. Obseru. cap. 20. Ergo & in his publicis criminibus defendi poterit. Obstat secundò, quòd Imperator Alexander in d. l. 3. dicit, leges Iudiciorum publicorum permittere, vt reus per procuratorẽ defendi possit. Si enim leges publicorum Iudiciorum id permittunt, sequitur dicendum, & in publicis criminibus id permittere.

Ego existimarem has leges sic conciliari posse, vt, quòd attinet ad dictã legẽ tertiam. C. de Accusatio. & ad l. Seruum quoque. §. publicè. ff. de Procuratoribus accipiendæ sint illæ de reis absentibus, vt videlicet in causis capitalibus per Procuratorem defendi possint, vbicunque damnari possunt. Quòd verò attinet ad tex. in lege penultima. §. Ad crimen. ille intelligendus sit de Reo non absente, sed præsente, neque enim textus mentionem facit rei absentis, sed duntaxat dicit, frustrà Procuratorem interuenire ad defendendum, quod ego sic intelligo, scilicet ad defendendum eum, qui præsens est. Nã Reus præsens auditorio adesse debet, nõ autẽ Procuratore mittere, ac ipse se subtrahere, vt in l. 1. ff. an p aliũ causæ appella. reddi possint, ibi: *Sed etsi ea causa sit, &c.*

Vnde

Vnde statim subdit Iurisconsultus, sed excusationes absentium ex Senatusconsulto, iudicibus allegantur, & si iustam rationem habent, sententia differtur. Nihil ergo aliud vult ille textus, nisi causas publicorum criminum agitari non posse per Procuratores, siue agant, siue defendant, id, quod etiam docet Iurisconsultus in d.l. t. ff. An per alium causæ appellationis reddi possint. Vtrum autem in specie reus absens defendi possit per Procuratorem, non decidit ibi Iurisconsultus, sed hoc deciditur ab Alexandro Imperatore in d.l. 3. & à Iurisconsulto, in d. §. publicè. quamobrem dictæ leges non sunt contrariæ, sed vna ponit regulam, altera exceptionem. Regula est ista. Causæ publicorum criminum per Procuratorem agi non possunt, siue agant, siue defendant reum. Exceptio verò hæc. Reus tamen absens per Procuratorem defendi potest, quoties damnari potest; quia publicè vtile est, absentes à quibuscunque defendi, vt in d. §. Publicè.

Quod verò attinet ad tex. in l. Miles qui. §. Ea quæ. ff. de Adulterijs. Illa est præclara & vera solutio, quam adfert Cuiacius libro 20. obseru. cap. 20. Quòd videlicet, in capitalibus criminibus reus absens defendi possit, vt in d.l. 3. C. de Accusatio. Sed crimen adulterij non erat eo tempore capitale, sicuti optimè probat idem Cuiacius ad l. 8. ff. de Transactio. & libro 20. Obseru. capite 28. & libro 21. capite 27. nec non Brissonius libro singul. de Adult. capite 2. & satis patet ex l. Si quis viduam. ff. de quæstio.

Cæterùm Hermannus Vulteius Scholast. disceptatio. lib. singul. cap. 11. perpendit cótra solutionem istam textum in d.l. Seruum quoque. §. Publicè. Primò, dum inquit: *Nam & in capitalibus Iudicijs defensio datur, &c.* Ergo inquit etiam in Iudicijs nó capitalibus dánda erit, quia illa dictio, *Et*, videtur ampliare & extendere. Secundò, dum inquit tex. *Vbicunque itaque absens quis damnari potest, ibi quemuis verba pro eo facientem, & innocentiam excusantem, audiri aequum est.*

Respondeo, ex illa dictione (*Et*) non rectè deduci illam consequentiam, quia hæc est sententia Iurisconsulti. Publicè vtile esse absentes defendi. Probatur hæc sententia à Iurisconsulto. Nam & in capitalibus Iudicijs inquit defensio datur.

Quòd autem in Iudicijs non capitalibus defensio detur, nō infertur ex illis verbis. Quòd verò subdit textus: *Vbicunque ergo absens damnari potest, &c.* Non ita generaliter accipiendum est, sed de Iudicijs capitalibus tantum, de quibus ibi est sermo. Reos enim capitalium criminum absentes per Procuratorem defendi legibus publicorum Iudiciorum est permissum. Reos autem criminum non capitalium defendi posse, nulla lege demonstrari potest, & contrarium indicat tex. in d.l. Miles qui. §. Ea quæ. ff. de Adulterijs.

CAPVT XXV.

Vtrum Absens defendi per Procuratorem possit in criminibus publicis, quibus pecuniaria pœna est constituta.

IN criminibus publicis, quibus pecuniaria pęna est imposita, defendi absentem reum per Procuratorem non posse, censuit Angel. in leg. penult. §. Ad crimen. ff. de publicis Iudicijs. & eum secutus Menoch. de Arbitr. Iud. quæst. 80. num. 5. Fundamentum est in d. §. Ad crimen, vbi generaliter est constitutum in publicis criminibus, frustrà Procuratorem interuenire, & multò magis ad defendendum. Sed istis ego non assentior, quin potius contrariam sententiam amplector, quam secutus est Marian. Socin. in c. Veniens. num. 48. de Accusatio. Moueor imprimis authoritate l. 1. ff. An per alium causæ appellationis reddi possint, in illis verbis: *Planè si pecuniaria causa est, ex qua ignominia sequitur, potest & per Procuratorem hoc agi.* Secundò moueor ex eo, quod habetur in l. Tunc conuenit. C. de Accusation. ibi: *Licet in pecuniarijs causis per Procuratores litem sustineant.* & l. 3. C. vbi Senatores, vel Clarissimi ibi: *Crimen quidem publicum, priuatumve, cui tamen non per Procuratorem respondere liceat.* His enim verbis innuit textus, aliqua esse publica crimina, in quibus Procurator interuenire potest. Postremò moueor ea ratione, quòd vbi pęna est duntaxat pecuniaria, cessat causa, propter quam per Procuratorem agi non potest, sed ipse reus præsens auditorio adesse debet. Nā illa est causa, quia vbi agitur de pœna capitis, vel alia corporali, sententia Iudicis reddi posset elusoria, nec executioni mandari posset: In Procuratorem enim non esset executioni mādanda, quoniam ipse non deliquit, contra Reum autem absentem, non facilè executioni mandaretur, quoniam in Iudicis potestate non esset.

Respondent contrariæ sententiæ Authores, argumenta ista locum sibi vendicare in criminibus priuatis, non autem in publicis, in quibus specialiter est constitutum, vt Procurator non interueniat. Sed, vt mihi videtur; tex. in d. §. Ad crimen, quod vnicum est contrariæ sententiæ firmamentum, recipere hanc potius interpretationem debet, vt non procedat, vbi pœna est pecuniaria, quia in pœnis pecuniarijs Procuratorem admittendum esse constat, quàm è diuerso leges, quibus probatur, in pecuniarijs pœnis causas agi posse per Procuratorem, interpretari debeant, vt non procedant in publicis criminibus. Est enim magis cōgruum, vt locus clarus declaret ac interpretetur obscurum, quàm contrà.

CAPVT XXVI.

Quid statuendum sit in criminibus, quibus pœna relegationis est constituta.

CÆterum in criminibus, quibus pœna relegationis irrogatur, Procuratorem admitti posse, ad reum absentem defendendum censuerunt Marian. Socin. in c. Veniens. colum. 21. vers. Decimò, quæro de Accusatio. & alij, de quibus per Clarum. in §. fin. quæstio. 32. vers. Hinc est. & per Menoch. de Arbitr. Iud. quæstio. 80. numero 86. Horum argumenta hæc sunt. Primum, quia vbi pœna corporalis non est imposita, secundùm communem Doctorum sententiam, Procurator est admittendus, quasi cessare videatur illa ratio, quæ prohibet Procuratorem admitti. Sed pœna relegationis non est corporalis, vt patet. Igitur, &c. Secundum, Vbicunque absens damnari potest, defendi etiam per Procuratorem potest. l. Seruum quoque. §. Publicè. ff. de Procuratoribus. Sed absens damnari pœna relegationis potest. l. Absentem. ff. de pœnis. Ergo & per Procuratorem defendi poterit. Tertium argumentum sumitur ex l. t. ff. An per alium causæ appellatio. reddi possint, in illis verbis: *Sed etsi ea causa sit, ex qua sequi solet pœna vsque ad relegationem, non oportet per alium causas agi, sed ipsum adesse auditorio debere, sciendum est.* Illa dictio (*vsque*) stat exclusiuè, ita vt sensus sit. In omnibus pęnalibus Iudicijs Procuratorem reijci, excepto iudicio, pro quo sola indicitur relegationis pęna. Quod si illa dictio staret inclusiuè, pęna relegationis enumeraretur inter pęnas capitales, atque ita æquipararetur pęnæ damnationis in metallum, quod falsum est.

Sed horum sententiæ ego non assentior, quin potius contrariam amplector, in qua fuerunt Vltramontani Doctores, quos refert, & sequitur Rubeus Alexandrinus. in l. penult. §. Ad crimen. numero 127. ff. de publ. Iud. & Robertus Aurelianus lib. 2. sententiar. lut. cap. 3. Moueor in primis authoritate. l. vlt. C. de Iniurijs. vbi specialiter

specialiter est constitutum, fauore personarum illustrium, A ut in causa iniuriarum criminaliter mota, defendi per Procuratorem possint, quo quidem in casu pęna est relegationis constituta, iuxta l. vlt. ff. eod. tit. ex hoc enim infertur, alios qui non sunt illustres, defendi non posse in tali causa.

Secundò moueor authoritate l. Miles qui. §. Ea quæ. ff. Ad legem Iuliam de Adult. vbi patet, in crimine Adulterij, reum absentem defendi non posse per Procuratorem, & tamen constat eo tempore, Adulterij pęnam plerunque relegationis fuisse, sicuti declarat Cuiac. lib. 20. obseru. cap. 26. & lib. 28. cap. 27. nec non Brissonius libro singul. de Adult. cap. 2.

Tertiò moueor authoritate l. 1. ff. An per alium causæ appellationis reddi possint. in illis verbis: *Sed etsi ea causa sit, &c.* Neque enim video, quomodo illa dictio, *Vsque*, stare possit exclusiuè, & non potius includat ipsam relegationem. Nam si relegationem non includeret, sequeretur Iurisconsultum istud velle, vt si pœna sit minor re- B legatione, Procurator non admittatur; si verò imponatur pœna ipsa relegationis, velle vt admittatur, quòd certè absurdum esse videtur. Nec ex hac interpretatione sequitur, relegationis pœnam censeri capitalem, nam cùm Iurisconsultus dixisset, causas capitales agi non posse per Procuratorem: ne quis existimaret causas non capitales, quibus tamen, non pecuniaria pœna est constituta, sed relegationis, agi posse per Procuratorem, statim subdit; *Sed etsi ea causa sit, ex qua sequi solet pœna vsque ad relegationem, non oportet per alium causas agi*, postea de pecuniaria causa agens, per Procuratorem agi posse respondit. Hic videtur mihi verus & germanus sensus dictæ legis.

. Ad argumenta in contrarium, respõdeo. Ad primum. Nego communem illam sententiam locum habere posse in pœna relegationis; sed locum habet duntaxat in pœnis pecuniarijs.

C Ad secundum respondeo, tex. in d. §. Publicè. accipiendum esse de causis capitalibus, sicuti dictum est in capite 24.

Ad tertium respondeo dicta l. prima, secundùm veram interpretationem, huic nostræ sententiæ, maximè fauere.

CAPVT XXVII.

Vtrum confessus se hominem occidisse ad sui defensionem, pœna homicidij condemnandus sit.

TRactant hanc quæstionem Panorm. in cap. Auditis. de præscript. circa fi. Decius in cap. Cum venerabilis. nu. 20. de exceptio. Socin. sen. in l. Non vtique. ff. de excep. Ant. Gabr. commu. concl. titu. de Maleficijs. concl. 19. num. 7. & Franciscus Sarmient. lib. 1. Selectar. interpret. D cap. 1. nu. 11. Et in summa, si probari non possit ea qualitas defensionis necessarię, sunt qui dicunt, confessum, esse capite plectendum, aliqui verò in mitiorem pœnam procliuiores sunt.

Huius posterioris, atque benignioris sententiæ fundamentum stat in eo, quòd capitalis sententia, in quenquam ferri non potest, qui non sit plenè conuictus, vel confessus, ita enim Constantinus statuit, in l. Qui sententiam. C. de pœnis. Sed hic non videtur plenè confessus homicidium, quia non purè & simpliciter confessus est: sed ea adiecta qualitate, quòd nimirum illud ad sui necessariam defensionem commiserit.

Prioris autem sententiæ seuerioris illud est argumentum, quòd homicidium, vtpote grauissimum crimen præsumitur esse dolo commissum; ac proinde, qui allegat ad sui excusationem, casu, & non animo occidendi illud perpetrasse, probare debet istud ipsum, quod est fundamentum suæ excusationis ac defensionis, vt

A in l. 1. C. Ad legem Corneliam de Sica. ibi: *Qui probauerit non occidendi animo, hominem à se percussum esse, remissa homicidij pœna, &c.* & in c. 1. præsumptio. *Sicut noxius est*, inquit, *qui mittit lanceas & sagittas in mortem, ita vir, qui fraudulenter nocet amico suo, & cum fuerit deprehensus, dicit, ludens feci.* Idem probat tex. in l. Si non conuicij. C. de iniurijs.

Opinor ipse, vnà cum Alberico, & quibusdam alijs antiquis, quos in loco annotato commemorat Sarmientus, hanc quæstionem ex facti & personarum circumstantijs definiendam esse. Nam si is, qui hominem occidit, fuerit vir probus, non rixarum amans, sed qui cõsueuerit honestè viuere, & alterum non lædere, occisus verò contrà, rixosus sit, nec vitæ admodum laudabilis, hoc in casu, nunquam in capitis pœnam consentire possem. Cæterùm, si occidens contrà, esset vir malus, vitijs & malis artibus deditus, pœnæ capitali eum facilè adiudicarem. Si coniecturæ omnes cessarent, atque in obscuro B res esset, nec vlla ex parte aliquod eluceret argumentũ necessariæ defensionis, priorem sententiam, licet magis seueram, amplectendam putarem, Authoritate earum legum, quæ sunt allatæ. Nam si sola excusatio & allegatio necessariæ defensionis, absque vlla probatione sufficeret ad capitis pœnam euadendam, multi eam euaderent, non absque magno Reipub. detrimento. Pauci enĩ sunt homicidæ ac sicarij, qui non aliquam prætexant excusationem suis facinoribus. Quare hominum malitijs ac sceleribus via obstruenda potiùs, quam aperienda est.

CAPVT XXVIII.

Quid si non constet de corpore delicti, vt vocant, an confessus condemnandus sit?

C ET si non constet maleficium perpetratum esse, siue, vt Doctores nostri loquuntur, de corpore delicti non constet, confitentem nihilominus condemnandum esse respondit Alex. in cons. 19. lib. 7. & Rum. in cons. 80. lib. 4. quorum illud est argumentum, quòd leges non adhibita illa distinctione, an constet, vel non de corpore delicti, confitentem esse condemnandum, statuunt, vt in l. Qui sententiam. C. de pœnis. in l. Seruos. C. Ad legem Iul. de vi. in l. Si quis in hoc genus. C. de Episcop. & Cleri. in l. Inter pœnas. ff. de interdict. & Relegatis. Huc accedat, quòd si hoc priùs constare oporteret, sæpe accideret, vt delicta remanerent impunita, quòd non semper delicti vestigium remanere potest. Denique in l. Inde Neratius. §. vlt. ff. Ad legem Aquiliam. Ait Iurisconsultus: *Non esse damnandum eum, qui dicitur hominem occidisse, si paratus sit docere eum viuere*, vnde à contrario sensu, damnandus erit, si id non probauerit, & sic necesse non est probare delictum ipsum fuisse commis- D sum, sed qui confitetur est puniendus, nisi probet cõtrarium, hoc est, non fuisse commissum.

Sed contraria sententia mihi magis probatur, quæ cõmunis est, vt patet ex Claro, in §. fin. q. 55. vers. Potest etiam, & in Mynsingero obseru. 18. cent. 3.

Probatur hæc sententia primùm, ex l. 1. §. Diuus. ff. de quæst. ibi: *Confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat.* Secundò, ex l. 1. §. Item illud. ff. Ad Syllanianum, ibi: *Nisi constet aliquem esse occisum, non haberi de familia quæstionem. Liquere igitur debet, scelere interemptum, vt Senatusconsulto locus sit.* Tertiò, ex l. Inde Neratius. §. vlt. ff. Ad legem Aquiliam, ibi: *Cæterùm occisum esse hominẽ à quocunque oportet.* Quartò, ex l. 4. ff. de Confessis. ibi: *Si tamen occisus sit homo, ex confessione sua tenetur.*

Ad primum argumentum respondeo, leges, quæ simpliciter dicunt, ex confessione quempiam esse damnandum,

nandum, interpretandas esse ex alijs legibus, quibus dicitur, necesse esse, vt constet, hominem scelere interemptum esse, & sic delictum fuisse admissum.

Ad secundum respondeo, sententiam communem locum nõ habere in his criminibus, quę post se vestigium non relinquunt, in quibus casibus, fama publica, querela partis offensæ, & quævis alia coniectura sufficit, vt dicatur constare de corpore delicti.

Ad tertium respondeo, sumi non posse illud argumentum à contrario sensu, quia verba sequentia textus refragantur, dum dicit: *Cæterùm occisum esse hominem a quocunque oportet.*

CAPVT XXIX.

Vtrum ex præsumptionibus aliquis damnari possit in iudicijs criminalibus.

VTrum ex argumentis & præsumptionibus Reus, qui neque cõfessus, neque conuictus est damnari possit, & quid de eo sit statuendum, non est eadem omnium sententia. Nam sunt qui putant, eum esse damnandũ, non tamen ordinaria delicti pœna; Nec desunt, qui absoluendum putant: sunt & qui pœna ordinaria afficiendum esse docent. Vide Franciscum Sarmientum libro 1. selectar. Interpret. cap. 1 & Menoch. de præsumpt. lib. 1. quæst. 79. nu. 19. & seq.

Fundamentum prioris sententiæ positum est in nonnullis Iuris Canonici locis, quibus probatur, propter præsumptiones, ac suspiciones Reum esse puniẽdum aliqua leuiori pœna, vt in c. Accedẽs de Accusation in c. Significasti. de Adulterijs. in c. Literas. §. pen. & in c. Afferte. de præsumpt. in c. De hoc. de Simonia, & in c. Contumacia. de hæreticis, lib. 6.

Eorum autem qui absoluendum existimant, fundamẽtum est in l. Qui sententiam. C. de pœnis. in l. vlt. C. de probatio. & in l. Absentem. ff. de pœnis. Qui verò pœna ordinaria Reum afficiendum docent, tribus potissimum Iuris ciuilis legibus adducuntur, ex quibus probatur, ex præsumptionibus reum esse damnandum, non aliter ac si de ipso crimine plenè cõstaret. l. Si qui adulterij. C. Ad legem Iuliam de Adulterijs. l. 1. C. Ad legem Corneliam de sicarijs. l. Si non conuinj. C. de Iniurijs. Ego in ea sum sententia, vt ex indicijs & argumentis non condemnari reus aliqua pœna, sed torqueri debeat. Quod si conditio personæ vel causæ id non patiatur, eum absoluẽdum esse non dubito. Moueor authoritate l. Milites. §. Oportet. C. de quæstionibus. *Oportet*, inquit text *Iudices nec in ijs criminibus, quæ publicorum Iudiciorum sunt, ad inuestigationem veritatis, à tormentis initium sumere, sed argumentis primùm verisimilibus, probabilibusq́, , vt etsi ijs, veluti certis indicijs ducti inuestigandæ veritatis gratia ad tormenta putauerint esse veniendum, tunc id demum facere debebunt, si personarum conditio patietur.* Secundò moueor authoritate l. Vnius. §. Reus. ff. eod. vbi Paulus: *Reus*, inquit, *euidentioribus argumentis oppressus, repeti in quæstionem potest, &c.* Non dicit condemnari debet, sed iterum torqueri, si in tormenta animus, corpusque durauerit. Tertiò moueor ex l. Absentem. ff. de pœnis, vbi expressum est, neminem ex suspicionibus damnandum esse.

Ad argumentum contrariæ sententiæ, quæ extraordinaria pœna coercendum docet, respondeo, Canones ad id probandum allegatos, de personis Ecclesiasticis accipiendos esse, quæ si infamia laborauerint, purgare se debent, aut certè suspendi ab officio, siue aliter puniri, ne videlicet, qui sacra Dei administrant, occasionem vllam scandali cæteris pariant. Igitur, in consequentiam dicti Canones trahendi non videntur ita generaliter ad omnes casus, præsertim cùm in causis & personis laicis, quibus est iam disputatio præcipua, Iure ciuili sit constitu-

A tum, quæstionibus reum esse subijciendum.

Ad argumentum verò seuioris opinionis, quæ videlicet pœnam ordinariam hoc in casu indicit, respondeo, Tres leges inductas, ad id probandum sufficientes non esse. Nam quòd attinet ad l. Si qui Adulterij. ibi ita specialiter constitutum est in odium eorum, qui cognationis velamento, celare adulterium studuerunt. Vnde ad alios omnes casus generaliter id producendum non videtur. Quòd verò attinet ad alias duas leges, illæ non probant ex præsumptionibus, quenquam esse damnandum, sed istud volunt, vbi constat crimen esse commissum, reum esse condemnandum, nisi ipse probauerit, quæ ad sui defensionem allegat, veluti se casu occidisse, vel iniuriandi animum non habuisse.

CAPVT XXX.

B *Cùm quis allegat se occidisse ad sui defensionem, quomodo id probare debeat.*

CVm quis allegat, se ad sui defensionem hominem occidisse, nonnulla esse videtur cõtrouersia, quomodo testibus id probare possit. Nam sunt qui hoc exigunt, vt testes dicant, ad necessariam defensionem, hominẽ fuisse occisum. Et sunt, qui arbitrentur sufficere, si simpliciter testes dixerint, quempiam occidisse ad sui defensionem. Prioris sententiæ Authores sunt Bald. in l. 1. C. de Confess. col. 13. vers. Item tu Assessor. Roman. singul. 28. Felyn. in c. Significasti, col. 5. de Homicidio. Vasquius controuers. illustr. cap 18. nu. 6. Andr. Geyll. de pace publica lib. 1. cap. 16. nu. 3. & 4. Posterioris autem sententiæ Authores sunt Bart. in cons. 110. Quidam Masiolus. Ias. ad l. Vt vim. nu. 3. & ibid. Deci. nume. 17. ff. de Iust. & Iur. & alij quos refert & sequitur Clarus in §. Homicidium. vers. Sed quomodo probatur.

C Prioris sententiæ argumenta sunt ista. Primum ex l. Scientiam. §. Qui cum aliter. ff. Ad l. Aquiliam. *Qui cum aliter*, inquit, *tueri se non possunt, damni culpam dederint, innoxij sunt.* Secundum est ex l. 2. C. Ad l. Corneliam de sicarijs, ibi: *In dubio vitæ discrimine constitutus, &c.* Tertium ex Clement. 1 de Homicidio, ibi: *Qui mortem aliter vitare non valens, suum occidit, vel mutilat inuasorem.* Quartum est ex c. 1. § Si quis hominem. de Pace tenenda, ibi: *Si autem omnibus manifestum sit, quòd non necessariò, sed voluntariè illum occiderit, &c.*

Posterioris autem sententiæ argumentum est ex l. Vt vim. ff. de Iust. & Iur. ac similibus legibus, quibus dicitur, quòd quisque ob tutelam sui corporis fecerit, iure fecisse existimari, nec adiungitur illa qualitas necessariæ defensionis.

Mihi tantorum virorum pace, videtur hæc quæstio potius esse de nomine, quàm de re ipsa. Nam qui statuunt exprimendam esse qualitatem necessariæ defensionis, re-
D ctè & sapienter dicunt, ac statuunt. Etenim si quis se defendere possit, ac liberare ab omni vi illata, & nihilominus aggressorem occidere voluerit, non mihi videtur ad defensionem, vt loquuntur, sed ad vindictam hominem occidisse, ac moderamen inculpatæ tutelæ planè excessisse. Quare facilè adducor ad opinandum, idem & eos velle ac sentire, qui simpliciter loquuntur de defensione, nec addunt qualitatem illam necessitatis. Quòd si secus sentiant, homicidiumque impunitum esse velint ab eo, qui se id fecisse pro sui defensione allegat, eo in casu, quo se defendere potest, licet inuasorem non offendat, tunc priori sententiæ magis accedo, posteriori repudiata. Neque enim dubito, quin ea sit Iurisconsultorum, ac legum intentio, vt tum demum excusetur is, qui occidit inuasorem, cùm id fecit ob tutelam sui corporis, cùm scilicet in dubio vitæ discrimine constitutus, aliter euadere non posset.

CAPVT XXXI.

Vtrum pro defenſione rerum liceat inuaſorem occidere.


Ro defenſione rerum hominem occidere licere, ſcriptum reliquerunt Accurſius in l. Vt vim, in verbo *Nam iure*.ff.de iuſt.& iure. Bart.ibidem nume.6.Iaſon.nu.23.& alij communiter, teſte Decio.nu.31.

Primum argumẽtum eſt ex l.1. C.vnde vi.ibi: *Ad defendendum poſſeſſionem, illatam vim propulſare licet.* Secũdum ex l.3.§.Eum igitur.ff.de vi & vi arm.vbi, *is, qui armis venit, poteſt armis quoque repelli*, & loquitur de vi illata rebus. Tertium ex l.1.C.quando liceat ſine iudice ſe vind. quatenus ibi textus permittit depopulatores agrorum & latrones occidi.

Quartum ex l 4.ff.ad l.Aquil.vbi ex LL.duodecim tabularum furem nocturnum deprehenſum occidere permittit.

Cæterùm non licere pro rerum defenſione aliquem occidere, docẽt Io.de Anania in c.2.de homicid.& Garzias Hiſpanus ad d. l. Vt vim, ff. de iuſt. & Iure. Quibus ſuffragari videtur, l.Si ex plagis. §.1.ff. ad l. Aquil. in illis verbis: *Sed ſi ab eo non prior vapulaſſet: ſed cùm & lucernam eripere vellet, rixatus eſſet, tabernarij culpa factum videri*. Neque leges pro contraria ſententia allegatæ probant, pro ſola rerum defenſione, licere hominem occidere, ſed pro perſonæ defenſione. ita ipſi reſpondent.

Tertia eſt ſententia Felyni in c.2.nume.4. verſ. ſed in quantum omnes concludunt, de homicid. quem ſequitur Carer.de homicidio §.6.nu.20.iure canonico non licere pro ſola rerum defenſione quenquam interficere, quicquid iure ciuili conſtitutum ſit.

Huic ſententiæ ſuffragatur primò tex.in c.2.de homicidio, ibi: *Te tuaq; defendendo*, & ſic defenſio rei & perſonæ ſimul coniungitur. Secundò, tex. in c.Si perfodiens. eod.tit.vbi fur occidi non poteſt, cum diſcernitur eum ad furandum, & non ad occidendum veniſſe. Tertiò, textus in c.Suſcepimus. eod.tit.ibi: *Verùm quoniam expediebat potius poſt tunicam relinquere pallium, & rerum ſuſtinere iacturam, quàm pro conſeruandis vilibus rebus & tranſitorijs tam acriter in alios exardeſcere, &c.*

Poſtrema eſt ſententia, licere hominem occidere pro defenſione rerum, quando aliter defendi non poſſunt ſine vitæ periculo. Ita Decius in d.l. vt vim num.31. ff.de iuſt.& iu. Couuar. in Clem.Si furioſus, in 3.par.§.Vnico, ſub nu.6.verſ.Secundo proponitur.de homicidio.& hæc ſententia videtur mihi veriſſima, arbitrorque ferè omnes doctores idem ſenſiſſe, licet verbis ab ea diſcrepare videantur.

Probatur primò ex l.Furem.ff.ad l.Cor.de ſicar.vbi Iuriſconſult.ait: *Furem nocturnum ita demum impunè occidi poſſe, ſi occiſor parcere illi, ſine ſuo periculo non potuit.*

Secundò ex l.Si vt allegas. C. eod. tit.ibi: *Latrocinantem qui inferendæ cædis voluntate præceſſerat, iure caſum videri.* Tertiò ex l. 1.C.vnde vi, quatenus Imper. requirit moderamen inculpatæ tutelæ; Tunc enim res defendit quis, tali moderamine adhibito, cùm aliter eas tueri abſque periculo non poteſt.

Quartò ex c.2.de Homicid ibi. *te tuaq; liberando, &c.* Poſtremò probatur ex cap.3.eod.tit. & ex c. Dilecto, de ſent.excom.lib.6.

Huic ſententiæ non obſtat tex. in contrariam citatus in l. Si ex plagis.§.1. ff. ad l. Aquil. Quia ibi agebatur de defendenda lucerna, quæ res eſt vilis & modica, de qua non eſt hæc ſententia accipienda.

Ad tex.in c.ſuſcepimus, de homicid. reſpõderi poteſt, in ea ſpecie non fuiſſe adhibitum moderamen inculpatæ tutelæ, Nam fures ligati fuere, & metu, ne ſoluerentur, occiſi, quod propterea ſummus Pontifex ait, fuiſſe contra manſuetudinem eccleſiaſticam.

A

CAPVT XXXII.

Qua ſit afficiendus pœna is, qui aggreſſorem occidit, non ſeruato moderamine inculpatæ tutelæ.


Vm, qui aggreſſorem occidit, nõ ſeruato moderamine inculpatæ tutelæ, pœna ordinaria homicidij afficiendum cenſuerunt Sali. ad l.Gracchus, col.pen.C.de adult. Bald.in l.1. C.de Emend. ſeru. Deci. in d.l.Vt vim, nu.18.ff.de iuſt.& iure, cùm ſcilicet animus occidendi appareat in eo, qui moderamen exceſſit.

His adſtipulatur primùm regula generalis textus in l. 1 §. Diuus.ff. de ſicarijs, nempe eum qui occidendi animum habuerit, tanquam occiſorem puniendum, vt & in ijs qui cum telo C. eod.tit. Secundò, quia ſeruum occidẽs dolo malo, reus eſt homicidij, licet eum punire leuiter
B poſſit, & ſic exceſſus punitur ordinaria pœna. l.1. C.de Emenda ſeruo. Et idem in magiſtro diſcipulum occidente ſtatutum eſt.l.ſed & ſi quemcunque. §. Si magiſter.ff. ad l.Aquil:

Sed contraria ſententia verior & cõmunior eſt, nempe pœnam eſſe hoc in caſu leuiorem infligẽdam, ita poſt alios Tiraquellus de pœnis legum Cauſa prima nume.7. Couuar.ad Clem.Si furioſus, de homicid. parte 3.§.Vnico.num.3.Menoch de Arbitr.Iud.caſu 278.Andr.Geyll. lib.2.Practicar.obſer.cap.110 nu.15.

Fundamentum huius ſententiæ eſt in eo, quòd iuſto dolore is mouetur ad occidendum, qui prouocatus ab aggreſſore eſt; Quamobrem ſi ſibi non temperauerit, puniẽdus quidem eſt, ſed mitiùs: argumento l.Si adulterium. §.Imperatores.ff.de adult.ibi. *difficillimum eſt iuſtum dolorem temperare, & ideo pœna eſt mitiganda*, & l.1 §.vlt.ff. de ſicarijs l.qui cum natu.§.Si libertus. ff.de bonis liber-
C tor.ibi *Ignoſcendum eſt enim ei, ſi voluit ſe vlciſci prouocatus*. l.Gracchus. C.de adult.ibi. *Et nox & iuſtus dolor factum releuant.* Facit reg.l.quod calore, de reg.iur.

Ad primum argumentum reſpondeo, animum occidendi ſufficere vt locus ſit pœnæ legis Corneliæ: ſed tamen id non procedit, vbi quis eſt prouocatus, & iuſto dolore motus ad occidendum: vt in l.§.Diuus, verſ.ſed & in eum ff de ſicarijs.

Ad alterum argumentum reſpondeo, nec dominum, nec magiſtrum iuſto dolore & cauſa prouocatos ac motos videri, vt ſeruum ac diſcipulum occidere debeant, vnde meritò illis imputatur dolus, eoſque pœna capitis dignos reddit.

CAPVT XXXIII.

Quid de reo ſtatuendum ſit, qui tormentis ſubiectus, negauit ſe maleficium commiſiſſe.

D

Vm reus vehementioribus indicijs & argumentis opprimitur, quæſtionibus ſubijci ſolet, ac debet. Verum aliquando accidit, vt crimen nullo modo fateatur, ſed cõſtanter neget. Quamobrem in controuerſiam vocari ſolet, quid ſit eo in caſu decernendum? Et quatuor ſunt potiſſimum ſententiæ. Prima nihilominus condemnandum eſſe. Secunda abſoluendum. Tertia mitiori pœna afficiendum, quam vocant extraordinariam. Quarta cauſam eſſe indeciſam relinquendam, reo tamen ex carceribus liberato, fideiuſſore dato, de iudicio ſiſti, ſiue, vt noſtri loquuntur, de ſe præſentando. Vide Iulium Clarum in §.fin.q.64. verſ. Illata reo tortura. Anton Gomeſ. variar.reſol.tom 3.cap.13.nume.28. Menoch. de præſump. lib.1.quæſt.93.

Qui reum condemnandum eſſe exiſtimant, mouẽtur authoritate l.1.§.quæſtioni.ff. de quæſt.vbi Iuriſcõſultus ait, *Quæſtioni ſemper fidem non eſſe adhibendam, quoniam*

res

res est fragilis & periculosa, & quæ veritatē fallit. Nam plerique patientia, siue duritia tormentorum, ita tormenta contemnūt, vt exprimi ab eis veritas nullo modo possit.

Qui verò absoluendum putant, eo argumēto vtuntur, quòd tormentis indicia purgari videantur. Nam tormentis, verberibus, & igne fatigati quod dicunt, veritas ipsa dicere videtur, vt dicebat Glo. in l. Edictum. in verbo. efficacissimas. ff. de quęst.

Tertiæ autem opinionis fundamentū est, quia causa cognita, fides adhibenda est quęstioni, vt Iurisconsultus docet in d. l. 1. §. quęstioni. Quare cùm vehemētioribus argumentis reus vrgetur, licet tormentis subiectus negauerit, videtur tamen afficiendus aliqua pęna, neque semper credendum quæstioni.

Quartę opinionis denique fundamētum est in l. Si qui adulterij C. Ad l. Iul. de Adulterijs. vbi patet, causam decisam non fuisse, sed suspensam, demumque argumentis ac probationibus superuenientibus reum condemnatum.

Ego in re maximè dubia & controuersa eorum sententiam amplector, qui reum absoluēdum esse responderunt, rebus tamen sic stantibus, vt pragmatici loquuntur. Moueor imprimis, quod tormentis reus nō est subijciendus, nisi ad inuestigandam veritatem, & eo duntaxat casu, quo probabilibus argumentis, ac indicijs suspectus est delati criminis: vt in l. Milites. C. de quæst. Si ergo tormentis subijciatur; & neget, nec veritas intelligi ac sciri potest, & solæ præsumptiones aduersus eum existunt. Nemo autem ex præsumptionibus est damnandus. l. Absentem. ff. de pœnis. Secundò moueor, quia tormenta dicuntur esse efficacissima ad eruendam veritatē. l. Edictum. ff. de Quæstio. Hæc autem efficacia non aliundè procedere potest, quàm ex eo, quòd plerunque nocentes fateri veritatem soleant, innocentes verò negare, licet non negauerim, secus aliquando accidere. Quod ergo plerunque fit, sequendum esse videtur. Tertiò moueor ex l. Quæstionis modum. ff. de Quæst. vbi dicitur, reum esse ita torquendum, vt saluus esse possit, vel innocentia, vel supplicio. Quæ verba sic accipienda videntur, vt videlicet saluus fit supplicio, si criminis reus deprehendatur ex confessione. Si verò negauerit, tanquam innocens liberandus sit.

Ad argumentum prioris sententiæ respondeo. Non semper quidem quæstioni esse fidem adhibendam, sed tamen plerunque adhibendam esse, tāquam efficacissimæ ad veritatem inueniendam. Nos verò loquimur de eo, quod regulariter est statuendum; non autem de omni casu particulari, in quo singulares circumstantiæ aliud requirant. Quæ responsio valet etiam ad argumentum tertiæ opinionis, præterquam quòd consequentia non est bona. Fides adhibenda est quæstioni. causa cognita. Ergo reus est damnandus. Præsertim si sequamur eorum sententiam, quam & in cap. 29. suprà firmauimus; Neminem ex suspicionibus & præsumptionibus damnandum esse.

Ad argumentum postremæ opinionis, respondeo negando, causam indecisam fuisse relictam, in specie d. l. Si qui adulterij: Textus enim dicit. Accusatos obiecta crimina depulisse obtentu proximitatis, ex quo sequitur, eosdem absolutos fuisse, rebus sic stantibus, quia Iudex de qua re cognouit, pronunciare quoque cogendus est. l. De qua re. ff. de Iudicijs. Vel si absoluti non fuere, noua superuenerunt indicia & argumenta, dum causa ipsa penderet. Denique vt maximè concedatur, in ea specie ita fuisse obseruatum, non tamen sequitur, ita semper obseruandum, cùm Iuris regulæ aduersentur.

A

CAPVT XXXIIII.

Vtrum iudex inquirere ex officio possit in delinquentes, & eos punire.



Etsi consuetudine receptum sit, vt iudices ex officio in delinquentes inquirant, eosque puniant, non tamen alienum erit inquirere, iurene an iniuria id faciant. Est enim hac de re admodum insignis controuersia. Nam id iure fieri non posse aliqui existimāt. Aliqui verò iure canonico id permissum fatentur, iure autem ciuili negant. Nonnulli id in certis casibus concedunt. Alij iure id regulariter fieri contendunt. Vide Glo. & doctores in l. Rescripto. § Si quis. ff. de Munerib. & honorib. Bald. in c. 1. de off. ord. & ibi Imola. Decium in rub. de iud. nu. 7 Bart. in l. 2. §. Si publico, ff. de
B Adult. Et in l. Si maritus. §. si ante. ff. eod. tit. S. Thom. 2. 2. q 67. art. 3. Nauarr. ad Rub. de iud. nu. 79. & alios, qui criminales materias tractant.

Neganti sententiæ adstipulantur hæc argumenta. Primum ex. d. l. Rescripto. §. Si quis. ff. de Munerib. & honorib. vbi, si quis accusatorem non habeat, honoribus prohiberi non debet.

Secundum ex testimonio Dn̄i nostri in Euangelio. *Mulier, si nemo te accusat, nec ego te damnabo.* Tertium ex testimonio Ambrosij lib. 8. Epistolarū ad Syagriū. *Si leges publicas interrogemus, accusatorem exigūt.* Alia id genus loca refert Cuiacius lib. 1. obseru. cap. 33.

Quartum est D. Tho. loco annotato. Homines ad Iudicem confugiunt, sicut ad Iustitiam quandam animatam, vt docet Philo. 5. Ethic. Iustitia autem non est ad se ipsam, sed ad alterum, vnde oportet, vt Iudex inter aliquos duos dijudicet, quod quidem fit, cùm vnus est actor, & alter reus.

Postremum argumentum est, quia tàm lege natu-
C rali, quàm diuina pręcipitur, ne quis inordinatè detrahat, siue infamet, vel sit causa proxima detrahendi, seu infamandi alterum. Sed qui inquirit in alterius crimē, causa est vt reus, de quo inquiritur, infametur. Ergo non licet inquirere in aliorum delicta.

Qui verò putant iure ciuili permissam non esse inquisitionem, sed Iure Canonico, eo argumento adducuntur, quod nullus extet Iuris Ciuilis locus, quo talis inquisitio permittatur, multa verò Iuris Canonici extēt loca, quibus inquisitio approbetur, vt in c. 1. de officio ordinarij. in c. 1. Qualiter & quando, de accusationib. & inquisitionibus, & per totum ferè illum titulum.

Ego verò, ne in referendis inanibus argumētis longum faciam, eorum sententiam amplector, & veriorē esse iudico, qui legitima diffamatione præcedente, ac legitimis indicijs & argumentis, asseuerant, tàm Iure Ciuili, quàm Iure Canonico procedi per inquisitionē posse. Huius sententiæ Authores habeo Salicetum in
D l. Ea quidem. C. de Accus. Alciat in c. 1. nu. 12. de officio ordinarij Anton. Gomel. Resol. tom. 3. cap. 1 tit de Delictis, nu. 49. vers. Nono & similiter, Nauarrum, & S. Thom. locis proximè annotatis.

Et quidem, quòd attinet ad Ius Canonicum, ita res certa & explorata est ex c. Qualiter & quando, de Accusatio. & Inquisitio. & ex toto ferè illo tit. Vt nulla sit prorsus difficultas.

Omnis ergo difficultas est quantum ad Ius Ciuile. Cæterum quantum ad Ius Ciuile attinet. permissam esse inquisitionem, probo. Primum ex §. Iubemus. in Auth. de Collatorib. seu in Nouell. 128. tit. de publicis Tributis, sm̄ Holeandri translationem. *Iubemus autem*, inquit Imperator, *vt omnes Magistratus tā militares, quā & Ciuiles per se requirāt eos, q̄ latrocinia, aut violentias, raptusue rerū, aut mulierū, aut q̄cunq; alia flagitia i pruincijs delinquūt, legitimaq; ipsis irrogēt supplicia.*

Secundò

Secundò id probo ex l. Congruit. ff. de Officio Præsidis. *Congruit*, ait Vlpianus, *bono & graui præsidi curare, vt pacata, atque quieta sit prouincia, quam regit, quod non difficile obtinebit, si sollicitè agit, vt malis hominibus prouincia careat, eosq; conquirat. Nam & sacrilegos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet, & prout quisque deliquerit, in eum animaduertere.*

Tertiò id probo ex l. Ea quidem. C. de Accusat. vbi probatur, Magistratibus licere Apparitores & officiales habere, qui maleficia inquirant & denuncient, & subinde in eos animaduertere, quos deliquisse compererint, etiam sine solennibus accusationum. Idem probat tex. in l. 1. C. de Custodia & exhibitione reorum. dum ait: *In quacunque causa reo exhibito, siue accusator existat, siue eum publicæ solicitudinis cura perduxerit, &c.* Hi Nunciatores appellabantur, vt in l. Ab Accusatione. §. Nunciatores. ff. Ad Turpilianum. Item Irenarchæ, vt in l. Diuus. ff. de custodia reorum, qui elogia scribebant, quæ notoria dicebantur. Erant autem omnium delictorum, quæ quis commiserat, annotationes, sicuti declarāt Alciat. lib. 6. Parerg. cap. 19. Budæus in Annot. ad d. l. Diuus. ff. de Custodia reorū. & Cuiac. lib. 1. obseru. cap. 33. Ex quibus tamen notorijs, seu elogijs nemo condemnari poterat, antequam veritate cognita repertus esset noxius, vt habetur in d. l. Diuus. Non tamen Accusatore opus erat, quicquid nonnulli dixerint, propter illa verba tex. *Sed quasi re integra quæratur, si quis erit, qui eos arguat.* Etenim Accusatore opus nō fuisse probat tex. in d. l. Ea quidem. C. de Accusat. Itaque illorum verborum sensus est, veritatem esse indagandam, & diligenter quærendum, An delictum cōmiserint, quos Apparitores huiusmodi denūciauerint, si videlicet ipsi nūciatores, vel quispiam alius eos deliquisse affirmauerit.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, nil obstare textum in d. §. Si quis. quoniam ibi non agitur de inquirendo, vel non inquirendo in delicta & delinquentes, sed de arcendo aliquem ab honoribus, vnde meritò respondetur arceri non posse, si nemo eum accusauerit alicuius criminis; Non tamen negat textus, si diffamatus esset de crimine, quin ex officio veritate conquisita puniri posset.

Ad secundum, cōcedo neminem damnari posse sine Accusatore, sed infamia criminis patrati, & publica vox est loco Accusatoris, vt dicebat S. Thomas loco annotato. Quæ responsio valet ad omnia reliqua argumenta. Etenim illa vires habent, vbi deficit publica vox, & fama, tunc enim nec inquisitioni locus esse potest, neque punitioni, & omnia, quæ in argumentis cōtinentur, rectè applicantur. Verùm publica voce, & fama subsistente, omnia euanescunt, sicuti idem S. Thomas præclarè docet loco citato.

CAPVT XXXV.

Ad interpretationem Authen. Bona damnatorum. C. de Bonis proscriptorum & damnatorum. Controuersia vna.



Controuersia est inter Doctores, vtrum bona damnatorum sicut reseruanda sunt ascendentibus & descendentibus, vsque ad tertium gradum, ita etiam reseruanda sint Fratribus & cæteris ex latere iunctis, vsque ad tertium gradum. Facit dubitationē, quod in Nouel. 134. §. vlt. tit. de Vicarijs & locū tenentibus, vel secundum veterē translationē, in Auth. Vt nulli Iudicum. §. vlt. His, inquā, in locis ex quibus Irnerius Authenticam desumpsit, & Codici inseruit, nulla Fratrum, & similium mentio habetur, licet habeatur expressa mentio in d. Authentica Irnerij.

Et quidem antiquorum interpretum communis est sententia, bona reseruanda esse Fratribus, & cæteris ex latere coniunctis, vsque ad tertium gradum. Ita enī docent Bald. Cyn. & alij in d. Auth. Bona damnatorū, & Iulius Clarus alios cōmemorans in §. fin. q. 78. Suffragatur huic sententiæ, qui in antiquis exemplaribus nonnulli testentur ea verba contineri, quæ de Fratribus, & cæteris ex latere iunctis mentionem faciunt. Nec verisimile est Irnerium authoritate propria illa verba adiecisse. Huc accedat, ꝙ in Nouel. 17. §. oportet. Imperator docet, bona damnatorū toti cognationi esse reseruanda. Vnde cùm in hac Nouella dicatur reseruanda esse ascendentibus & descendentibus vsque ad tertium gradum, meritò adiectum est reseruanda esse etiam ex latere iunctis, vsque ad tertium gradum.

Cæterùm Franciscus Aretinus in l. Eius, qui. §. Si cui, nu. 3. vers. sed quæritur. ff. de Testam. contrarium docuit: & eius fundamentum est, quòd in nullo exemplari illa verba habeantur in Nouella, ex qua sumpta est Authentica. Et ad tex. in d. §. oportet. Nouell. 17. respondet, id non probare, ad quod allegatur. *Hæc est intentio*, inquit, *illius textus, quòd quando committitur delictum, quod sit dignum pœna corporali, non debeat Iudex commutare pœnam corporalem in pecuniariam. Nō loquitur de damnato pœna capitali. Id patet ex principio & fine illius textus. Ait enim in principio. Bona esse conseruanda generi & legi, id est, generi vocato à legibus ad successionem. Sed damnati capitali crimine non erat successio secundùm leges, quia bona adferebantur in fiscum. Ergo de tali damnato, non loquitur ille textus. In fine autem ait, Iudicem non debere dimittere personam delinquentis, & bona auferre, prout multi faciunt. Sed in crimine capitali hoc non fit, quia principaliter persona condemnatur, & in consequentiam bona auferuntur.* Hæc ferè Aretinus.

A cuius sententia longè discrepat Cuiacius, dum in expositione Nouellæ 12. docet, hunc esse sensum d. Nouel. 17. Vt velit damnatorum bona seruari cognationi vniuersæ in his criminibus, quibus nominatim irrogata bonorum publicatio non est.

Ceterùm mihi hanc rem diligenter contemplanti, verissima esse videtur Francisci Aretini sententia ac interpretatio: Quod vt planum faciam, reddam ipsius Nouellæ verba, 17. §. Oportet; Tùm dicam, quot incōmoda sequantur ex communi interpretatione: Et demum quantum sit conformis textui, aptaque & commoda Aretini sententia Verba textus hæc sunt. *Oportet autem omnino & banus te rei prouidentiam gerere, vt si quis pœna dignus esse videatur, ne sumpto de illo supplicio, bona eius attingas, sed ad progeniem eius & legem legeq; introductum ordinem inferri ea patiaris. Nam non bona, sed bonorum possessores delinquunt.*

Communis interpretatio tribus de causis est incommoda. Primùm, quia Imperator in Nouell. 134. profitetur, se eam constitutionem ordinasse, vt non solum pœnę corporales, verùm etiam pecuniarię moderatiores fierent, deinde statuit bona damnatorum reseruanda esse descendentibus & ascendentibus vsque ad tertium gradum. Sed certè longè moderatiores erant & mitiores ex dicta Nouell. 17. §. oportet. cùm per eam vniuersæ agnationi absolutè bona conseruentur. Secundò, inter vtramque Nouellam manifesta est repugnantia, altera statuit vsque ad tertium gradum esse conseruanda, altera verò absolutè conseruanda esse vniuersæ cognationi. Tertiò, si hic est sensus Nouell. 17. Altera Nouell. 134. superuacanea erit in hac parte, nisi corrigat illam, quod dici nullo modo potest, nec vlla correctionis suppetit coniectura. Quartò, aut Nouell. 134. est prior, & altera posterior, aut contrà est. Si primum, certè in posteriori Nouella, quæ absolutè docet, bona esse conseruāda vniuersæ cognationi, aliqua debuit fieri mentio de priori Nouella, per quam reser-

uatio bonorum vltra tertium gradum nõ porrigebatur. Si contrà est, certè Nouell. 134. quæ bonorum conseruationem restringit ad tertium gradum, mentionem facere debuit prioris Nouell. 17. eamq; corrigere, longè latiùs bona conseruantem.

Porrò Aretini sensum ac interpretationem commodam, aptam, & textui conformem esse manifestè patet. Nam hoc vult Iustinianus, vt qui ob delictum perpetratum pœna est dignus, is corporali afficiatur, non autem pecuniaria pœna, nec corporalis in pecuniariam commutetur. Id patet ex verbis sequentibus, quæ sic habent. *Sed qui eum ordinem subuertunt*, (scilicet pœna pecuniaria delinquentem afficientes) *illi pœna quidem dignos dimittunt, bonaq; eorum auferunt. Alios verò, quos ad illorum fortè successionem lex vocabat, in illorum locum obijciunt supplicio.* Itaque harum Nouellarum sensus est talis, vt si quidem pęna capitali delinquens afficiatur, quo casu secundùm veteres leges bona fisco applicabantur, illa de cætero non applicentur fisco, sed reseruentur, vt dictum est. Istud vult Nouell. 134. Si verò agatur de crimine nõ capitali, cui tamen pœna corporalis irroganda sit, nõ debet is, qui deliquit, pœna corporali affici, & simul etiam pecuniaria, bonis ei ablatis, & multò minus ordine peruerso, loco pœnæ corporalis irrogandæ, bona sunt auferenda. Istud est quod vult Nouell. 17. in §. Oportet.

CAPVT XXXVI.

Mandans hominem vulnerari, & protestans ne occidat, si mandatarius eum occiderit, vtrum pœna homicidij teneatur.



CVm quidam hominem vulnerandum mandasset, expresse prohibẽdo ne occideretur, mandatarius verò tale vulnus inflixisset, ex quo mors secuta esset, ingens orta est disputatio & controuersia inter Iurisconsultos; num talis mandans pęna homicidij afficiendus esset. Nã nequaquam afficiendum esse homicidij pœna responderunt Antonius Rossellus, Franciscus de Capitibus Listę, & Angelus à Castro, Pauli Castrensis filius, quorum omnium responsa sunt edita à Bartholomæo Veronensi, vt patet ex eius consilijs criminalibus, in consi. 35. 36 & 37. Sequitur Decius in cons. 482. Sed contrarium respondit ipse Bartholomęus Veronensis in consi. 34. quem sequitur alios commemoratus Menoch. de Arbitr. Iud. casu 352 nu. 2. Didacus autem Couuar. in Clement. Si furiosus, de Homicid. in 2 par. §. 1. nu 3. priorem sententiam probat, nisi percussio mandata ostendat, voluntatẽ mandantis in homicidium directę ferri.

Argumenta prioris sententiæ sunt ista. Primum, Qui animum occidendi non habuit, pœna legis Corneliæ nõ tenetur l. 1. §. Diuus. ff. Ad l. Corneliam de Sica. Sed talis mandans animum occidendi non habuit. Ergo non tenetur, &c. Secundum, si talis mandans homicidij pœna teneretur, id non aliam ob causam esset, nisi quia cogitare debuerat ex vulnere, quod infligendum mandauit, mortem sequi potuisse, sicuti docet tex. in c. vlt. de Homicid. lib. 6. Sed hæc non est causa sufficiens, vt pœna legis Corneliæ teneatur. Ergo non tenetur. Quòd non sit causa sufficiens, patet ex eo, quia talis mandans nõ est in dolo, sed in culpa, quæ quidem culpa non sufficit, vt pœnæ legis Corneliæ sit locus. l. in l. Corn. ff. eod. tit.

Tertium argumentum sumitur ex l. 3. §. Sed ex Senatusconsulto. ff. eod. tit. dum ibi dicitur. Iussam fuisse relegari eam, quæ non quidem malo animo, sed malo exemplo, medicamentum ad conceptionem dederat, ex quo, ea quæ acceperat, decessit.

Argumenta verò posterioris sententiæ sunt ista. Primum, Nihil interest an aliquis occidat hominem, vel mortis causam præbeat. Lege, Nihil interest. ff. de Sicar.

A Sed talis mandas, mortis causam præbuit. Ergo, &c. Secundum est ex c. vlt. de Homicid. lib. 6. vbi S. Pont. statuit mandantem aliquem vulnerari, irregularitatis pœnam incurrere, licet expressè prohibeat, ne occidatur.

Tertium argumentum est ex l. Si quis aliquid. §. qui abortionis. ff. de pœnis. vbi I. C. *Qui abortionis, aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum damnantur, honestiores in Insulam amissa parte bonorũ relegantur. Quòd si eo mulier, aut homo perierit, summo supplicio afficiuntur.*

Sed mihi prior sententia longè æquior, & Iuri magis consentanea videtur, quia negari non potest, quin occidendi animus abfuerit à tali mandatore. Dum enim occisionem prohibuit, mandasse intelligitur vulnus infligi leue, non lethale, non in capite, sed in aliqua parte corporis, mortis periculo minus obnoxia, non gladio ad occidendum apto, sed alio instrumento. Rem quidem pessimi exempli mandauit exequendam, sed quoniam iux- B ta delicti mensuram, esse debet plagarum modus, talem mandatorem nequaquam pœna legis Corneliæ reum esse iudico.

Ad primum argumentum respondeo, nihil interesse, an quis occiderit, seu mortis causam præbuerit, cùm quis mortis causam præbuit directè, immediatè, dolo malo, secus si ex culpa, vel indirectè, vt patet ex l. Corn. ff. de Sicar. Sed in quæst. nostra mandans in culpa fuit. Ergo.

Ad secundum respondeo. Mandantem irregularem effici, quia sola culpa sufficit ad incurrendam irregularitatem, vt patet ex cap. Tua nos, & ex cap. sicut, de Homicid.

Ad Tertium respondeo. Specialiter ita constitutum esse in eo crimine, quia pessimi exempli est, non tamen legis Corneliæ pœna locum habet, sicut declarat Iacob. Cuiac. lib. 5. sententiar. Pauli, tit. 23. §. Qui abortionis.

C

CAPVT XXXVII.

Qui hominem occidit, puta Titium, cùm alium, puta Sempronium, occidendi animum haberet, vtrum homicidij pœna teneatur?



QVi vnum occidit per errorem, alium occidere volens, vtrum pœna legis Corneliæ teneatur, controuersia est inter Doctores. Etenim non teneri docuerunt Angel. in l. Si cum seruo. ff. de Iniurijs. Ias. in l. j. nu. 18. ff. de legib. & alij quos refert & sequitur Tiraquell. de pœnis legum temperandis, causa 14. num. 4. Menoch. de Arbitr. Iud. casu 324. nu. 11. Horum fundamentum est in d. l. Si cum seruo. vbi I. C. ita dicit: *Si cùm seruo meo pugnum dare vellem, in proximo te stantem inuitus percusserim, iniuriarum non teneor.* Huc accedat, quòd animus & propositum delinquentis maximè attenditur, D cùm de lege Cornelia agitur, l. Diuus. ff. Ad l. Corn. de Sicar. Imo nec lata culpa sufficit, l. In l. Corn. ff. eod. Sed hoc in casu occisor, respectu hominis occisi, non est in dolo, sed in culpa, nolebat enim eum occidere, sed alium. Ergo non tenetur pœna legis Corneliæ.

Cæterùm eiusmodi occisorem, haud quaquam euadere pęnam legis Corneliæ docuerunt Bart. ad l. Respiciendum. §. Delinquunt, in fi. ff. de Pœnis. Bald. Ad l Si quis non dicam rapere, col. penult. C. de Episcopis & Clericis. Bossius tit. de Homicid. nu. 73. Quorum fundamentum est in l. Eum qui. § si iniuria. ff. de Iniurijs, vbi Iurisconsultus ita dicit: *Si iniuria mihi fiat ab eo, cui sim ignotus, aut si quis putat me Lucium Titium esse, cum sim Caius Seius, præualet quod principale est, iniuriam eum mihi facere velle. Nam certus sum ego, licet ille putet me alium esse, quàm sim, & ideo iniuriarum habeo actionem.*

Atque hæc posterior sententia videtur mihi probabilior, eamque confirmo hoc argumento. Si is, qui cum telo ambulauerit, hominis occidendi gratia, licet non

Secundò id probo ex l.Congruit. ff.de Officio Præsidis. *Congruit*, ait Vlpianus, *bono & graui præsidi curare, vt pacata, atque quieta sit prouincia, quam regit, quod non difficile obtinebit, si solicitè agit, vt malis hominibus prouincia careat, eosq; conquirat. Nam & sacrilegos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet, & prout quisque deliquerit, in eum animaduertere.*

Tertiò id probo ex l. Ea quidem. C.de Accusat. vbi probatur, Magistratibus licere Apparitores & officiales habere, qui maleficia inquirant & denuncient, & subinde in eos animaduertere, quos deliquisse comperierint, etiam sine solennibus accusationum. Idem probat tex. in l. 1. C. de Custodia & exhibitione reorum. dum ait: *In quacunque causa reo exhibito, siue accusator existat, siue eum publicæ solicitudinis cura perduxerit, &c.* Hi Nunciatores appellabantur, vt in l. Ab Accusatione. §. Nunciatores. ff. Ad Turpilianum. Item Irenarchæ, vt in l. Diuus. ff. de custodia reorum, qui elogia scribebant, quæ notoria dicebantur. Erant autem omnium delictorum, quæ quis commiserat, annotationes, sicuti declarāt Alciat. lib. 6. Parerg. cap. 19. Budæus in Annot. ad d. l. Diuus. ff. de Custodia reorū. & Cuiac. lib. 1. obseru. cap. 33. Ex quibus tamen notorijs, seu elogijs nemo condemnari poterat, antequam veritate cognita repertus esset noxius, vt habetur in d. l. Diuus. Non tamen Accusatore opus erat, quicquid nonnulli dixerint, propter illa verba tex *Sed quasi re integra quæratur, si quis erit, qui eos arguat.* Etenim Accusatore opus nō fuisse probat tex. in d. l. Ea quidem. C. de Accusat. Itaque illorum verborum sensus est, veritatem esse indagandam, & diligenter quærendum, An delictum cōmiserint, quos Apparitores huiusmodi denūciauerint, si videlicet ipsi nūciatores, vel quispiam alius eos deliquisse affirmauerit.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, nil obstare textum in d. §. Si quis. quoniam ibi non agitur de inquirendo, vel non inquirendo in delicta & delinquentes, sed de arcendo aliquem ab honoribus, vnde meritò respondetur arceri non posse, si nemo eum accusauerit alicuius criminis; Non tamen negat textus, si diffamatus esset de crimine, quin ex officio veritate conquisita puniri posset.

Ad secundum, cōcedo neminem damnari posse sine Accusatore, sed infamia criminis patrati, & publica vox est loco Accusatoris, vt dicebat S. Thomas loco annotato. Quæ responsio valet ad omnia reliqua argumenta. Etenim illa vires habent, vbi deficit publica vox, & fama, tunc enim nec inquisitioni locus esse potest, neque punitioni, & omnia, quæ in argumentis cōtinentur, rectè applicantur. Verùm publica voce, & fama subsistente, omnia euanescunt, sicuti idem S, Thomas præclarè docet loco citato.

CAPVT XXXV.

Ad interpretationem Authen. Bona damnatorum. C. de Bonis proscriptorum & damnatorum. Controuersia vna.

Ontrouersia est inter Doctores, vtrum bona damnatorum sicut reseruanda sunt ascendentibus & descendentibus, vsque ad tertium gradum, ita etiam reseruanda sint Fratribus & cæteris ex latere iunctis, vsque ad tertium gradum. Facit dubitationē, quod in Nouel. 134. §. vlt. tit. de Vicarijs & locū tenentibus, vel secundum veterē translationē, in Auth. Vt nulli Iudicum. §. vlt. His, inquā, in locis ex quibus Irnerius Authenticam desumpsit, & Codici inseruit, nulla Fratrum, & similium mentio habetur, licet habeatur expressa mentio in d. Authentica Irnerij.

Et quidem antiquorum interpretum communis est sententia, bona reseruanda esse Fratribus, & cæteris ex latere coniunctis, vsque ad tertium gradum. Ita em̄ docent Bald. Cyn. & alij in d. Auth. Bona damnatorū, & Iulius Clarus alios cōmemorans in §. fin. q. 78. Suffragatur huic sententiæ, qui in antiquis exemplaribus nonnulli testentur ea verba contineri, quæ de Fratribus, & cæteris ex latere iunctis mentionem faciunt. Nec verisimile est Irnerium authoritate propria illa verba adiecisse. Huc accedat, q̄ in Nouel. 17. §. oportet. Imperator docet, bona damnatorū toti cognationi esse reseruanda. Vnde cùm in hac Nouella dicatur reseruanda esse ascendentibus & descendentibus vsque ad tertium gradum, meritò adiectum est reseruanda esse etiam ex latere iunctis, vsque ad tertium gradum.

Cæterùm Franciscus Aretinus in l. Eius, qui. §. Si cui, nu. 3. vers. sed quæritur. ff. de Testam. contrarium docuit: & eius fundamentum est, quòd in nullo exemplari illa verba habeantur in Nouella, ex qua sumpta est Authentica. Et ad tex. in d. §. oportet. Nouell. 17. respondet, id non probare, ad quod allegatur. *Hæc est intentio*, inquit, *illius textus, quòd quando committitur delictum, quod sit dignum pœna corporali, non debeat Iudex commutare pœnam corporalem in pecuniariam. Nō loquitur de damnato pœna capitali. Id patet ex principio & fine illius textus. Ait enim in principio. Bona esse conseruanda generi & legi, id est, generi vocato à legibus ad successionem. Sed damnati capitali crimine non erat successio secundùm leges, quia bona adferebantur in fiscum. Ergo de tali damnato, non loquitur ille textus. In fine autem ait, Iudicem non debere dimittere personam delinquentis, & bona auferre, prout multi faciunt. Sed in crimine capitali hoc non fit, quia principaliter persona condemnatur, & in consequentiam bona auferuntur.* Hæc ferè Aretinus.

A cuius sententia longè discrepat Cuiacius, dum in expositione Nouellæ 12. docet, hunc esse sensum d. Nouel. 17. Vt velit damnatorum bona seruari cognationi vniuersæ in his criminibus, quibus nominatim irrogata bonorum publicatio non est.

Cęterùm mihi hanc rem diligenter contemplanti, verissima esse videtur Francisci Aretini sententia ac interpretatio: Quod vt planum faciam, reddam ipsius Nouellæ verba, 17. §. Oportet; Tùm dicam, quot incōmoda sequantur ex communi interpretatione: Et demum quantum sit conformis textui, aptaque & commoda Aretini sententia Verba textus hæc sunt. *Oportet autem omnino & huius te rei prouidentiam gerere, vt si quis pœna dignus esse videatur, ne sumpto de illo supplicio, bona eius attingas, sed ad progeniem eius, & legem legeq; introductum ordinem inferri ea patiaris. Nam non bona, sed bonorum possessores delinquunt.*

Communis interpretatio tribus de causis est incommoda. Primùm, quia Imperator in Nouell. 134. profitetur, se eam constitutionem ordinasse, vt non solùm pœnę corporales, verùm etiam pecuniarię moderatiores fierent, deinde statuit bona damnatorum reseruanda esse descendentibus & ascendentibus vsque ad tertium gradum. Sed certè longè moderatiores erant & mitiores ex dicta Nouell. 17. §. oportet. cùm per eam vniuersæ agnationi absolutè bona conseruentur. Secundò, inter vtramque Nouellam manifesta est repugnantia, altera statuit vsque ad tertium gradum esse conseruanda, altera verò absolutè conseruanda esse vniuersæ cognationi. Tertiò, si hic est sensus Nouell. 17. Altera Nouell. 134. superuacanea erit in hac parte, nisi corrigat illam, quod dici nullo modo potest, nec vlla correctionis suppetit coniectura. Quartò, aut Nouell. 134. est prior, & altera posterior, aut contrà est. Si primum, certè in posteriori Nouella, quæ absolutè docet, bona esse conseruāda vniuersæ cognationi, aliqua debuit fieri mentio de priori Nouella, per quam reser-

uatio bonorum vltra tertium gradum nõ porrigebatur. Si contrà est, certè Nouell. 134. quæ bonorum conseruationem restringit ad tertium gradum, mentionem facere debuit prioris Nouell. 17. eamq; corrigere, longè latiùs bona conseruantem.

Porrò Aretini sensum ac interpretationem commodam, aptam, & textui conformem esse manifestè patet. Nam hoc vult Iustinianus, vt qui ob delictum perpetratum pœna est dignus, is corporali afficiatur, non autem pecuniaria pœna, nec corporalis in pecuniariam commutetur. Id patet ex verbis sequentibus, quæ sic habent. *Sed qui eum ordinem subuertunt*, (scilicet pœna pecuniaria delinquentem afficientes) *illi pœna quidem dignos dimittunt, bonaq; eorum auferunt. Alios verò, quos ad illorum fortè successionem lex vocabat, in illorum locum obijciunt supplicio.* Itaque harum Nouellarum sensus est talis, vt si quidem pęna capitali delinquens afficiatur, quo casu secundùm veteres leges bona fisco applicabantur, illa de cætero non applicentur fisco, sed reseruentur, vt dictum est. Istud vult Nouell. 134. Si verò agatur de crimine nõ capitali, cui tamen pœna corporalis irroganda sit, nõ debet is, qui deliquit, pœna corporali affici, & simul etiam pecuniaria, bonis ei ablatis, & multò minus ordine peruerso, loco pœnæ corporalis irrogandæ, bona sunt auferenda. Istud est quod vult Nouell. 17. in §. Oportet.

CAPVT XXXVI.

Mandans hominem vulnerari, & protestans ne occidat, si mandatarius eum occiderit, vtrum pœna homicidij teneatur.



CVm quidam hominem vulnerandum mandasset, expresse prohibẽdo ne occideretur, mandatarius verò tale vulnus inflixisset, ex quo mors secuta esset, ingens orta est disputatio & controuersia inter Iurisconsultos; num talis mandans pęna homicidij afficiendus esset. Nã nequaquam afficiendum esse homicidij pœna responderunt Antonius Rossellus, Franciscus de Capitibus Listę, & Angelus à Castro, Pauli Castrensis filius, quorum omnium responsa sunt edita à Bartholomæo Veronensi, vt patet ex eius consilijs criminalibus, in consi. 35. 36 & 37. Sequitur Decius in cons. 482. Sed contrarium respondit ipse Bartholomęus Veronensis in consi. 34. quem sequitur alios commemorans Menoch. de Arbitr. Iud. casu 352 nu. 2. Didacus autem Couuar. in Clement. Si furiosus, de Homicid. in 2 par. §. 1. nu 3. priorem sententiam probat, nisi percussio mandata ostendat, voluntatẽ mandantis in homicidium directę ferri.

Argumenta prioris sententiæ sunt ista. Primum, Qui animum occidendi non habuit, pœna legis Corneliæ nõ tenetur l. 1. §. Diuus. ff. Ad l. Corneliam de Sica. Sed talis mandans animum occidendi non habuit. Ergo non tenetur, &c. Secundum, si talis mandans homicidij pœna teneretur, id non aliam ob causam esset, nisi quia cogitare debuerat ex vulnere, quod infligendum mandauit, mortem sequi potuisse, sicuti docet tex. in c. vlt. de Homicid. lib. 6. Sed hæc non est causa sufficiens, vt pœna legis Corneliæ teneatur. Ergo non tenetur. Quòd non sit causa sufficiens, patet ex eo, quia talis mandans nõ est in dolo, sed in culpa, quæ quidem culpa non sufficit, vt pœnæ legis Corneliæ sit locus. l. in l. Corn. ff. eod. tit.

Tertium argumentum sumitur ex l. 3. §. Sed ex Senatusconsulto. ff. eod. tit. dum ibi dicitur. Iussam fuisse relegari eam, quæ non quidem malo animo, sed malo exemplo, medicamentum ad conceptionem dederat, ex quo, ea quæ acceperat, decessit.

Argumenta verò posterioris sententiæ sunt ista. Primum, Nihil interest an aliquis occidat hominem, vel mortis causam præbeat. Lege, Nihil interest. ff. de Sicar.

A Sed talis mandas, mortis causam præbuit. Ergo, &c. Secundum est ex c. vlt. de Homicid. lib. 6. vbi S. Pont. statuit mandantem aliquem vulnerari, irregularitatis pœnam incurrere, licet expresse prohibeat, ne occidatur.

Tertium argumentum est ex l. Si quis aliquid. §. qui abortionis. ff. de pœnis. vbi I. C. *Qui abortionis, aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum damnantur, honestiores in Insulam amissa parte bonorũ relegantur. Quòd si eo mulier, aut homo perierit, summo supplicio afficiuntur.*

Sed mihi prior sententia longè æquior, & Iuri magis consentanea videtur, quia negari non potest, quin occidendi animus abfuerit à tali mandatore. Dum enim occisionem prohibuit, mandasse intelligitur vulnus infligi leue, non lethale, non in capite, sed in aliqua parte corporis, mortis periculo minus obnoxia, non gladio ad occidendum apto, sed alio instrumento. Rem quidem pessimi exempli mandauit exequendam, sed quoniam iuxta B delicti mensuram, esse debet plagarum modus, talem mandatorem nequaquam pœna legis Corneliæ reum esse iudico.

Ad primum argumentum respondeo, nihil interesse, an quis occiderit, seu mortis causam præbuerit, cùm quis mortis causam præbuit directè, immediatè, dolo malo, secus si ex culpa, vel indirectè, vt patet ex l. Corn. ff. de Sicar. Sed in quæst. nostra mandans in culpa fuit. Ergo.

Ad secundum respondeo. Mandantem irregulatem effici, quia sola culpa sufficit ad incurrendam irregularitatem, vt patet ex cap. Tua nos, & ex cap. sicut, de Homicid.

Ad Tertium respondeo. Specialiter ita constitutum esse in eo crimine, quia pessimi exempli est, non tamen legis Corneliæ pœna locum habet, sicut declarat Iacob. Cuiac. lib. 5. sententiar. Pauli, tit. 23. §. Qui abortionis.

C

CAPVT XXXVII.

Qui hominem occidit, puta Titium, cùm alium, puta Sempronium, occidendi animum haberet, vtrum homicidij pœna teneatur?



QVi vnum occidit per errorem, alium occidere volens, vtrum pœna legis Corneliæ teneatur, controuersia est inter Doctores. Etenim non teneri docuerunt Angel. in l. Si cum seruo. ff. de Iniurijs. Ias. in l. j. nu. 18. ff. de legib. & alij quos refert & sequitur Tiraquell. de pœnis legum temperandis, causa 14. num. 4. Menoch. de Arbitr. Iud. casu 324. nu. 11. Horum fundamentum est in d. l. Si cum seruo. vbi I. C. ita dicit: *Si cùm seruo meo pugnum dare vellem, in proximo te stantem inuitus percusserim, iniuriarum non teneor.* Huc accedat, quòd animus & propositum delinquentis maximè attenditur, D cùm de lege Cornelia agitur, l. Diuus. ff. Ad l. Corn. de Sicar. Imo nec lata culpa sufficit, l. In l. Corn. ff. eod. Sed hoc in casu occisor, respectu hominis occisi, non est in dolo, sed in culpa, nolebat enim eum occidere, sed alium. Ergo non tenetur pœna legis Corneliæ.

Cæterùm eiusmodi occisorem, haud quaquam euadere pęnam legis Corneliæ docuerunt Bart. ad l. Respiciendum. §. Delinquunt, in fi. ff. de Pœnis. Bald. Ad l Si quis non dicam rapere, col. penult. C. de Episcopis & Clericis. Bossius tit. de Homicid. nu. 73. Quorum fundamentum est in l. Eum qui. § si iniuria. ff. de Iniurijs, vbi Iurisconsultus ita dicit: *Si iniuria mihi fiat ab eo, cui sim ignotus, aut si quis putat me Lucium Titium esse, cum sim Caius Seius, præualet quod principale est, iniuriam eum mihi facere velle. Nam certus sum ego, licet ille putet me alium esse, quàm sim, & ideo iniuriarum habeo actionem.*

Atque hæc posterior sententia videtur mihi probabilior, eamque confirmo hoc argumento. Si is, qui cum telo ambulauerit, hominis occidendi gratia, licet non

A occiderit, pœna legis Corneliæ tenetur, Ergo multò magis eadem pœna tenetur, qui cum telo ambulauerit hominis occidendi gratia, & simul etiam hominem occiderit, licet non eum, quem occidere volebat. Verum est prius, Verum igitur & posterius. Probatur antecedens ex l. Is qui cum telo. C. Ad legem Corneliam de Sicarijs. Consequens verò patet, quia posterius est maius delictum, quàm prius.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, legem illam loqui, cùm quis operam dabat rei licitæ, quia videlicet seruum suum leuiter percutere volebat, quod procul dubio est permissum. Quamobrem si alium per errorem percusserit, meritò iniuriarum non tenetur. Sed in quæstione nostra occisor dabat operam rei illicitæ, quia hominem interficere cupiebat, meritò si alium interfecerit, tenetur. Quòd verò dicitur eum in culpa fuisse, nihil obstat: quia licet in culpa fuerit respectu hominis occisi: fuit tamen in dolo eam ob causam, B quòd alium occidere volebat, qui quidem animus occidendi sufficit, vt pœnæ sit locus, vt in d. l. Is qui cum telo. quæ quidem lex, etsi consuetudine abrogata esse videatur, vigere tamen hoc in casu debet, vbi homo occisus est, quanquam si duntaxat quis occidendi animo cum telo ambulauerit, vt vigorem non habeat, longæua consuetudo effecerit.

CAPVT XXXVIII.

Restitutus à Principe, An recuperet fructus medio tempore perceptos.

SI is, cuius bona propter delictum confiscata sunt, à Principe restituatur, An recuperet fructus interea perceptos ex bonis suis à Fisco, nonnulla est inter Doctores controuersia. Etenim affirmantem sentẽtiam C secuti sunt Ias. ad l. Gallus. §. Et quid si tantum, nu. 67. ff. de liber. & Posthum. Deci. ad l. In condemnatione, §. 1. ff. de reg. Iur. & alij à Sfortia Oddo citati tract. de Resti. in integr. parte 2. q. 99. artic. 14. Horum argumenta sunt ista. Primum ex l. 1. C. de sententiam passis. dum ibi declarat Imperator, quid sit in integrum restituere. *Vt autẽ scias*, inquit, *quid sit in integrum restituere, Honoribus & ordini tuo, & omnibus cæteris te restituo.* Secundum argumentum sumitur ex multis legibus, quibus declaratur restitutionis verbum, etiam fructus comprehendere, vt in d. l. In condemnatione, §. j. & in l. Videamus. 38. §. Infamia. ff. de Vsuris. Tertium argumentum est ex l. vlt. C. de sententiam passis. *Tantum ad restitutionem*, inquit textus, *indulgentia valet, quantum ad correctionem sententia valuit, Vtq; deportationis ipsum per se nomen, rerum omnium spoliatio est, ita indulgentia, restitutionis bonorum ac dignitatis, vno nomine amissorum omnium fit recuperatio*: His verbis ita generalibus, etiam fructus contineri vi- D dentur.

Cæterùm negantem sententiam amplexi fuere, Ang. in d. §. & quid si tantum, nu. 14. Alex. num. 21. Bald. ad l. vlt. C. de sententiam passis. & alij quos commemorat Sfortia Oddus loco superiùs annotato, quibus addi potest Andr. Geyll. lib. 2. de pace publica, cap. vlt. num. 28. Horum fundamentum est in Auth. Idem de Nestorianis. C. de Hæreticis, ibi. *Restituenda quidem, sed absque ratione fructuum & administrationis.* Et in eo, quòd bonæ fidei possessor fructus saltem consumptos non restituit l. Certum. C. de Rei vendicat. sed fiscus procul dubio, est bonæ fidei possessor: quia delinquentis bona detinet, ex iusta causa confiscationis. Ergo fructus restituere non tenetur.

Hæc posterior sententia videtur mihi verissima, licet enim restitutio eam vim habeat, vt omnia recuperentur, quæ amissa fuere, non tamen efficere potest, vt condemnatus interea nil amiserit. Itaque non retrotrahitur restitutio, quasi restitutus omnia bona, quæ habuit, nunquam amisisse intelligatur, sed operatur ex die, quo concessa est: vt scilicet condemnatus omnia, quæ amisit recuperet, consequenter bona ipsa recuperat, non autem fructus interea perceptos, quia sic restitutio retrotraheretur, & condemnato prodesset ab initio, antequam ei esset concessa à Principe, quod nulla lege, nulla ratione probari potest.

Ad primum argumentum respondeo. Restitutione in integrum, omnia bona & iura recuperari, & restitutum de cætero illa obtinere, sicut ante condemnationẽ; vt in d. l. 1. Sed non facit restitutio, vt fructus recuperentur, quia restitutio, vt dictum est, valet in futurum tempus, non in præteritum.

Ad secundum respondeo, leges allegatas loqui, quando restitutionis verbum in edicto Prætoris, vel in sententia Iudicis continetur: Et sic de restitutione agitur ex Iustitia, nõ autem ex gratia & indulgentia Principis.

Ad tertium. Concedo tantum restitutionem tribuere, quantum abstulit condemnatio, vt in d. l. vlt. Sed condemnatio bona abstulit, nõ autem fructus: fructus enim medio tempore percepti fuerunt, in consequentiam bonorum publicationis. Quare ad ipsa bona duntaxat, non etiam ad fructus trahenda est principis restitutio & gratia.

CAPVT XXXIX.

Vtrum restitutus recuperet hæreditatem alteri delatam.

REstitutum à Principe hæreditatem interim alteri delatam vindicare non posse. Authores sunt Bald. in l. Gallus. §. Et quid si tantum. colum. penult. ff. de liber. & Posthum. & Ias. ibid. num. 76. Anton. Gomes. variar. resol. lib. 1. cap. 13. nu. 36. Fundamentum ponunt in l. Intercidit. ff. de condit. & demonstrat. in illis verbis. *Non idem erit dicendum, si ea pœna in eum statuta fuerit, quæ arrogat seruitutem.* Sensus est, legatum intercidere, licet condemnatus in integrum restitui possit.

Cæterùm contrariam sententiam habuerunt, Cynus & Angelus, nec nõ Aretinus, in d. §. Et quid si tantum. Andr. Geyl lib. 2. de pace publica, cap. vlt. nu 18. Sfortia Oddus de Restitut. in integr. parte 2. q. 99. art. 1. Atque isti fundamẽtum ponunt in l. 1. § Filio qui mortis. ff. Ad Trebellian in illis verbis. *Nisi fortè seruus pœnæ effectus, Principis beneficio sit restitutus.*

Alexander verò in comment. d. §. Et quid si tantum, nu. 21. vtitur hac distinctione. Aut apprehensa fuit possessio bonorum ab eo, cui hæreditas est delata, & tunc, quia dominium in eum est translatum, restitutus, non recuperat hæreditatem illam. Aut verò possessio non est apprehensa, & tunc recuperat.

Mihi prima facie iam & olim, omnibus quoque consideratis visa est prior sententia probabilior: Tùm quia Principis restitutio alteri nocere non debet, argumento l. 2. § Si quis à Principe. ff. Ne quid in loco publico. Tùm quia textus quo præcipuè nititur sententia contraria, in d. l. 1. §. Filio qui mortis. de filio loquitur, qui tempore mortis matris Ciuis Romanus erat, & consequenter hæreditatis eius capax: Et licet seruus pœnæ propter delictum fuerit effectus, ideoque eam capere non potuerit, meritò tamen est admittendus, si Principis indulgentia fuerit restitutus. Cæterùm in quæstione nostra agitur de hæreditate delata non condemnato, sed alteri, neque enim condemnato deferri potest, sed proximiori, secundum edictum successorium, seu leges successionum ab intestato.

Verùm contrariam sententiam iam amplector, maturiùs re perspecta & discussa, nempe, talem restitutum admittendum esse ad hæreditatem. Etenim hæc

senten-

sententia clarè euincitur ex d. §. filio qui mortis. Licet enim agatur ibi de filio, qui mortua matre Ciuis Romanus erat, Is tamen antequam hæreditatem adiret, condemnatus fuit, & sic illam hæreditatem non habuit, & consequenter alteri hæreditas delata fuit, & tamen à Principe restitutus eam recuperat. Itaque quòd Ciuis Romanus esset, tempore mortis Matris, nihil facit ad eam decisionem; neque enim impedit, quò minus hæreditas alijs delata fuerit, nec illi prodest, vt eam recuperet, sed causa recuperationis ex restitutione pendet. Moueor prætereà ex l. Sed si hac lege, §. Liberos. ff. de in Ius vocando, & ex l. vlt. C. de sententiam passis. Quibus ex legibus probatur, Patrono in integrum restituto, edicti de in Ius vocando beneficium saluum esse. Item probatur, patrem restitutum, potestatem patriam recuperare. Ex his legibus argumentum sumitur, non contemnendum; quia ex eis patet, restitutionem efficere, vt quis recuperet iura in alium translata ex legis dispositione. Hoc enim Ius in filium translatum erat patre condemnato, vt sui Iuris esset. Idem ergo & in proposita quæstione statuendum videtur, vt nimirum hæreditas recuperari possit. Ex quo cessat argumentum illud, quo dicebatur, Principis gratiam & indulgentiam alteri nocere non posse ex d. §. Si quis à Principe; quia illa lex cum similibus locum habet, quoties alteri ius acquisitum est ex contractu, vel alia hominis dispositione, secus si ex dispositione legis, quia cum restituto lex concedat, omnia Iura quæ prius condemnatus habuit, eidem in consequentiam concedere videtur, quæ alijs ex ipsius legis dispositione delata sunt, quasi ipsa lex quod dedit alteri, id restituto concedere videatur.

Quòd verò attinet ad l. Intercidit. illa lex non obstat; quia loquitur de legato sub conditione facto, quod deficit moriente legatario, ante conditionis euentum, & ad hoc sufficit legatarium seruum pœnæ effici. Itaque non absolutè probat restitutum, nó recuperare iura in alium translata, sed eo casu duntaxat, quo sub conditione relictum fuit, & ante conditionem mors naturalis, vel ciuilis intercessit. Quod si legatum purum esset, Vtrum legatarius seruus pœnæ effectus, & postea restitutus, legatum recuperaret nec ne, non deciditur in illo textu.

CAPVT XL.

Quis sit sensus l. Properandum. §. Sin autem ex gestis. C. de Iudicijs.

SIn autem ex gestis apud se habitis, parte Actoris minimè inuenta, possit inuenire viam, ex qua manifestum ei fiat, quid statuendum sit, etiam absente Actore, si eum meliorem causam habere prospexit, pro eo ferre sententiam non moretur, & præsentem Reum absentis Actori condemnare, expensis tantummodo litis, quas Reus legitimè se expendisse iurauerit, condemnatione excipiendis, quia hanc pœnam Actori, & meliorem causam habenti, propter solā absentia contumaciam imponimus. Verba sunt l. Properandum. §. sin autem ex gestis. C. de Iudicijs. De quorú sensu, non est eadem omnium sententia. Accursius sequitur Ioannis antiquissimi Glossatoris sententiam ita hanc rem explicantis. Actor petebat centum, & expendit decem. Reus verò expendit quinque. Sententia secundùm Actorem absentem fertur, & reus præsens in expensis condemnatur. Si actor absens non fuisset, expensarum nomine ad decem præstanda teneretur. Sed quoniam Actor absuit, deduci debent quinque, quæ ipse Reus expendit. Hanc expositionem omnes ferè veteres secuti sunt, vt videre est ex Alexandro, Iasone & Corneo in comment. eius loci. Et ei tex. adstipulatur, eiusdem legis in §. Siue autem alterutra, vbi Imper. statuit, siue alterutra parte litigatore præsente, siue vtraque causa fuerit decisa, semper victum victori condemnan-

A dum esse in expensas.

Cæterùm Placentinus, antiquus interpres aliam attulit expositionem; Existimauit enim hoc in casu Actoré, licet victor sit, condemnandum esse Reo ad expensas. Et eandem sententiam habuisse mihi videtur Iacob. Cuiac. lib. 9. obseru. cap. 22. Eidemque adstipulatur Nouell. 49. vbi loquens Imperator de Appellationis causa, quam alter ex litigatoribus prosequitur altero absente, declarat absentem, & non prosequentem causam, omnino condemnandum esse ad expensas. Aut enim inquit, præsens litem obtinuit, & tunc absens ad expensas condemnandus est, quia victus est; aut inferior discedit, & idem, quia victor, cùm absens fuerit, multandus est litis expensa, in pœnam contumaciæ & absentiæ.

Hanc expositionem & ipse opinor verissimam esse, hoc argumento, quia scilicet quod in §. siue autem alterutra, dicitur, victum victori códemnandum esse ad expensas, locum habere non potest, quando victor est absens. Etenim rationi consentaneum non est, vt absens &
B contumax, qui alioquin non auditur, nisi refusis impensis. l. sancimus. C. eod. tit. expensas à præsente consequatur. Deinde, quia Imperator vult eum in pœnam contumaciæ obligatum esse ad expensas, quas Reus præsens fecit. Ergo implicat, & absurdum est dicere, Reum præsentem condemnandum esse in expensas ipsi Actori absenti. Denique ita hanc rem interpretatus est S. Pont. in c. Calumniam. de pœnis. *Calumniam & audaciam*, inquit, *temerè litigantium condemnando in expensis, & alio multiplici remedio sanctio imperialis compescit. Quoniam igitur sacris institutis consonare dignoscitur, præcipimus, vt de cætero in causis pecuniarijs, victus victori in expensis condemnetur. Nisi* (hoc facit ad rem nostram) *sententia pro absente feratur.*

Respondét aliqui, illa verba: *In expensis condemnetur*, exponi debere, id est, in omnibus expensis, & sic exceptio quæ sequitur, *nisi sententia pro absente feratur*, priori sententiæ conueniat, quia cùm pro absente sententia
C fertur, victus condemnatur in expensis, sed non in omnibus, quia fit deductio expensarum ab ipso Reo factarum. Sed violenta nimis, ne dicam inepta hæc est interpretatio, quam idcirco retulisse, confutasse est. Nā S. Pontifex clarè loquitur, victum victori condemnandum esse in expensis, nisi pro absente sententia feratur, quia cū pro absente sententia fertur, non est in expensis condēnandus, sed potius ipse absens, & victor condemnandus est. Itaque ex condemnatione Rei, deducendæ sunt expensæ, quas ipse fecit. Hoc est, Reus quidem est condemnandus, sed si verbi gratia condemnetur ad soluendum decem ab Actore petita, vel ad aliam summam in actione comprehensam, ex hac condemnatione deduci oportet, quod Reus expendit: ex quo patet, Actorem ad expensas condemnari, quas Reus fecit. Maneat igitur hæc expositio, quam & in Imperiali Camera receptam esse testatur Mynsingerus. Centur. 4. Obseru. 67.

D

CAPVT XLI.

De victo victori in expensis condemnando, controuersia aliquot.



CVm lex dicat, victum victori condemnandum esse in expensas, nonnullæ sunt inter Doctores controuersiæ ex varijs factorum circumstantijs. Prima est. Quid statuendum sit, quando reus iustam habet causam litigandi, vsque ad certum tempus, quo Iudicium agitur, postmodum verò non habet, Vtrum si pergat in lite, & succumbat, in omnibus expensis condemnandus sit, An verò in ijs duntaxat, quas Actor fecit, posteaquam reus iustam litigandi causam habere desijt. Et quidem Deci. in l. Qui in alterius. ff. de reg. Iur. in oībus expensis condemnandum putat, ea ratione, q̃ posteaquam cognouit

se malam causam habere, perseuerauerit in lite. Nam ex A eo coniectura sumi potest, eum fuisse litigaturum, quamuis ab initio intellexisset, se malam causam habere.

Cæterùm diuersam sententiam Bart. habuit, in l. Si quis inficiatus. ff. Depositi & in l. Properandum. §. Siue autem alterutra. C. de Iudicijs, & ibid. Alex. & Ias. & insuper Cagnolus ad d. l. Qui in alterius. nume. 22. Isti omnes docent, non in omnibus expensis reum esse condemnandum, sed in expensis duntaxat factis post illud tempus, quo desijt habere iustam causam litigandi. Quæ sententia videtur esse verissima. Nam si toto litis tempore, reus iustam litigandi causam habuerit, inter omnes constat, ab omnibus expensis absoluendum esse. Ergo, si pro parte temporis iustam litigandi causam habuerit, pro ea parte absoluendus erit. Confirmatur hæc sententia ex d. l. Si quis inficiatus. ff. Depositi. Vbi, si is, apud quem res erat deposita, negauerit eum, qui depositum repetebat, dominum esse, vel procuratorem, aut hæredem eius, qui deposuit, nihil dolo malo fecit, ait Iurisconsultus. Sed si B postea cognouerit eum aut dominum esse, aut procuratorem, vel hæredem domini, tunc incipit dolo malo facere, inquit tex. si reddere non vult.

Non obstat id, quòd dicebatur, mali animi argumentum esse, quòd talis reus in lite perseuerauerit, quoniam id negari non potest, sed non inde efficitur, eum à principio temerè litigasse. Quare debitas temeritatis pœnas luere debet, quatenus peccauit, non autem quatenus non peccauit, & iustam causam litigandi habuit, quia mulcta, seu pœna, non debet esse maior culpa, seu delicto.

Altera est controuersia. Si quis in priore instantia fuerit victor, sed in causa appellationis victus, An sit in expensis condemnandus. Triplex est Doctorum sententia. Prima condemnandum esse. Ita respondit Capella Tholosana, decis. 222 Cuius fundamentum est in regula generali, quæ habetur in dicto §. Siue autem alterutra. Nempe victum victori in expensis esse condemnandum. C

Altera est sententia sic distinguens, Aut is, qui in priore instantia victor fuit, in causa appellationis succubuit, ex eisdem actis. Aut ex nouis probationibus, si quidem ex eisdem actis succubuit, in expensis damnandus, quia prior sententia fuit iniusta, & sic temerè litigauit. Si verò ex nouis probationibus succubuit, nequaquam condemnandus est, quia iustam habuit causam litigãdi, propter sententiam priorem, quæ iusta fuit, licet à Iudice appellationis reformata ex nouiter deductis. Ita docent Bart. & Ias. in d. §. Siue autem alterutra. Imola in c. Finẽ litibus de dolo & contumacia, & alij quos commemorat Andr. Geyll lib. 1. Obseru. 152.

Tertia est sententia, totam hanc rem Iudicis arbitrio esse committendam, qui ex varijs rerum & causarum circumstantijs facilè dignoscet: vtrum victus iustam causam litigandi habuerit. Ita docet Bald. in l. Generaliter. §. Sed iuramento. C. de rebus credit. cuius sententiam D Camera imperialis sequi solet, teste Andr. Geyll. loco proximè citato. Ego plerunque vidi, vt & Geyll. ibidem ait, victum in causa appellationis absolui ab expensis propter prioris sententiæ authoritatem, si tamen euidenter esset iniusta contra leges & sacras constitutiones lata, vel contra manifestum ius litigatoris, rectè prudenterque Iudicem facturum existimo, si & sententiam talem reformauerit, & temerè litigantem expensarum condemnatione mulctauerit.

CAPVT XLII.

Victus victori in causis criminalibus sitne condemnandus in expensis.

Duplex est Doctorum sententia hac de re. Altera, esse condemnandum. Ita docuerunt Bart. ad l. 1. ff. Ad Turpil. Ias. ad l. Properandum. §. Siue autem alterutra. C. de Iudicijs. Imola in c. Finem litibus. de dolo & contumacia. Couuar. practicar. quæst. c. 27. Andr. Geyll. lib. 1. Obseru. 152. Hippolytus Riminal. in cons. 303. lib. 3.

Huius sententiæ argumenta hæc sunt. Primum sumitur ex dicto §. Siue autem alterutra. Vbi generaliter est constitutum, victum victori condemnandum esse in expensis.

Secundum argumentum est ex l. 3. C. Qui accusare non possunt. Vbi dicitur. Eos, qui crimen publicum instituere properant, cogendos esse causam prosequi, vocandosque esse, vt veniant, si iudicio præsentes non fuerint. Quod si non adfuerint, *non solùm extra ordinem,* inquit textus, *æstimatione Iudicis puniendi sunt, sed etiam sumptus, quos in eam rem, & circa ipsum iter ad homines vocati fecerunt, pendere cogentur.*

Tertium argumentum est ex l. Patre & Marito. ff. de quæst. & ex l. Si postulauerit §. Si reus. ff. de Adult. quibus legibus habetur, quæstionem habendam esse de seruo adulterij accusato, si accusator hoc desiderauerit. Cæterùm, si reus absolutus fuerit, siue mortuus fuerit seruus, siue adhuc viuat, æstimari damnum oportere, & accusatorem ipsum æstimationem præstare.

Quartum argumentum sumitur ex l. vlt. C. de fructibus & litium impensis. Agit Imperator ibi de litigatore, priuilegium aliquod habente, quoad litis expensas, & ita dicit: *Per hanc legem decernimus, vt quicunq; huiusmodi priuilegio munitus est, vel postea talem prærogatiuam quolibet modo meruerit, sciat, & si quos ipse, vtpote obnoxios sibi, pro quacunque criminali, vel ciuili causa constitutos, in accusationem deduxerit, hos nihilominus iisdem priuilegijs vsuros.* Hactenus Imperator. Ex cuius verbis infertur etiam in causis criminalibus locum esse condemnationi expensarum, quia si locus non esset, frustrà de tali priuilegio ageretur, quoad criminales causas.

Quintum & postremum argumentum est huiusmodi. Non debet hominum dolis & malitijs aditus aperiri. l. In fundo. ff. de rei vendic. Sed si victus accusator in causis criminalibus ad expensas non esset condemnandus, via malitijs aperiretur, atque occasio præberetur malis hominibus, alios iniustè accusandi. Ergo, &c.

Altera est sententia, victum victori non esse damnandum in expensis, in causis criminalibus. Ita docuit olim Iacob. Butrigarius, teste Bartolo in l. 1. ff Ad Turpilianũ. Anton. Butr. in c. Finem litibus. de dolo & contumacia. Alberic. ad l. Athletas §. Calumniator. ff. de his qui notantur infamia. Et alij quos refert & sequitur Mynsingerus in cons. 59. Decade 6. Cuius sententię fundamentum est, quòd in calumniatorem, qui scilicet scienter falsa crimina in alium intendit, pœna iure constituta sit, vt in l. 1. ff. ad Turpilian. & in l. vltima. C. de Calumniator. & alibi. Quod verò in expensas condemnandus sit, nullo iure constitutum est.

Ego sanè hanc posteriorem sententiam probabiliorem esse existimo, & argumenta habeo satis, vt mihi videtur, probabilia. Primum ex l. Non ignoret. C. de fructibus & litium expensis: *Non ignoret,* inquit textus, *is, cuius ex interpellatione aliquis secundùm datam formam in longinqua protractus fuerit examina, quod si culpa sua fuerit dilata cognitio, vel minimè actioni suæ affuerit, vel delata non probauerit, pro calumnia quidem, pœnam luat legibus constitutam. Pro pecuniaria verò causa, post sumptus, considerata quantitate postulatorum, vel medij itineris*

neris interuallo, condemnationem pro æſtimatione Iudicis ſuſtinebit.

Sumitur argumentum ex hoc loco, quatenus Imperator docet, Accuſatorem pro calumnia puniri, ſi delata non probauerit, non autem in expenſis condemnari, & hoc in cauſis criminalibus. In pecuniarijs autem locum eſſe condemnationi expenſarum.

Secundum argumentum ſumo ex cap. Calumniam, de pœnis, ibi: *Præcipimus, vt de cætero in cauſis pecuniarijs, victus victori in expenſis condemnetur.* Ex quibus verbis patet, ſummum Pontificem ita hanc rem interpretatum eſſe, vt expenſarum condemnatio locum habeat in cauſis pecuniarijs tantum. Nam ſi & in cauſis criminalibus locum haberet, generaliter præcepiſſet, victum victori in expenſis condemnandum.

Tertium argumentum illud eſt, quòd nulla lege id conſtitutum eſt, vt in criminalibus ſit locus expēſarum condemnationi. Et quidem calumniator punitur ſimilitudine ſupplicij, l. vlt. C. de Calumniator. Temerè autem accuſantem nullam pœnam mereri, dicit Iuriſconſult. in l. 1. verſ. quæri poteſt. ff. ad Turpil. Quamobrem in noſtra poteſtate ſitum non eſt, vt id cōſtituamus, quod lex non dicit, nec conſtituit. l. Illam. C. de collat.

Ad primum argumentum contrariæ ſentētiæ reſpondeo, tex. in d. §. Siue autem alterutra, de cauſis ciuilibus loqui, non autem de criminalibus, & licet in principio legis, de cauſis criminalibus mentio fiat, id tamen aliò pertinet, nempe ad oſtendendum, etiam in cauſis criminalibus certum eſſe tempus conſtitutum, intra quod expediri debeant.

Ad ſecundum reſpondeo, tex. in d. l. 3. C. Qui accuſare non poſſunt, de accuſatore contumace loqui, quæſtio verò noſtra loquitur de Accuſatore victo.

Ad tertium reſpondeo, illas leges loqui de ſerui æſtimatione in cauſa Adulterij, in qua ſi abſoluatur, Accuſator duplum pretij ſoluere Domino tenetur. Sed hoc cum expenſarum condemnatione nihil prorſus commune habet.

Ad quartum reſpondeo, priuilegium, de quo in d. l. vlt. quantum ad cauſas criminales attinet, locum habere poſſe in accuſatore contumace, vel vbi ciuiliter tractatur cauſa, & ſi qui ſunt alij caſus. Nam in Accuſatore victo, locum habere non poteſt, vt patet ex dictis.

Ad vltimum reſpondeo, Alijs modis accuſatores & calumniatores puniri debere, quàm expenſarum condemnatione, licet enim ſimilitudo ſupplicij non ſit in vſu, nihil tamen prohibet, quò minus pro æſtimatione Iudicum, audacia calumniantium comprimi poſſit, ac debeat. & his modis occurratur hominum malitijs & dolis.

CAPVT XLIII.

Vtrum Iudex neceſſariò de incidenti quæſtione pronunciare nominatim debeat.

Ntiquus Interpres Placentinus, vt Accurſius refert in l. 1. C. de ordine cognitionū, exiſtimauit, Iudicem neceſſariò pronunciare debere de quæſtione incidenti.

Primò, quia de qua re Iudex cognouit, pronunciare etiam debet l. De qua re. ff. de Iudicijs. Sed de incidenti quæſtione cognoſcit. Ergo, &c.

Secundò mouebatur ex l. Intra vtile. ff. de Minorib. vbi Iuriſconſultus refert, ſuper ætate à Iudice pronunciatum fuiſſe, de qua inciderat quæſtio.

Tertiò ex l. 3. ff. de præuaricator. ibi: *Vt non prius accuſetur, quàm de prioris accuſatoris præuaricatione conſtiterit, & pronunciatum fuerit.* Sic Iuriſconſultus. Erat autē illa quæſtio incidens in ea ſpecie.

Cæterùm diuerſam habuit ſententiam Bulgarus, Gloſſator antiquus. Primò ex l. 1. C. de ordine Iud. in illis

A verbis: *Pertinet enim ad officium Iudicis, qui de hæreditate cognoſcit, vniuerſam incidentem quæſtionem, quæ in Iudicium deuocatur, examinare, quoniam non de ea, ſed de hæreditate pronuntiat.* Secundò ex l. 2. de ordine cognitio. in illis verbis. *Sed ſufficit ei, qui libertate vtitur ad victoriam de hæreditate, ſecundùm eum eſſe pronunciatum.*

Tertia eſt ſententia Ioannis, ſimiliter antiqui Gloſſatoris. Ita ille diſtinguebat. Aut de incidenti quæſtione loquimur, quæ ante ceptum Iudicium originem, & cauſam habet, vt ſi quæſtio ſit, An Actor ſit filius, An ſit liber. & id genus. Et tunc Iudex neceſſitatem pronunciandi non habet, vt probatur ex legibus allatis, pro ſententia poſteriore. Aut de incidenti quæſtione agitur, quæ non ante iudicium, ſed poſt Iudicium inchoatum, originem & cauſam habet; vt ſi quæſtio ſit, An Iudex ſit competens, An Procurator mandatum habeat idoneum, & id genus, & tunc neceſſariò pronunciandū eſt, ſecundùm leges pro ſententia priore adductas. Si ta-
B men quæſtio criminalis incideret, cùm de Ciuili cauſa agitur, vel è contrà, tunc de vtraque pronunciandum eſſe dicebat, & quidem prius de criminali quæſtione, vt in l. 3. & 4. C. de ordine Iudicior.

Hanc ſententiam tertio loco relatam ſecuti ſunt Bartol. Caſtr. Sicard. & alij in l. 1. C. de ordine Iudicior. & Canoniſtæ in cap. 1. de ordine cognition. excepto quòd nonnihil diſcrepant circa declarationem, quæ ſit incidens, & quæ ſit emergens quæſtio. Qua de re videndus eſt Menoch. de Arbitr. Iud. quæſt. 45. illud Bartoli monet, ſuper incidenti pronunciandum eſſe, cùm de exceptione agitur oppoſita ad impediendum proceſſum Iudicij. Caſtrenſis verò monet de queſtione emergenti Iudicem quidem pronunciare debere, ſed ſufficere ſi tacitè pronunciet, niſi quæſtio vertatur, An ſit Iudex competens, nec ne, quia tunc expreſsè pronunciare debet. Hæc ferè ſunt ab alijs tradita, vt videre licet ex Ioanne Baptiſta Aſinio, in praxi Iudiciaria. §. 18. cap. 2.

C Ego verò ſequentibus concluſionibus vniuerſam hāc diſputationem, facilius explicari poſſe cenſeo.

Prima concluſio. Cùm de incidenti queſtione agitur, quæ ipſius cauſæ merita reſpicit, vt ſi quæratur, num aliquis ſit filius, vel liber, in eum finem, vt hæreditatē conſequi, vel non conſequi poſſit, tunc neceſſe non eſt Iudici de tali quæſtione incidenti pronunciare. Verùm ſufficit ſi de principali cauſa pronūciauerit. Probatur ex l. 1. C. de ordine Iudicior. ex l. 2. C. de ordine Cognitio. & ex cap. 1. eod. tit.

Secunda concluſio. Cùm de incidenti queſtione agitur, cauſæ quidem merita reſpiciente, ſed tamen quę ad impediendum cauſæ proceſſum obijcitur, de illa Iudicē pronunciare oportet, priuſquam de cauſa principali pronunciet, Probatur ex l. Intra vtile. ff. de Minor. & ex l. 3. ff. de Præuaricator.

Tertia cōcluſio. Quoties agitur de queſtione incidenti, quam Doctores noſtri emergentem appellant, vt An
D dilatio ſit concedenda? An Procurator ſit idoneus? An libellus ſit ineptus? & ſimilia, quę cauſę merita non reſpiciunt, Iudicem pronunciare oportet, vt in l. A procedente. C. de Dilationib. & in l. liberis. §. vlt. ff. de liberali cauſa. Ibi. *Quod ſi pronunciatum fuerit eo tempore, &c.*

Quarta concluſio. Licet neceſſè ſit de tali emergente quæſtione pronunciare, ſufficit tamen ſi Iudex tacitè pronunciet, ad vlteriora ſcilicet procedendo, exceptione non obſtante. Argumento textus, in cap ex parte 67. de Appellatio. ibi: *Sed quia dicti Iudices hac exceptione neglecta, &c.* Niſi agatur de illa queſtione. An Iudex ſit cōpetens? tunc enim expreſsè pronunciare debet, vt videatur eſſe certus de ſua Iuriſdictione. Argumēto, l. 2. §. Sed ſi dubitetur & l. Si quis ex aliena. ff. de Iudicijs. Sed mihi magis probatur Innocentij ſententia in cap. de Dilatio. videlicet etiam hoc in caſu ſufficere tacitam pronunciationem, vt ſi mandet ad vlteriora procedi. Et ita ſæpiſſimè obſeruatum vidi, ſatiſque Iudex, cer-

tum se esse de sua Iurisdictione, ita pronunciando, significat. Neque contrarium docent leges allegatæ, etsi id dicant, Iudicem æstimare debere, An sua sit Iurisdictio, si de illa dubitetur, quia, dum ita Iudex pronunciat, in consequẽtiam pronunciat, se competentem Iudicẽ esse.

Postrema conclusio. Vbi criminalis quæstio coincidit cum ciuili, aut contrà; ciuilis cum criminali, de ea est pronunciandum, prius tamen de criminali, l. 3. & 4. C. de ord. Iudicio.

CAPVT XLIIII.

Vtrum Iudex secularis de causa spirituali & Ecclesiastica, quoad ea, quæ [illegible] in facto, cognoscere, & iudicare queat.

INter omnes conuenit, Iudicem secularem de causa spirituali, quamuis quæstio sit incidens, vel emergens, cognoscere & pronunciare nõ posse, ita enim S. Pontifex docuit, in c. Tuam, de ordine cognit. in c. Lator. & in c. Causa. Qui filij sint legitimi, & alibi. Sed vtrum saltem cognoscere possit de ipso facto, vtputa, An Matrimonium fuerit contractum? An ita contractus fuerit celebratus? & similia, non est eadem omnium sententia. Etenim id licere Iudici seculari affirmant Bart. ad l. Quoties. C. de Iud. & ad l. Titia. ff. Soluto matr. & ibi ẽt Alex. Couuar. qui alios commemorat in Epitome de sponsalib. parte 2. cap. 8. §. 12. nu. 3 & Senatus Pedamõt. decis. 137. nu. 11. Fundamentum est, quia talis causa merè est profana, neque vllo modo spiritualis & Ecclesiastica. Vnde nihil proponitur, cur ea cognosci, ac definiri non possit à Iudice seculari.

Cæterùm contrariam sentẽtiam secuti fuere Bald. ad d. l. Quoties, & ad l. Omni nouatione. C. de sacrosanctis Ecclesijs. Imola in d. l. Titia. ff. Soluto matr. & in c. Cum sit generale. de foro competenti. Lapis allegatio. 55. Reuerende Domine. Quibus Doctorib. & ipse adstipulor, quoniam hæc quæstio, licet in facto consistat, tamen est de re spirituali & Ecclesiastica, de qua Iudex laicus cognoscere nullo modo potest.

Confirmatur hæc sententia ex cap. si Iudex laicus, de sententia Excommunicationis lib. 6. vbi deciditur, quæstionem illam, An aliquis sit Clericus? (quæ tamen videtur esse quæstio facti) à Iudice Ecclesiastico examinandam & definiendam esse. Denique si Iudex laicus de quæstione facti cognosceret, de quæstione autem iuris Iudex Ecclesiasticus, nihil esset aliud, quàm causæ vnius continentiam diuidere, contra l. Nulli. C. de Iud. & diuersis processibus intricare negotium, vt in simili casu dicebat S. Pont in c. Tuam. de ordine cognit.

Ad argumentum respondeo, negando quæstionẽ facti merè profanam esse, deinde dato quod profana esset, cùm attingat rem spiritualem, & circa eam versetur, ac de ea sit cognoscendum in ordine ad causam spiritualẽ, tota hæc res videtur mihi à Iudice Ecclesiastico decidenda.

CAPVT XLV.

Vtrum Iudex delegatus alium subdelegare possit, si eam habeat à delegante potestatem.

IVdicem delegatum, cui substituendi alium, siue vt Doctores loquuntur, subdelegandi potestas à delegante concessa est, posse aliũ substituere, atque subdelegare, docuerunt Bart. Alberic. Fulgos. Alex. Zasius, & alij multi in l. More. ff. de Iurisdict. om. Iud. Ias. in l. A Iudice, num. 9. C. de Iudicijs.

Argumenta sunt ista. Primum sumitur ex l. Vnum ex familia. §. Si Falcidia. ff. de legatis. 2. Vbi dicitur, electum
A ab Hærede ex potestate à Testatore data, videri electũ ab ipso testatore. Ergo, & in proposita quæstione is, qui à delegato substituitur, videtur ab ipso delegante substitutus.

Secundum argumentum est ex l. Non distinguemus, §. quæsitum. ff. de Arbitris. vbi dicitur, Arbitrũ electum à partibus, non posse controuersiam in alterius arbitriũ conferre. Si tamen talis à partibus potestas ei data fuerit, posse.

Tertium sumitur ex l. Cum esset. §. vlt. ff. de seru. rust. præd. dum ibi dicitur, Eum, qui seruitutem Aquæductus habet, alteri non posse eam seruitutem cedere, nisi data sit à Domino potestas.

Quartũ sumitur ex l. Solet ff. de Officio eius cui mandata est Iurisdict. & alijs similibus locis, quibus dicitur, delegatum fungi vice delegantis. Si enim vice delegãtis fungitur, Ergo subdelegare potest.

Quintum & postremum argumentum est huiusmodi.
B di. Quæ iure magistratus competunt, delegari possunt, l. 1. ff. de Officio eius cui mandata est Iurisdict. Sed delegandi potestas iure magistratus competit. l. Imperium. ff de Iurisd. om. Iud. Ergo alteri mandari potest. Si mandari potest. Igitur delegatus talem habens potestatem subdelegare poterit.

Cæterùm cõtrariam sententiam secuti fuere Petr. & Cyn. in d. l. More. Specul. in tit. de Iudice delegato. § 2. vers. Sed nunquid subdelegatus. Io. Imolen. in cap. super quæstionem. §. porrò, nu. 7. de Officio delegati. Et hanc sententiam veriorem esse dicit Alex. in d. l. A Iudice. C. de Iudicijs.

Argumenta sunt ista. Primum est ex d. l. A Iudice. & similibus, quibus dicitur, A Iudice Iudicem datum, Iudicem dare non posse, nisi à Principe Iudex datus fuerit, & sic specialiter constitutum est, vt delegatus duntaxat Principis, alium subdelegare possit.

Secundum argumentum. Iudex incertus dari non potest. c. Ad hæc, de rescript. Ergo delegato Iudici subdelo-
C gandi potestas dari non potest, quoniam si dari posset, Iudex incertus daretur.

Tertium argumentum. Delegandi potestas maiorib. duntaxat Magistratibus concessa est. l. Cũ Prætor. ff. de Iudicijs. Ergo non potest alteri concedi. Videretur autẽ concedi posse, si diceremus delegatum subdelegare posse ex potestate sibi concessa.

Tertia est sentẽtia Angeli in d. l. More. Ita distinguẽtis, vt siquidem potestas subdelegandi fuerit simpliciter concessa, tunc delegatus subdelegare non possit, secundum sententiam posteriorem, secus autem si delegato ea potestas data fuerit, vt nomine ipsius delegantis, subdelegare possit, quia tũc subdelegare poterit, iuxta priorem sententiam.

Quarta & postrema est sententia Decij in comment. d. l. More. nu. 42. aliter distinguentis. Vt si potestas subdelegandi data fuerit certa persona nominata, tunc liceat delegato, eam personam substituere & subdelega-
D re, secus autem si generaliter potestas data fuerit subdelegandi. Pro qua distinctione argumentum sumit ex c. Si cui nulla. de Præben. lib. 6.

Mihi eorum sententia probabilior videtur, qui delegatum negãt subdelegare posse. Et moueor eo argumento, quod suprà tertio loco pro hac sententia relatum est, quodque planius & plenius deduci potest in hunc modum. Quæcunque specialiter lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum certis tribuuntur Magistratibus, ea in alios transferri non possunt ab ipsis Magistratibus, l. 1. ff. de officio eius cui mandata est Iurisd. Sed potestas Iudicem dandi, siue vt Doctores loquuntur, delegandi, ac subdelegandi, certis Magistratibus concessa est specialiter lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum. Ergo non potest talis Magistratus eam potestatem in alios transferre. Quod si verum est, sequitur delegantem concedere non posse delegato, ta-

lem

lam subdelegandi potestatem, & per consequens ipsum delegatum, subdelegare non posse, licet talem habuerit potestatem.

Minor propositio probatur ex l. Cum Prætor. ff. de Iudicijs. in illis verbis: *Iudicem dare possunt, quibus hoc lege, vel Constitutione, vel Senatusconsulto conceditur.* Ergo potestas dandi iudicem in alium transferri non potest l. 1. ff. de off. eius, &c.

Ad primum argumentum respondeo, Id tantum probare, scilicet subdelegatum ab ipso delegante datum videri: Sed obstat huic rei, quod delegans eam potestatem delegato conferre non potuit.

Ad secundum respondeo, illud in arbitris procedere, eam specialem ob causam, quòd vniuersa arbitrorum potestas, pendet ex compromisso, & ex potestate à partibus ipsis arbitris data, l. Non distinguemus. §. De officio, ff. de recep. arb.

Ad tertium respondeo. Illud in priuatis Iuribus, & negotijs locum habere, quorum Dominus est moderator & Arbiter, secus in Iudicijs & Magistratibus est dicendum, quia Iura Magistratuum & Iudiciorum ex legum forma sunt metienda, atque censenda, non cuiusuis arbitrio.

Ad quartum respondeo. Nego consequentiam. Etsi enim delegatus fungitur vice delegantis, non tamen omnia potest expedire ac facere, quæ potest delegans, quia nec ipse delegans potest, talé delegato tribuere facultaté.

Ad vltimum respondeo. Negando Iudicis dandi potestatem, Iure Magistratus competere; quoniam ijs tantū competit, quibus à Lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione conceditur, vt in d. l. Prętor. ff. de Iudicijs. Nec cōtrarium docet l. Imperium ff. de Iurisd. omn. Iud. quoniam id tantum docet, Iurisdictionem esse etiam Iudicis dandi licentiam, sed non dicit, eam licentiam competere omnibus Magistratibus Iurisdictionem habentibus.

CAPVT XLVI.

An delegatus vnum saltem ipsius causæ articulum subdelegare possit?



Ed & illud cōtrouertitur: an delegatus possit vnum saltem ipsius causę articulum subdelegare? & posse respondit Bartolus in l. More. ff. de Iurisdict. omn. Iud. Authoritate textus in Clement. 1. de off. delegat. quæ tamen nihil facit, cùm de Principis delegato loquatur. Quam ob rem communior & verior est sententia talem delegatum non posse vnum articulum causæ subdelegare. Ita docent Alexand. Iason & alij in l. A Iudice. C. de Iudicijs. & probatur satis luculenter ex l. A Iudice. C. de Iudicijs. dum ibi generaliter habetur, Iudicem datum, alium Iudicem dare non posse. Item probatur ea ratione, quòd delegatus nihil proprium habet, sed delegantis Iurisdictione vtitur. l. 1. §. Qui mandatum, ff. De officio eius, &c. Quare ad instar Vsuarij suum ius in aliū transferre non potest, nec in totum, nec in partem.

CAPVT XLVII.

Vtrum delegatus Principis causas meri Imperij subdelegare possit?



On desunt qui existiment, Principis delegatum causas meri Imperij subdelegare posse, quibus tamen alij non pauci aduersantur, vt videre licet ex Iacobo Menochio de Arbitr. Iud. q. 54.

Affirmantis sententiæ argumenta sunt ista. Primum ex l. 1. C. Qui pro sua Iurisdictione, &c. in illis verbis; *Hac teneant, nisi Iudices a nobis specialiter delegantibus dati, alijs causas delegauerint iudicandas. Nam his delegan-*
A *tibus nullo personarum, causarumve habito tractatu appellationum ad eos Iura remeabunt.*

Secundum argumentum. Causæ meri Imperij cùm alicui delegantur à Principe, videntur esse iam delegabiles effectæ, vt dicitur de re semel alienata, quòd sit alienabilis effecta, vt loquuntur nostri, in l. Pater. §. Quindecim. de legat. 3. Ergo delegari possunt.

Tertium argumentum. Delegatus Principis est maior ordinario. c. Pastoralis. de officio delegat. Ergo vt aliquid plus Iuris, quàm Ordinarius habeat, delegare huiusmodi causas poterit, licet ordinarius non possit.

Quartum & postremum, Subrogatum sortitur naturam eius, in cuius locum subrogatur. l. Si eum. § Qui iniuriarum. ff. Si quis cautio. Ergo delegatus Principis, videtur esse loco Principis. Et consequenter delegare posse tales causas, sicuti Princeps potest.

Istis nil morantibus contraria sententia mihi magis probatur. Primò authoritate l. 1. ff. de officio eius cui mā-
B data est Iurisdict. ibi. *Et ideo videntur errare Magistratus, &c.* Patet enim ex illa lege, quæcunque specialiter, lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum demandantur, sicuti sunt causæ meri Imperij, non posse alijs demandari. Secundò ex regula generali. Nemo potest gladij potestatem sibi concessam ac demandatam alij demandare. l. Solet. ff. de officio Proconsl. l. Nemo potest gladij. de reg. Iur.

Ad primum argumentum respondeo, non eum esse sensum dictæ l. 1. vt delegatus Principis possit nullo adhibito discrimine causas omnes alijs demandare, sed sensus est, Neminem posse alienæ Iurisdictionis causam delegare, sed ita demum delegationes valere, si ad Iurisdictionem pertineant delegantis. Cæterùm si Iudices ab Imperatore specialiter dati alijs causas delegauerint, nō esse tractandum, an causæ pertineant ad Iurisdictionem delegantis: quia omnes causæ possunt ab Imperatore delegari, cùm in omnes Iurisdictionem habeat; Et conse-
C quēter Iudices delegati ab Imperatore, si alijs causas delegauerint, non est dubitandum quin delegare poterint, cùm Imperatorem ipsum repræsentent, & ab eo delegati fuerint, is verò in vniuersos Iurisdictionem & Imperium habeat.

Ad secundum respondeo, longè alienum esse à quæstione nostra id, quod habetur in d. § Quindecim, nec ita licere ex *Boccardicis*, vt vocant, argumentari, ad quæstionem longè diuersam.

Ad tertium nego consequentiam, quia argumentum, à minori ad maius, valet ad negandum, non ad affirmandum, hoc modo. Non licet hoc facere illi qui est maior, Ergo neque illi, qui est minor, non autem ita. Id non potest facere is, qui minor est. Ergo facere poterit is, qui maior est. Fieri enim potest, vt neque maiori, neque minori data sit ea potestas.

Ad postremum respondeo. Delegatum Principis fun-
D gi vice delegantis, & loco Principis haberi quoad cognitionem causæ demandatæ; sed præterea nihil proprij Iuris habet; Ideo nec delegare potest, præsertim legibus id vetantibus, vt iam dictum est.

CAPVT XLVIII.

Quomodo accipiendum sit, quod dicitur in l. Vnica. C. de sententijs, quæ pro eo, quod interest; nempe id, quod interest, dupli quantitatem excedere non posse.



Vm Iustinianus dicat in l. Vnica. C. de sententijs quæ pro eo, quod interest, proferuntur. Id, quod interest, excedere non posse dupli quantitatem, controuersia est inter Doctores, quomodo id accipiendum sit, Et quidem Placentinus dicebat, sic accipiendum esse,

vt non

vt non excedat duplum precij conuenti. Bulgarus autem, vt non excedat duplum precij communis. Accursius; *Nec vnum, nec aliud*, inquit, *sed quod plus est*, hoc est, si commune precium rei in contractum deductæ, sit maius precio conuento, id duplandum est, Si verò precium conuentum maius sit precio communi, illud duplari debet. Accursium sequi videtur Bartolus, sed Placentini sententia verior & communior est; Secuti eam sunt Alciatus, Cagnolus, Rebuffus, Decius & Cuiacius in comment. d. l. Vnica.

Itaque, si rem venditam precio centum aureorũ, mihi non tradideris, id, quod mea interest, petam, l. 1. ff. de Actio. empt. Cæterùm illud excedere non poterit dupluni dicti precij. Probatur hæc interpretatio, quia in duplo simplum inest. §. Tripl. in Inst. de Actio: Simplum autem est æstimatio rei in contractum deducta & expressa à contrahentibus, non autem communis æstimatio, quia ad eam non respexerunt contrahentes. Huc accedat, quòd Imperator loquitur de casibus, qui certam habent quantitatem, & in illis statuit id, quod interest, duplum excedere non posse. Vnde necessariò id referendum est ad æstimationem in contractum deductam, quæ certa est & definita, non autem ad communem æstimationẽ, quę incerta & varia esse potest.

CAPVT XLIX.

Vtrum etiam in delictis id, quod interest, ad dupli condemnationem sit restringendum.

ID, quod interest in casibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, duplum excedere non posse, certi Iuris est. Sed non vsque adeo exploratum est, An & in delictis, seu in obligationibus, quæ ex delictis descendunt, idem constitutum esse intelligatur. Affirmant, Bartolus ad l. Vni. C. de sententijs, q̃ pro eo, quod interest, nu. 26. Deci. nu. 70. Rebuff. super Glos. in verbo. In omnibus casibus. Et fundamentum ponũt in d. l. vnica, in illis verbis: *Sanciamus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, &c.* Hæc enim verba generalia comprehendere videntur omnes casus, etiam ex delictis descendentes, & licet textus subiũgat; *Veluti in venditionibus & locationibus, & in omnibus contractibus*. Exempla tamen non restringunt regulam, secundùm regulas vulgares.

Cæterùm contrariam sententiam Alciatus habuit in commentar. eiusdem l. vnicæ, cap. 10. Motus primò ex l. Iulianus. ff. de Actio. empt. vbi patet, id, quod interest, excedere duplum, quia prouenit ex dolo venditoris; qui scienter, tignum vitiosum & pecus morbosum tradidit.

Secundò ex l. Inficiando. §. 1. ff. de furtis. Vbi Iuriscõsultus ità dicit: *Si tibi surreptum est, quod nisi die certa dedisses, pœnam promisisti, ideoq́, sufferre eam necesse fuit, furti actione hoc quoque æstimabitur*. Ex hoc loco argumentum sumitur, quia talis pœna duplum excedere potuit, rei furto subtractæ.

Tertiò, ex l. Sẽper §. Hoc interdicto ff. Quod vi aut clàm: *In hoc interdicto*, inquit, *tanti lis æstimatur, quanti Actoris interest opus factum non esse*. Ergo duplum excedere poterit.

Ego Alciati sententiam probabiliorem esse iudico. Sed primum & tertium argumentum nil me mouent; Nam quod attinet ad l. Iulianus, illa loquitur in casu incerto. Nempe cùm id, quod interest, debetur ex ea stipulatione, Dolum malum abesse oportere, sicuti declarat Alciat. in commentar. d. l. Vnicæ, cap. 9. nu. 26. Item illa lex loquitur non in delictis, sed in contractu emptionis & venditionis. Quòd verò attinet ad tex. in §. Hoc interdicto, loquitur in casibus incertis. Restitutionis enim causa, vtpote facti, incerta est. sicuti optimè declarat Iacobus Cuiacius i Parat. C. de sentẽtijs, q̃ pro eo, qd interest.

A Vt igitur Alciati sententiam amplectar, illud me primum impellit, quòd Imperator in d. l. vnica, constitutionem edidit de eo, quod interest, vt antiquorum Iurisconsultorum circa illud infinitatem & prolixitatẽ tolleret. Talis autem prolixitas in delictis non erat, quia in delictis plerunque agitur de pœna, nõ autem de eo, quod interest. Deinde exempla profert in contractibus, & licet exempla non restringant regulam, declarant tamen, in quibus casibus regula sit intelligenda, vt docet Glos in l. Nunquam plura. ff. de priuatis delictis, & præclarè Bellonus lib. 3. supputatio. Iuris, c. 10 nu 1.

Secundò mouet me tex. in d. l. Inficiando. §. 1. Respondet Bart. Ibi non agi de interesse, sed de pœna. Nõ rectè. Quia textus ait: *Hoc quoque æstimabitur*. Illud verò non est pœna furti, sed est interesse eius, qui furtũ passus est, quia scilicet pœnam soluere coactus est, propterea, quòd rem non tradidit, quia furto subtracta fuit.

Respondet secundò Rebuffus loco superiùs annotato. B Illum textum esse declarandum ex l. vnica. vt scilicet talis ęstimatio duplum excedere non possit, rei furto sublatæ. Non rectè. Quia nec textus hanc declarationem patitur, & pœna promissa potuit esse triplo maior.

Tertiò respondet idem Rebuffus, dictum textum loqui de pœna certa, & conuenta inter partes, quę quantacunque sit, præstanda est. Non rectè. Quia pœnæ stipulatio interposita non fuit inter furem & dominum rei, sed inter dominum rei, & alium tertium, & nihilominus fur cõdemnatur in id, quod interest ipsius domini, propter eam pœnæ stipulationem.

CAPVT L.

Vtrum pœnæ conuentionales duplum excedere possint.

C IN explicatione eiusdem l. vnicę. C. de senten. quæ pro eo, quod interest, proferuntur, controuerti solet de pœnis conuentionalibus, an possint excedere duplũ, ad similitudinẽ eius; quod interest. Et variæ sunt dissidentesque Doctorum sententiæ.

Prima est Accursij eò loci, vt si quidem pœna conuentionalis adijciatur per verba multiplicatiua (ita enim ipse loquitur) veluti duplum, triplum, quadruplum, &c. tunc quadruplum excedere non possit, sicuti nec pœnæ legales, vt in § Omnes. Instit de Actio. Aut adijcitur certa summa expressa, puta mille, &c. & valet in infinitum. Argumento tex in § Alteri in Instit. de inut. stip. & in l. Stipulatio ista. §. Alteri. ff. de verb. oblig.

Secunda est sententia Bartoli, in d. l. vnica, nu. 21. Aut ista nomina duplum, triplum, &c. referuntur ad certam & taxatam quantitatem, & tunc potest ascendere pœnă in quantum contrahentes voluerint, quiă eadem est ratio, D sicuti quando profertur per nomina simplicia. Tantundem enim est dicere, sub pœna mille, quantum si dicerem sub pœna quadrupli, cùm ducenta sunt promissa: Si verò ista verba referantur ad quantitatem incertam, non potest excedere quadruplum: imò fortè nec duplũ, argumento d. l. Vnicæ.

Tertia est sententia Ludo. Romani in consi. 519. & Menochij de Arbitrar. Iud. casu 260. Vt si quidem pęna adijciatur propter contemptum, tunc arbitrio Iudicis sit definienda; si verò loco interesse adijciatur, tunc si contractus certam contineat quantitatem, duplum excedere non poterit, sicut nec illud, quod interest. Excipiuntur tamen aliqui casus, vt ibi per Menoch nu. 33.

Quarta est sententia Alciati in commentarijs d. l. Vnicæ, cap. 11. Pœnam conuentionalem excedere non posse id, quod re vera interest: Videtur enim in eius locũ subrogata, & Imperator Iustinianus, in d. l. Vnica argumentum sumit ex pęnarum moderatione, ad moderationem eius, quòd interest.

Quinta

Quinta est sententia Petri & Imolæ ac aliorum, quos Rebuffus commemorat in commentarijs d. l. Vnicæ in Glos. in ver. Proferuntur, pœnam conuentionalem, ad instar pœnæ legalis, quadruplum excedere non posse.

Postrema est sententia Innocentij in c. Sacro. de sentent. excommun. Et Rebuffi loco annotato, nn. 35. Pœnam conuentionalem, & duplum, & quadruplum excedere posse, & quantacunque fuerit in stipulationem deducta, præstandam esse, nisi in fraudem vsurarum fuerit promissa: iuxta l. Iulianus. §. Ibidem Papinianus. ff. de Actio. empti.

Confirmatur hæc sententia ex regulis generalibus, quibus dicitur contractus ex conuentione legem accipere. l. 1. §. Si conueniat. ff. de Pactis. Pacta & promissa seruanda. l. 1. ff. de Pactis, cum similibus. Sed iudicio meo melius confirmari potest ex l. Stipulatio ista. §. Alteri. ff. de verb. oblig. vbi dicitur, non esse inspiciendum quid intersit, sed quæ sit pœnæ quantitas in stipulationem deducta.

Et hæc sententia videtur mihi cæteris longè probabilior, si modò ita intelligatur, vt valeat quidem pœnalis ipsa conuentio & stipulatio, quantacunque sit pœna, sed tamen Iudex moderari ac taxare debeat ipsam pœnam, nec pati, vt immoderata exigatur pœna; sicuti docet summus Pontifex, in cap. Suam, de pœnis, quo ex responso exemplum sumi potest pœnę & immoderatę & meritò damnandæ. Atque hæc sententia disertè probatur ex verbis d. l. Vnicæ. ibi: *Cùm sciamus esse naturæ congruum, eas tantummodo pœnas exigi, quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusæ statuuntur.* Atque ita se vidisse obseruatum a Senatu Parisiensi testatur Rebuffus loco superiùs annotato, n. 49.

CAPVT LI.

Vtrum aduersus rem iudicatam restitutio detur propter instrumenta nouiter reperta, cùm quis ex iusta & probabili ignorantia, ea non produxerit.



Væ sunt Doctorum sententię hac de re. Altera affirmans, altera negans. Affirmantis authores sunt Innoc. Io. Andr. Bald. & Panorm. in c. Vltra tertiam, de testib. & alij quos refert, & sequitur Sfortia Oddus, de restit. in integrum quæst. 72. Art. 3. Negantis autem Cuman. in l. Imperatores. ff. de re Iud. Fulgosius in consi. 181. nec non in l. Arbitrio. §. Dolo. ff. de dolo malo.

Affirmantis sententię argumenta sunt ista. Primum. Restitutio in integrum ex iusta causa conceditur, etiam maioribus vigintiquinque annis. l. 1. ff. Ex quibus caus. maio. Sed ignorantia est causa iusta & probabilis. l. 1. §. Si quis autem. ff. de itin. actuq; priua. Ergo, &c.

Secundum argumentum est ex l. Si mater. ff. de except. rei iud. in illis verbis: *Si peteret rursus hereditatem, ob statutam exceptionem rei iudicatæ. Neratius ait: Ego exceptionem obesse ei rei iudicatæ non dubito, sed ex causa succurrendum erit ei, &c.*

Tertium sumitur ex l. Argentarius. §. vlt. ff. de edendo, iuncta l. vlt. ff. De eo per quem factum erit, &c. Dicitur ibi: eum, per quem factum erit, ne aliquis se in iudicio sistat, cõdemnandum in id, quod Actoris interest. Quòd si soluendo non sit, aduersus ipsum restitutoriam actionem competere. Dicitur autem in d. §. vlt. Argentarium qui rationes alicui non edidit, qui propterea succubuit, condemnandum esse in id, quod rationes petentis interfuit, rationes editas fuisse. Ergo, si argentarius soluendo non sit, actio restitutoria aduersus ipsum reum competet, argumento d. l. vlt. Consequenter in integrum Actor restituetur, vt causam ex integro agere possit. Vrget hoc argumentum Sfortia Oddus loco annotato.

Negantis autem sententiæ, Primum argumẽtum est. Rerum iudicatarum authoritas eludi non debet l. Seruo

A inuito. §. Cum Prætor. ff. ad Treb. Sed si restitutio in integrum daretur hoc in casu, eluderetur authoritas rei iudicatæ. Ergo restitutio concedenda non est.

Alterum argumentum. Is, qui fortuito casu lęditur, in integrum non restituitur, etiam si minor sit. l. Verùm. §. Si locupleti. ff. de minoribus. Sed is, qui victus est in Iudicio, propterea quòd instrumenta nõ produxit ex ignorantia, vel alio impedimento, videtur casu fortuito victus. Ergo restituendus in integrum non est.

Hæc sententia negans videtur mihi verissima, authoritate l. Sub specie. C. de re iudic. *Sub specie nouorum instrumentorum postea repertorum* (ait textus) *res iudicatas restaurari, exemplo graue est.*

Hæc verba sunt generalia & consequenter comprehendunt eum casum etiam, quo quis ignorantiam habuit instrumentorum, & ideo illa non exhibuit. Id patet ex illis verbis: *Sub prætextu nouorum instrumentorum, postea repertorum.* Si noua sunt instrumenta & postea

B reperta; Ergo illa non erant litigatori nota, sed postea illa inuenit & extare cognouit.

Confirmatur hæc interpretatio, quia si de eo tantum intelligatur textus, qui scientiam habuit instrumentorũ, & ea non exhibuit, cùm posset exhibere, certè nulla est ratio dubitandi, quin res iudicata instaurari nequeat.

Si dicatur argumentum procedere, quo ad ius ipsum ordinarium, sed quæstionem loqui de in integrum restitutione. Respondeo, rationem legis locum habere etiam in integrum restitutione, quia scilicet exemplo graue est, res iudicatas instaurari.

Quid? quòd text. in l. Imperatores. ff. de re iudic. loquitur de ipsa restitutione, & sic ait: *Imperatores, Verus & Antoninus rescripserunt, quanquam sub obtentu nouorum instrumentorum restitui negotia minimè oporteat? &c.*

Ad primum argumentum respondeo. Maiores in integrum restitui, ex iusta causa, quoad per leges, Plebiscita, Senatusconsulta, & cap. Licet, vt in d. l. 1. ff. Ex quibus

C caus. maior. Sed per leges non licet, hoc in casu, quia ignorantia non est iustum impedimentum, & iusta causa restitutionis maiorum est, quando sunt in vinculis, vel in hostium potestate, vel causa Reipublicæ absunt, vt in d. l. 1. & toto titulo, non autem cùm instrumenta & iura sua ignorarunt.

Ad secundum respondeo, textum in l. Si mater, non obstare, quia loquitur, quando ex vna tantum causa quis egit, cùm & alia subesset. Mater ibi bona filij vindicabat ex Senatusconsulto, tanquam intestati defuncti, & quia putabat patrem in testamento alium substituisse filio suo, dicebat ruptum esse testamentum patris, & sic substitutioni locum non esse. Quia verò testamentum ruptum non erat, succubuit. Posteà apparuit nullum in eo testamento substitutum fuisse, ait Iurisconsultus, succurrendum esse ei, quæ vnam tantum causam egit rupti testamenti, vt nempe aliam causam deducere possit, vt

D ibi. Hæc species longo distat interuallo à quæstione nostra, in qua de restauranda lite contra rem iudicatam agitur, ex eadem causa, propter instrumenta nouiter reperta.

Ad tertium respondeo. Dato quòd restitutoria actio competeret aduersus debitorem in specie. l. Argẽtarius. §. vlt. Tamen id procederet argentario existente non soluendo. Item quando argentarius dolo fecisset, quò minus rationes ederet, ne scilicet ex eius dolo debitor lucrum faciat: Et sic multa concurrunt in ea specie; sed nos loquimur absolutè ac simpliciter, an ex iusta ignorantia quis restituatur aduersus rem iudicatam ex instrumentis nouiter repertis. Et meritò negamus restituendum, vt patet ex prædictis.

CA-

CAPVT LII.

Vtrum sententia retractari possit prætextu testamenti nouiter reperti.

SEntentiam latam retractari posse prætextu testamenti nouiter reperti Authores sunt Glos. in lege prima, §. Ratio. ff. Quemadmodum testamenta aperiantur. Bald. in lege tertia. §. primo. ff. de transactio. Roman sing. 198. & alij, quos refert & sequitur Sfortia Oddus de restitutione in integrum, par. 2. quęst. 73. art. 4.

Argumenta verò sunt ista. Primum, sententia & trãsactio æquiparantur. l. Non minorem. C. de Transactio. Sed Transactio retractatur pretexm testamenti nouiter reperti. l. Imperatores. §. Cum Transactio. l. Non est ferendus. ff. de Transactio. Ergo & sententia.

B Secundum. De his, quæ pendent ex testamento, sicut transigi non potest, nisi perspectis, cognitisq; verbis testamenti. l. De his. ff. de Transactio. ita nec iudicari potest. lege 1. §. Ratio. ff. Quemadmodum testamenta aperiantur: ait Iurisconsultus, *sine Iudice transigi, neque apud Iudicem exquiri veritas de his controuersijs, quæ ex testamento proficiscuntur, aliter potest, quam inspectis cognitisq; verbis testamenti.* Igitur sententia non valet. Consequenter ob testamentum nouiter repertum retractari potest.

Tertium argumentum est Lege, Si mater. ff. de exceptione rei Iudicatæ. Vbi mater, contrà quam fuit iudicatum, admittitur tamen ad petendam hæreditatem ex testamento, in quo apparuit nullum fuisse datum substitutum.

Quartum. Iuramentum & sententia æquiparantur. Lege, Nam & postea. §. Qui temporali. ff. de Iureiurando. Sed iuramentum retractatur propter testamentum nouiter repertum. l. vlt. C. de rebus creditis. Ergo & sententia. C

Contrariam sententiam habuerunt Glos. in lege 3. §. Si legatarius. in verbo, Euicerit. ff. Si cui plus quam per legem Falcidiam: & Alexan. in l. Sub prætextu instrumentum. 5. C. de Transact. & in l. Imperatores, num. 2. ff. de re iudicata.

Quorum illud est fundamentum, quod generaliter lege sit cautum, sententiam retractari non posse prætextu instrumentorum nouiter repertorum. l. Sub specie. C. de re iudicata. l. Imperatores. ff. eodem tit. Testamentum autem est instrumentum. l. 1. ff. de fide instrumentorum.

Ego autem animaduerto, duobus modis potissimùm accidere posse hanc controuersiam ex testamento nouiter reperto. Primùm. Si quis petat certam quantitatem testamento sibi relictam, & secundùm eum pronunciatum sit. Deinde aliud testamentum proferatur, D in quo maior quantitas relicta sit. Hoc in casu agi potest, ex nouo testamento, re iudicata non obstante, quia noua petitio est, & nouum iudicium, diuersum à primo. l. 2. ff. de exceptione rei iudicatæ. l. Si ex testamento. ff. eodem.

Secundò. Si quis agat ex testamento, & ex Iudicis sententia consequatur legatum, vel hæreditatem, postmodum appareat aliud testamentum, quo illud prius reuocatum sit. Atque in hoc casu res iudicata retractari non potest, sub prætextu talis testamenti nouiter reperti. Nam ex tali testamento nihil aliud constat, quàm nil deberi ei, pro quo est pronunciatum. Tanta est autem rei iudicatæ authoritas, vt rescindi non possit, etiamsi constet, postea nil deberi, nec repeti potest, quod indebitè solutum est authoritate rei iudicatæ. l. Si fideiussor. §. In omnibus. ff. Mandati. l. 1. C. de condict. indeb.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respõdeo, transactionem ideo retractari, quoniam transigen-

A tes de eo tantum cogitasse censentur, quod in ea scriptura tabularum, quas tunc nouerunt, continebatur, vt verbis vtar Iurisconsulti in l. Non est ferendus. ff. de Transact. quæ ratio non habet locum in sententia.

Ad secundum respondeo, nihil aliud ex eo probari, nisi, quod Iudex ferre sententiam nequeat de his, quæ pendent ex testamento, nisi cognitis verbis testamenti. Quòd si testamentum viderit, & super eo pronunciauerit, non debet res iudicata retractari, quamuis aliud testamentum postea repertum fuerit.

Ad tertium respondeo. l. Si mater. loqui, cùm quis egit ex vna causa, deinde vult agere ex alia, licet ex eodem facto, Hoc in casu succurritur ei, vt agere possit. Ideoque mater, quę causam tantum rupti testamenti intentauerat, ex testamento agere potest, quod ruptum non esse, pronunciatum est, quia nullus in eo datus fuit substitutus, sicuti mater ipsa putauit, ob quam causam & testamentum ruptum esse dicebat. Nos autem loquimur, B cùm res iudicata directè impugnatur ex testamento nouiter reperto.

Ad quartum respondeo. Iuramentum retractari per testamentum nouiter repertum, quia iuramentum est species trãsactionis, l. 2. ff. de Iureiurãd. & transactio retractatur, vt dictum est, ex testamento nouiter reperto, l. Non est ferendus. ff. de transact.

CAPVT LIII.

Vtrum Ecclesia aduersus rem Iudicatam audienda sit, propter Instrumenta de nouo reperta?

COntrouersia est in eadem materia, vtrum Ecclesia restituenda sit in integrum aduersus rẽ Iudicatam, propter instrumenta nouiter reperta. Nam sunt qui affirmant, sunt qui negant, sunt qui ex insta causa restituendam putent, cùm C videlicet apparet, eam vsam esse omni diligentia, vt instrumenta inueniret, nec inuenirẽ potuisse. Vide Iasonem in l. Imperatores ff. de re Iudicata, nu. 8. & Sfortiam Oddum de restitutione in integrum parte secunda q. 75. art. 2.

Ego puto ex causa restituendam. Moueor Authoritate d. l. Imperatores ff. de re Iudicata, vbi dicitur in negotio publico ex causa permitti, vt quis aduersus rem Iudicatam nouis instrumentis vtatur. Si in causa, & negotio publico id est permissum, ergo, & in negotio Ecclesiæ permittendum erit: videtur enim publicum, arg. cap. ius publicum, distinctione 1. imò Ecclesia & ciuitas æquiparantur, vt solet notari in l. fi. C. de sacrosanctis Eccles.

Secundò moueor: quia Ecclesia vtitur iure minoris cap. 1. de restit. in integrum. Sed minor restituendus est; ergo & Ecclesia. Minorem esse restituendum probo ex l. Minor. 37. ff. de Minoribus, vbi Iurisconsultus ait, Minorem in integrum restitui propter allegationem omis- D sam, ergo multò magis propter instrumẽta non exhibita.

Contrariæ sententiæ fundamentum est in c. suborta, de sentent. & re iud. in illis verbis: *Si verò non fuerit coram eo exhibitum prætextu priuilegij de nouo reperti, non debet sententia retractari.*

Respondeo, illum textum non obstare, quia & nos dicimus regulariter Ecclesiam retractare non posse rem Iudicatam propter instrumenta nouiter reperta, sed non propterea efficitur, quin ex causa restituenda sit in integrum, & audienda contra rem Iudicatam, sicuti in causa, & negotio publico constitutum est, vt in d. l. Imperatores. ff. de re iud.

CAPVT LIV.

Cùm malæ fidei possessor sumptus necessarios repetere possit in rem factos, cur in specie l. 1. C. de Infantibus expositis, non liceat furi alimenta repetere?

MAlæ fidei possessorem sumptus necessarios in rem factos repetere posse, docet tex. in l. Domum. C. de Rei vend. Cæterùm cur in specie. l. 1. C. de Infantibus expositis, non idẽ sit constitutum, non est eadem omnium sentẽtia. Verba textus hæc sunt. *Si inuito, vel ignorante te partus ancillæ, vel adscriptitiæ tuæ expositus sit, repetere eum non prohiberis, sed restitutio eius, si non a fure vindicaueris, ita fiet, vt si quæ in alendo, vel fortè ad discendum artificium iustè consumpta fuerint, restituas.* His verbis patet, furem tales sumptus repetere non posse. Sumptus autem in alendo necessarij esse dicuntur.

Prima est sententia Accursij, Aliud esse constitutum in malæ fidei possessore, aliud in fure. Non rectè. quia etiam Prædo sumptus necessarios repetit. l. Planè. ff. de petitione hæreditatis.

Secunda est sententia Petri, Cyni & Castrensis, idcirco in specie d. l. 1. repeti non posse alimenta, quod videantur à fure donata. Nõ rectè, quoniam verisimile non est eum donare velle, qui aliena surripuit. l. Fuit quæstionis, & l. Si extraneus. ff. de acquiren. hæred.

Tertia est sententia Iacobi Menochij de Recuperan. Possess. remed. 15. nu. 515. Aliud esse statutum in malæ fidei possessore alicuius rei immobilis, aliud in fure Ratio est, quia fur condemnatur ad quadruplum rei subtractæ, meritò sumptus tales repetere non potest. Sed cur prædo repetere possit, & non fur?

Quarta est sententia Francisci Sarmienti libro 1. Selectar. interp. c. 10. Tunc demum repeti posse sumptus necessarios à malæ fidei possessore, quando propter huiusmodi sumptus res efficitur preciosior, vt in d. l. Planè in fi. ff. de petitione Hered. At in casu d. l. 1. nõ propter sumptus, factus fuit seruus preciosior, quia ad pubertatem illum natura perduxit & ætas. Non rectè. quia, vt viueret seruus, necessaria fuerunt alimenta, sine quibus ad pubertatem minimè peruenisset. Facit tex. in l. Patrem. C. de Nuptijs. Ibi. *Hanc adultam sumptibus, & labore tuo factam, &c.*

Postrema est sentẽtia Antonij Fabri lib. 2. coniectur. Iur. cap. 1. Impensas necessarias repeti posse, si tolli possint sine rei detrimento, secus si tolli non possint, vt in casu d. l. 1. Non rectè. Quia necessariæ impensæ simpliciter repetuntur, vtiles verò si tolli possint, vt in d. l. Domum. C. de rei vend.

Ipse opinor causam huius rei colligi posse ex responso Iurisconsulti, in l. Inficiando. §. Infans. ff. de Furtis, vbi sic ait. *Infans apud furem adoleuit, tàm Adolescentis furtum fecit ille, quam infantis, ideoq́; dupli tenetur, tanti, quanti vnquam apud eum plurimi fuit;* Et paulò pòst: *Et non dubitauerim*, inquit, *quin Adolescentis potius, quàm infantis æstimationem fieri oporteat, & quid tàm ridiculum est, quàm meliorem furis conditionem esse, pro continuatione furti existimare?* Idem docet tex. in l. Ex argento. ff. de Condict. Furtiua in illis verbis: *Quemadmodum si infans subreptus adoleuerit, æstimatio fit Adolescentis, quamuis sumptibus furis creuerit.*

Ex his legibus talem ego colligo rationem. Non potest aliquis actionem ex ea causa consequi, ob quam ille alteri obligatur, l. Siue Hæreditaria. ff. de Negotijs gestis. Sed fur qui sumptus fecit, ex quibus infans creuit, & adultus factus est, obligatur eã ob causam, quia dicitur furtum adolescẽtis facere, & tenetur ad soluendam æstimationem Adolescentis. Ergo non potest sumptus repetere

A alimentorum, propter quos Adolescens factus est. Nam si repeteret hos sumptus, non videretur ipse condemnatus, quanti plurimi seruus apud eum fuisset, & sic, ad æstimationem adolescentis. Ratio est, quia de tali condemnatione deduceret sumptus alimentorum. Atque hæc est mea, de perdifficili hac controuersia, sententia.

CAPVT LV.

De malæ fidei possessore, An & quomodo vtiles impensas auferre possit, ad interpretationem l. Adeo. §. Ex diuerso. ff. de Acquirendo rerum dominio. & l. Vtiles. ff. de petitione hæredit. & l. 2. C. de rei vendic.

IVrisconsultus Caius in l. Adeò. §. Ex diuerso. ff. de Acquir. rer. dom. scribit in hæc verba. B *Ex diuerso, si quis in alieno solo sua materia ædificauerit, illius fit ædificium, cuius & solum est: & si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligitur, Itaque nec diruto quidem ædificio, vindicatio eius materiæ competit.* Huic sententiæ repugnare videtur Iurisconsultus idem, in l. Vtiles. ff. de petitione hæredit. in illis verbis: *Nam prædoni probè dicetur, non debuisse in alienam rem superuacuas impensas facere, vt tamen potestas ei fieret tollendarum eorum, quæ sine detrimento ipsius rei tolli possint.* Sed magis apertè repugnare videtur Imperator in l. 2. C. de Rei vẽdic. sic dicens: *Id quod in solo tuo ædificatum est, quoad in eadem causa manet, iure ad te pertinet; si verò fuerit dissolutum, eius materia ad pristinum dominum redit, siue bona fide, siue mala ædificium extructum sit, si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint.*

Prima est sententia Accursij in §. Ex diuerso, in Inst. de Rer. diuis. & Bar. in l. In fundo. nu. 11. ff. de rei vendic. C Aliud esse Iuris in petitione Hæreditatis, aliud in Rei vendic. Quare tex. in d. l. Vtiles, de petitione Hereditatis loqui, ac intelligẽdum esse, textum verò in d. § Ex diuerso, de Rei vendic. Sed nec rationem affert diuersitatis, & nihil respondet ad d. l. 2. de Rei vendic.

Secunda est solutio aliorum interpretum, quam probat Eguinarius Baro in comment. ad d. §. Ex diuerso. In Inst. de Rer. diuis. Iuriscõsultum loqui, cùm quis ex propria materia in alieno solo ædificat, tunc animo donandi ædificare videtur; diuersum est cùm quis ex aliena materia ædificat, quia dissoluto ædificio, materiæ dominus eã vendicare potest. Ita loquitur Imperator, ac intelligẽdus est in d. l. 2. C. de Rei vendicatione.

Non placet hæc sententia, quia nullum verbum est in d. l. 2. quo significetur Imperatorem loqui, cùm quis ædificat ex aliena materia. Et illa verba. *Si non donandi animo, &c.* Magis propriè conueniunt ei, qui dominus sit materiæ.

D Tertia est sententia eiusdem Eguinarij, Malæ fidei possessorem censeri animo donandi ædificasse in alieno solo, & ideo materiam vendicare non posse, vt in d. §. Ex diuerso. Probare tamẽ potest, se non animo donandi impendisse, & tũc materiam vendicare potest. Ita accipiendum est quod dicit Imperator in d. l. 2.

Sed huic interpretationi repugnat ipsa l. 2. vbi regula hæc constituitur Malæ fidei possessorem materiam vendicare posse, nisi probetur, animo donandi imposuisse.

Quarta est sententia Frãcisci Sarmienti lib. 1. selectar. interpretation. cap. 10. Leges, quæ malæ fidei possessorẽ vtiles sumptus repetere posse statuunt, si absque detrimẽto auferri possint, locum habere, quando malæ fidei possessor ipsam rem detinet, in quam sumptus fecit, vt in l. domum. C. de Rei vendic. & in l. Vtiles. ff. de petitio hæredit. secus si rem non detineat, vt in legibus contrarijs.

Sed repugnat huic sententiæ tex. in §. Certè. in Instit. de Rer. diuis. *Certè*, inquit Imperator, *illud constat, si in*

possessione

A *possessione constituto Aedificatore, soli dominus petat domum suam, nec soluat precium materia, & mercedem fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, vtique si bona fidei possessor fuerit, qui adificauerit. Nam scienti alienum solum esse, potest obyci culpa, quòd adificauerit temerè in eo solo, quod intelligebat alienum esse.*

Quinta est sententia Mynsingeri in comment. ad d. §. Ex diuerso, de Rer. diuis. quod habetur in d. l. 2. accipiendum esse de ædificio extructo à Colono vel Inquilino, vel Emphyteuta, & idcirco eos vendicare posse materiã ædificio dissoluto, quia Ius ædificandi habuisse videntur. Cæterùm alijs malæ fidei possessoribus, hæc actio non competit, quia cessat ratio prædicta, & ita fiunt accipiendæ leges contrariæ.

Sed primò nullum verbum est in d. l. 2. quod suadeat eam interpretationem, & Imperator loquitur, siue bona fide, siue mala fide ædificium extructum sit.

Sexta est sententia Iacobi Cuiacij in posterioribus no B tis in Institutiones, in §. Ex diuerso & lib. 10. Obser. c. 1. Malę fidei possessorem, Iure quidem vẽdicare non posse materiam ædificij separatam, vt in d. §. Ex diuerso. Benignius tamen esse, vt eam vendicare possit, ne petitor cum eius iactura locupletetur. argumento l. Planè. ff. de Petitio. hæredit. & l. Iulianus. ff. de Rei vendic. si sciente domino ædificauerit. argumento l. Puræ. §. Si donaui. ff. de doli mali except.

Huic sententiæ oppono tex. in l. Sumptus. 48. ff. de Rei vendic. vbi Papinianus scribit, sumptus in prædium alienum factos, peti quidem non posse, sed exceptione doli opposita, per officium Iudicis æquitatis ratione seruari, si à bonæ fidei possessore facti sint. Ergo si à malè fidei possessore facti sint, æquitatis ratione seruari non debent. Vtitur hoc argumento Anto. Faber. lib. 2. Coniecturar. Iuris cap. 1.

Ego sic statuo. Malæ fidei possessorem vtiles impensas deducere posse, si absque rei detrimento deduci possint, C vt in l. Domum. C. de Rei vend. in l. Vtiles. ff. de Petitione hæredit. & alibi. Non obstat tex. in §. Ex diuerso, quia loquitur de ædificante in alieno solo. Is enim vendicare materiam non potest, quia voluntate eius intelligitur esse alienata, siue donata ei, qui Dominus est soli, vt ibi dicit Imperator & Iurisconsultus in d. l. Adeo. §. Ex diuerso. Non obstat tex. in l. 2. C. de Rei vend. vbi contrarium dicitur, nempe materiam vendicari posse, quia loquitur, cum aliquis in alieno solo ædificat sciente & patiente Domino, talis enim scientia & patientia hoc operatur, vt materia vendicari possit, & in hoc Cuiacij sententiam probo, argumento d. l. Puræ. §. Si donaui. ff. de doli mali, & metus except. ibi: *Dolo enim feci, quia passus sum eum adificare, & non reddo impensas.* Quòd d. l. 2. hoc in casu loquatur, probo. Nam ita dicit: *Si inferiorem partem adificij, qua solum contingit, ad te pertinere probare potes, eam, quam vicinus tuus imposuit, accessisse dominio tuo, non ambigitur.* Hic Imperator loquitur de eo, qui in superiori D parte domus habitabat, & simul dominus erat partis inferioris; Quamobrem præsumitur non ignorasse, ædificium fieri in parte inferiori meritò, Imperator posteà considerata facti specie, & circumstantijs omnibus, declarat dissoluto ędificio, materiam vendicari posse, nisi animo donandi fuerit imposita. De qua quidem specie non loquitur textus in d. §. Ex diuerso, siue Imperatoris, siue Iurisconsulti. Atque hæc mea est, de hoc perquam difficili nodo sententia.

CAPVT LVI.

Vtrum hares in bona fide existens, condemnandus sit ad restitutionem fructuum, quando defunctus rem possedit mala fide.

SI quis mala fide rem possideat, & hærede relicto, qui sit in bona fide, moriatur, in controuersiam reuocatur, vtrum fructus restituere teneatur, an verò eos suos faciat, tanquam bonæ fidei possessor, & quidem ad restituendos fructus teneri Bart. existimauit, in l. Ex diuerso. nu. 12. ff. de Rei vendic. & multi alij, quos refert & sequitur Menoch. de Recuper. Possess. remed. 15. nu. 617. Fundamentum est in l. 2. C. de Fructib. & litium expensis, vbi, postquam Imperator dixit: Malæ fidei possessorem teneri ad restituendos fructus, statim de Hærede eius verba faciens, subdit; *Haredis quoque succedentis in vitium* (scilicet defuncti) *par habenda fortuna est.*

Contrariam sententiam amplexus est Ioannes Copus in Tract. de Fructib. lib. 2. tit. 4. cap. 3. Fundamentum ponit in l. Bonæ fidei. ff. de Acquir. rer. dom. & in alijs legibus, quibus dicitur, bonæ fidei possessores fructus suos facere. Quòd autem dicitur (inquit Copus) hæredem in vitia defuncti succedere, hoc non ad factum, sed ad ius, hoc est, ad vsucapionem pertinet, quæ ob vitium defuncti nulla esse potest.

Ad l. 2. C. de Fructib. & litium expensis, respondet eã esse intelligendam de hærede, qui in ipsius defuncti malam fidem succedit, quod ex eo patet, inquit, quia textus loquitur de eo hærede, qui lite contestata aduersus defunctum malæ fidei possessorem, non poterit ignorare rem alienam esse.

Mihi probabilior videtur prior sententia, quæ & communior est, quam confirmo ex l. Vitia. C. de Acquiren. & retin. possess. *Vitia possessionum*, inquit, *à maioribus contracta, perdurant, & successorem, Authoris sui culpa comitantur.*

Ad argumenta Copi sic respondeo. Concedo bonæ fidei possessorem fructus suos facere, sed casum hunc excipio, cùm videlicet defunctus in mala fide fuit, quia ipsius vitium & culpa successorem comitatur.

Quod verò Copus dicit, hoc non ad factum, id est, ad fructuum perceptionem, sed ad ius, id est, ad vsucapionem pertinere, nec aliqua lege probat, aut ratione, & cõtrarium euincit textus in d. l. 2. vbi agitur de fructibus restituendis à malæ fidei possessore, cuius hæres fortunam sequitur, vtpote in vitium succedens defuncti, vt ait ibi Imperator. Nec probabilis est illa interpretatio, quam adfert Copus: Imperatorem loqui de hærede, qui litem motam non ignorauerit, & sic in mala fide fuerit, quia si in mala fide hæres existat, hæc ipsa mala fides, non autem successio in vitium defuncti fructuum acquisitionem impediret. Imperator autem eò loci perpendit, non propriam ipsius hæredis scientiam & malam fidem, sed vnum illud, quòd scilicet in vitium defuncti successerit, qui fuit in mala fide.

CAPVT LVII.

Vtrum bona fidei possessor lucretur, tàm fructus naturales quàm industriales.

INgens est dissensio inter Doctores, vtrum bonæ fidei possessor omnes fructus lucretur, tàm naturales, quàm industriales. Etenim Accursius in l. Ex diuerso. ff. de Rei vend negat, bonæ fidei possessorem fructus industriales lucrari: Sed duntaxat naturales suos facere opinatur. Eius autem fundamentum est in l. Fructus ff. de Vsuris. vbi Pomponius ita dicit. *Fructus percipiendo*

vxor,

A *uxor, vel vir ex re sibi donata suos facit, illos tantum, quos suis operis acquisierit, veluti serendo. Nam si pomum discerpserit, vel ex sylua ceciderit, non fit eius, sicut nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur.* Idem docet Duaren. in comment. ad Tit. de Vsur. & fruct. tit. qui fructus in restitutionem veniant.

Confirmatur hæc sententia ex §. Si quis à non Domino, Inst. de Rerum diuisione, vbi Imperator dicit, Bonæ fidei possessorem fructus lucrari pro cultura & cura, consequenter fructus naturales non lucrantur, quia nullam ij requirunt curam, vel culturam.

Secunda est sententia Bart. in d. l. Ex diuerso. Is distinguit inter possessorē bonę fidei, qui etiā titulū habet, & eū possessorē, qui nō habet titulū. Si titulū habeat bonæ fidei possessor, existimat Bart. eū oēs fructus lucrari, authoritate Pauli Iuriscōsulti, in l. bonę fidei. ff. de Acquir. rer. dom. *Bonæ fidei emptor*, inquit, *nō dubiè percipiēdo fructus, etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantū eos, qui diligētia & opera eius peruenerūt, sed etiā omnes.* B Si verò titulū nō habeat, existimat eū lucrari fructus dūtaxat naturales, Authoritate Pōponij, in d. l. Fructus. ff. de Vsuris.

Tertia est opinio Iacobi Menochij, de Recuper. possess. remed. 15. nu. 580. Bonę fidei possessorē omnes fructus lucrari, siue naturales, siue industriales, non tñ absolutè, sed ad tempus, hoc est, interim, donec res fuerit euicta, si enim res euicta fuerit, eos restituere tenetur. Mouetur vir pręstantissimus authoritate tex. in d. l. Bonæ fidei, quatenus ibi I. C. dicit, Bonæ fidei possessorē interim fruct⁹ suos facere, quod quidē cōfirmari potest, ex l. Qui scit. §. vlt. ff. de Vsuris. vbi Iulianus ita dicit. *Bonæ fidei emptor, quo ad percipiendos fructus intelligi debet, quandiu euictus fundus non fuerit.* Idē docet Cuiacius, in notis ad Institutiones §. Si quis à non Dño. in verbo. Pro cultura.

Quarta & postrema est sententia, quæ mihi cæteris probabilior videtur. Bonę fidei possessorem, omnes fructus consumptos lucrari, & suos facere, tàm naturales, C quàm industriales. Ita docet Arius Pinell. ad l. 2. C. de Rescin. vend. parte 2. c. 4. nu. 59. Anto. Faber lib. 4. coniectur. Iur. cap. 17. nouissimè Hartmānus Vulteius lib. vnico Scholasticarum disceptationum cap. vlt.

Probatur hæc sententia primùm ex d. l. Bonæ fidei. ff. de Acquir. rer. dom. Vbi Iurisconsultus ita disertè docet. Sic dicens: *Bonæ fidei possessor, &c.* Secundò, ex l. Certum. C. de Rei vendic. dum ibi Imperator, nulla distinctione adhibita, declarat, Bonæ fidei possessorem esse condemnandum ad restituendū fructus extantes. Videtur enim significare, secus esse statuendū de fructibus cōsumptis.

Tertiò ex l. In pecudum 28. ff. de Vsuris. vbi Caius docet, fructus pecudum sicuti lac, pilum, lanam & fœtum, statim pleno iure fieri bonæ fidei possessoris, & tamen constat hos esse fructus naturales.

Quartò ex l. Qui scit. §. vlt. ff. eod. tit. in illis verbis. *Porrò bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus, id Iuris habet, quod Dominus prædiorum tributum est.*

D Postremò ex l. 4. §. Lana. ff. de Vsucapio. vbi dicitur, lanam ouium furtiuarum, si apud bonæ fidei possessorem detonsa est, statim eius fieri, quoniam in fructu est. Idēque de Agnis dicendum esse, si consumpti sint.

Ad tex. in l. Fructus. ff. de Vsuris, prætermissis aliorum responsionibus ac interpretationibus, illa magis probatur quàm Ari. Pinell. attulit. Illa verba text. *Sicut, nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris*, hunc sensum nō habere, quasi nullus bonæ fidei possessor fructus naturales suos faciat; Id enim repugnaret alijs legibus, sed sensum esse, nō quemlibet bonæ fidei possessorem tales fructus, suos facere. Itaque licet bonæ fidei possessor regulariter tales fructus, suos faciat, non tamen id Iuris habet omnis bonæ fidei possessor, veluti si possessor talis sit, qualis in specie, de qua ille textus loquitur, videlicet, vir & vxor, rem donatam possidentes. Similis casus est in bonæ fidei possessore obligato ad fructuum restitutionem, licet bona fide perceptorū in l. Indebiti. 15. ff. de Condictio. indeb.

A Ad tex. in §. Si quis à non Domino, in Inst. de Rerum diui. respondeo, non rectè sumi argumentum à cōtrario sensu, quia licet bonæ fidei possessor pro cultura, & cura industriales fructus nuncupatos, suos faciat, nihilominus tamen lucratur etiam fructus naturales, quia loco Domini habetur. Illud verbum *interim*, quod est in d. l. In bonæ fidei. in principio, ego sic interpretor, vt significet quidem, *interim*, antequam res euincatur, bonæ fidei possessorem fructus suos facere, sed tamen etsi res euicta fuerit, non eos restituere tenetur, nisi extent, vt in l. Certum. C. de Rei vend. Itaque interim suos facit, donec rem possidet. Re autem euicta si extent, eos restituere tenetur Domino rei, nec amplius eos percipiendi facultatem habet.

Post hæc scripta legi commentaria Don. de Iure Ciuili lib. 4. cap. 24. 25. & animaduerti, eum in noua quadam opinione esse. Inprimis existimat, bonæ fidei possessorem omnes fructus, tàm qui natura, quàm qui opera ho- B minis proueniunt, consumptos lucrari; quod nostræ sententię cohæret.

Deinde docet, bonæ fidei possessorem fructus industriales statim lucrari, & suos facere: ita, vt eos etiam extantes restituere non teneatur; sed naturales extantes restituere teneatur. Et hanc dicit esse sententiam Iurisconsulti in l. fructus. ff. de Vsuris.

Ad l. bonæ fidei. ff. de acquir. rer. domin. respondet; illud verbum, *omnes*, id est, omnes, qui diligentia & opera bonæ fidei possessoris non peruenerunt.

Et ad l. Certum. C. de rei vindic. respondet, illud verbum, *extantes*, idem significare, quod pendentes; Non autem esse referendum ad fructus perceptos, & non consumptos, multisque argumentis probat industriales etiam non consumptos, restituendos non esse. Et ex eo, quod Iustin. dicit in §. Si quis à non domino, in Instit. de rerum diuis. bonæ fidei possessorem fructus consum- C ptos lucrari, non rectè colligi opinatur; fructus industriales perceptos, & nondum consumptos eum non lucrari. Sed illa collectio valere potest, quoad fructus, qui natura proueniunt: eos enim non lucratur bonæ fidei possessor, nisi consumpserit.

Sed etsi hæc speciosa videantur; parum tamen probabilia sunt. Inprimis quod ad l. fructus. ff. de Vsuris, attinet, non ibi fit mentio fructuū consumptorum, vel non consumptorum, sed textus dicit: fructus industriales acquiri possessori, non autem naturales; cuius contrarium docet textus in l. bonæ fidei. ff. de acquiren. rer. dominio.

Secundò dicit Don. illud verbum *Omnes* in dicta l. bonæ fidei, referendum esse ad omnes fructus, qui industria quidem percipiuntur, sed non industria bonæ fidei possessoris. Contrà. Nam textus dicit: Bonæ fidei possessor fructus percipiendos suos facit, non tantum eos, qui diligentia & opera eius peruenerunt, sed etiam om- D nes, illud verbum *omnes*, nullos excludit: & sic non excludit fructus, qui natura proueniunt, absque possessoris industria. Quæ probabilior est expositio.

Tertiò vult Don. illud verbum, *Extantes*, quod est in l. Certum. C. de rei vendicatione, idem significare, quod pendentes: sed non videtur hoc probabile: quia textus dicit, bonę fidei possessorem, omnes fructus extātes solere cum ipsa re præstare. Quod si fructus sint pendentes, & nondum illos habeat possessor, nō video, quo pacto illos præstare possit.

Denique non est probabile Iustin. in §. Si quis à non Domino, in Inst. de rer. diuisio. dum ait, fructus consumptos peti non posse, locutum esse de naturalibus fructibus tantum, cùm suprà dixerit, bonæ fidei possessorem eos lucrari pro cultura & cura, & sic de industrialibus locutus fuerit. Aut ex illis verbis argumentum sumi à contrario sensu, respectu fructuum naturalium duntaxat non consumptorum, vt scilicet peti possint. Cùm de naturalibus ibi sermo non sit.

Quid? quod fructus extantes opponitur fructibus cõsumptis in l. malę fidei. C. de condict. ex lege. ibi *de extãtibus fructibus rei vindicatio, &c. de consumptis verò, &c.*

Videat ergo Donellus, quo pacto cõsistat ea interpretatio, quæ extantes fructus pro pendentibus accipiendos docet.

CAPVT LVIII.

Vtrum bonæ fidei possessor conueniri possit ad restitutionem fructuum consumptorum, siue eorum æstimationem, si factus sit ex eis locupletior.



IN iudicijs vniuersalibus, quin bonæ fidei possessor ex fructibus consumptis locupletior effectus, eorum causa conueniri possit, nulla est prorsus dubitatio, quia conueniri posse decidit tex. in l. 1. C. de Petitione Hęreditatis, & in l. Item veniunt. §. Eos autem. ff. eod. tit.

Cęterùm in iudicijs particularibus, vtputa in rei vendicatione, & similibus, vtrum idem sit dicendum, nõ est eadem omnium sententia. Affirmant Bart. in l. Ex diuerso, nu. 7. ff. de Rei vendic. & multi alij, quos refert, & sequitur Couuar. Resol. lib. 1. cap. 3. vers. Tertia conclusio, & Menoch. de Recuper. possess. Remed. 15. nu. 598.

Cęterùm negant multi alij, quos cõmemorant Couarruuias & Menochius, & prętet eos Pinellus ad l. 2. C. de Rescin. vend. par. 2. cap. 4. nu. 74 & num. 60. vbi dicit, Hanc sententiam forensi vsu receptam esse, & Anto. Faber. lib. 4. Coniectur. cap. 17. non procul à fine.

Prioris sententiæ argumenta sunt tria. Primum. In petitione Hęreditatis constitutum est, vt bonę fidei possessor teneatur, Ergo id multò magis statuendum est in rei vendicatione, quia Dominus rem vendicans, plus iuris habet, quàm hæres, qui aliquando hæreditatem petit, neque rerum hęreditariarum dominium habet, quia fortè defunctus dominus non erat.

Secundum argumentum est ex æquitate. l. Si me & Titium ff. Si certum petatur. Aequũ esse quod ex re mea ad te peruenit, mihi restitui. Item ex ęquitate, quę dictat neminem locupletari debere cum aliena iactura.

Tertium argumentum sumitur ex l. Itẽ si verberatũ. §. 1. ff. de rei vendic. vbi dicitur, Si possessor fructus perceptos distraxit, ne corrũperentur, precium præstiturũ.

Posterioris autem sententię fundamentum est in illis legibus, quibus dicitur, Bonę fidei possessorem fructus consumptos lucrari, & suos facere, vt in §. Si quis à non Domino, in Instit. de Rerum diuisione. in §. Etsi Hæreditas, in Instit. de officio Iudicis. l. 4. ff. Finium regund. l. Quęsitum 40. ff. de Acquir. rer. dom. & alibi.

Et hæc sententia videtur mihi verissima, quia si bonæ fidei possessor teneretur fructus consumptos restituere, eo in casu, quo factus esset locupletior, sequerentur leges, quibus dicitur eum fructus consumptos lucrari, tunc demum procedere, cùm bonæ fidei possessor fructus inutiliter consumpsisset, quod sanè absurdum esset, quia nemo præsumitur iactare suum. Ideoq; non ita leges accipiendæ sunt, vt eum casum comprehendant, qui non ita frequenter euenire solitus est.

Ad primũ argumentũ contrariæ sententię respõdeò, In petitione Hęreditatis ita constitutũ esse, tùm quia fructus percepti Hęreditatem augent. l. Item veniunt. §. Itẽ non solũ, versu Fructus. ff. de petitione Hæreditatis. Tũ quia Senatuscõsulto ita in vniuersum est constitutũ, vt qui ex iusta causa existimauit, hęreditatem ad se pertinere, non teneatur, nisi quatenus ex ea factus est locupletior. l. Item veniunt. §. Præter hæc. vers. Eos autem ff. eodem titulo. Eæ autem rationes locum non habent in rei vendicatione, & cęteris particularibus Iudicijs.

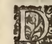
Ad secundum respondeo: Aequitatem, de qua in d. l.

A Si me, & Titium, ad rem hanc non pertinere, nihil enim aliud docet illa lex, nisi ęquum esse, vt pecunia mea, quæ ad te peruenit, mihi à te restituatur. Nos autem loquimur de fructibus, quos vt bonę fidei possessor lucretur pro cultura & cura, & alias ob causas, ęquum est. Iustaq; est hæc causa, vt possessor locupletetur, cum aliena iactura, quia bonam fidem habet, & loco Domini plenè est, l. Qui scit. ff. de Vsuris, cum alijs similibus.

Ad tertium respõdeo, illã legẽ loqui de possessore, qui rẽ & fructus pendente iudicio distraxit, vt patet ex l. officium. ff. eod. tit. & ea ratione confirmatur, quod si bona fide possessor rem distraxerit ante litem inceptam, cõueniri rei vendicatione non possit, cùm nec possideat, nec dolo desierit possidere.

CAPVT LIX.

B *Vtrum, si possessor ab initio sit bonæ fidei, deinde incipiat esse malæ fidei, fructus suos faciat ad interpretationem l. Bonæ fidei. §. In contrarium ff. de acquir. rer. dom. & l. Qui scit. §. vlt. ff. de Vsuris.*



DVo sunt iuris loca, quæ inuicem pugnare videntur. Primus est in l. Bonæ fidei. §. In contrarium. ff. de acquir. rer. dom. Secũdus est in l. Qui scit. §. vlt. ff. de Vsuris. Ait Paulus in d. §. In contrarium. *In contrarium quæritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognouero alienam esse, quia perseuerat per longũ tempus capio, an etiam fructus meos faciam. Puto verò dum, ne non sit bonæ fidei possessor, quamuis capiat. Hoc enim ad ius, id est, capionem, illud ad factum pertinet, vt quis bona vel mala fide possideat.* Iulianus autem in dicto § vltimo ita dicit. *Bonæ fidei emptor sesit, & antequam fructus perC ciperet, cognouit fundum alienum esse, an perceptione fructus suos faciat, quæritur. Respondi: Bonæ fidei emptor, quo ad percipiendos fructus, intelligi debet, quamdiu fundus euictus non fuerit. Nam & seruus alienus quem bona fide emero, tamdiu mihi ex re mea, vel operis suis adquirit, quamdiu euictus non fuerit.*

Has leges conciliari non posse dixerũt Couuar. lib. 1. Resol. cap. 3. nu. 7. Menochius de recuperan. possess. remedio 15. nu. 613. Eguinarius Baro in §. Si quis à nõ Domino, in Instit. de rer. diui.

Cõtra Donellus in commentarijs de iure ciuili lib. 4. c. 24. *Et putẽ,* inquit, *rectè defendi, nõ esse has sententias contrarias. Reperiemus enim vtrũque rectè dici; eũ, qui postea cognouit rẽ alienã esse, malæ fidei possessorẽ esse, nec quidquã ex re possessa acquirere posse, & eundẽ nõ intelligi malæ fidei possessorẽ esse, si esse neget, priusquã ei res iudicio euicta fuerit.* Et post multa verba tandẽ cõcludit, ex Iuliani sententia, bonę fidei emptorẽ nõ priùs pro malę fidei possessore D habendũ, quàm intellectum fuerit, eum cognouisse rem alienam esse. Id verò intelligi non posse priusquam res fuerit euicta. Paulum autem loqui, quando constat possessorem cognouisse, rem alienam esse, nec id ipse negat.

Sed hęc interpretatio nõ videtur congrua: quia Iulianus apertè loquitur de bonę fidei emptore, qui posteà cognouit fundũ alienũ esse, & tamẽ pronũciat eũ esse bonę fidei: quo ad fructus lucrãdos donec fundus euictus fuerit. Quod is neget se cognouisse rẽ alienã esse, nullũ verbũ in tex. & nil ei prodesset negatio, si verum esset, eum cognouisse rem alienam esse; quia fructus suos non faceret secundùm Pauli sententiam. Quare vix defendi posse censeo, quin pugnantia locuti sint Iurisconsulti.

Sed mihi tamẽ valdè probabilis videtur Accursij sententia ac interpretatio, quę fuit etiam Iacobi Cuiacij in notis ad Institutio. §. Si quis à non domino, in ver: pro cultura, vt Possessor interim, donec res euicta fuerit, fructus suos faciat; & sic loquat Iulianus: Re autẽ euicta eos

resti-

restituere teneatur,& ita intelligendus sit Paulus. *Ab eo tempore* (inquit Cuiacius) *fructus percepti, quo possessor cognouit rem alienam esse,eius interim sunt, l. Qui scit.§.vlt. ff.de vsuris. At si exitum finemq́; iudicij inspicias, eius non sunt*, vt in l.Bonæ fidei.ff.de acquir.rer.dom.

Contrà obijcit D. Menochius verba textus in d.l.Bonæ fidei in principio, quibus dicitur, bonæ fidei possessorem interim fructus,suos facere;Consequenter in §.In contrarium, dum ait, bonæ fidei possessorem,qui postea fundum alienum esse cognouit, fructus suos non facere, ita intelligi debet, vt scilicet nec interim fructus suos faciat. Quod verbum *Interim* in suo Codice contineri Menochius asserit.

Respōdeo illud verbum, *Interim*, non significare idē ac si diceretur,antequam res euincatur,quia si id significaret, sequeretur bonæ fidei possessorem fructus consumptos restituere oportere re euicta, quod falsum est, vt patet ex l Certum. C. de rei vend. & declarat optimè Antonius Faber, lib.4. Coniectur. iuris,cap.17. sed sensus est, possessorem interim suos facere donec possidet, postquam enim re euicta desierit possidere, sicut re ipsa caret,ita & fructibus.

Legibus itaq; sic conciliatis,ita statuo, quod ad propositam quæstionem attinet: Possessorem fructus suos facere eius temporis, quo est in bona fide;eos autem quos percepit,postquam fuit in mala fide,nequaquam. Ita docent Io. Copus de fructibus lib.2. tit.4. c.5. Menochius loco annotato,nu.612. Et probatur ex l. Qui bona fide. ff.de acq.rer.do.ibi. *Cæterùm si caperis scire eum alienum esse,vel liberum,videamus,an ei acquirat. Quæstio in eo est, verum initium spectemus, an singula momenta: & magis est,vt singula momenta spectemus.* Item probatur ex l.Certum. C. de rei vend. vbi bonæ fidei possessor restituere tenetur fructus extantes post litem contestatam vniuersos .Ratio est : quia per litis contestationem mala fides inducitur,l.Nemo.C. de acq.poss.l. Sed etsi lege.§.si ante.ff.de petitione hæreditatis.

CAPVT LX.

Vtrum fructus post litem contestatam à possessore percepti, re euicta sint restituendi, si instantia fuerit prioris iudicij lapsu temporis perempta.

VTrum fructus actori debeantur ex die litis contestatæ in eo iudicio, cuius instantia est perempta, si nouo iudicio inchoato rē euicerit,non vulgaris est controuersia. Et quidem deberi censuerunt Bart. in l. 2. C. de fructibus & lit.expen. Menoch.de recuper.possess.remedio 15.nu.596.Robertus Lancellotus alios commemorat de Attentatis, in Præfat. secundæ partis.c.4.nu.506.

Fundamentum est huiusmodi.Possessor condemnandus est ad fructus, ex eo tempore, quo est in mala fide,l. Certum.C.de rei vend.l.3.C.de condict. ex lege §.2.Instit.de off.iud.l.Bonę fidei.§.In contrarium.ff.de acquir. rer.dom.cum alijs allegatis in præcedenti capite.

Sed per litis contestationē in priori iudicio factam,licet instantia fuerit perempta,possessor in mala fide cōstituitur;ergo cōdemnandus est ad fructuum restitutionē.

Probatur minor propositio ex l.1.C.de Præscript. longi tempo.ibi. Quod si prior possessor inquietatus est, & si postea per longum tempus sine aliqua interpellatione in possessione remansit; tamen non potest vti longi temporis præscriptione.

Contrariam sententiam habuerūt Ripa in l. 2. nu.28. C.de Eden.& Antonius Valla de rebus dubijs,q.15.

Argumēta sunt ista. Instantia perempta est perinde ac si lis mota nō fuisset, l. Cum lite mortua.ff.Iudicatū solui. Sed si nulla fuisset lis mota, possessor fructus interim suos fecisset,l.Bonæ fidei, ff. de acqu.rer.dom. Ergo idem statuendum lite mota & instantia perempta.

A Secundum argumentum. Si talis possessor fructus ex die litis contestatę in priori iudicio restituere teneretur, id propterea esset dicendum, quòd per litis contestationem videretur esse malæ fidei possessor. Sed consequens est falsum, Ergo & illud vnde sequitur.

Probatur minor propositio. Primò ex l.2.§ vlt.ff. pro empto. ibi. *Non interpellari vsucapionem meam litis contestatione.*

Secundò, quia non solet deterior conditio fieri eorū, qui litem contestati sunt,l.Non solet, de reg.iur.

Tertiò,quia nemo tenetur ius suum indefensum relinquere,l.Illud.ff.de petitione hæred. Ergo possessor non tenetur statim lite contestata rem actori restituere,consequenter si non restituat,sed retineat, non constituitur in mala fide.

Ad l.1.C.de præscript.longi temp.rēspondet Valla;illam legem nō loqui,quando instantia est perempta; sed cùm quæstio omissa est. Vbi enim instantia est perem-

B pta,nullus effectus remanet, vt in d.l.Cum mortua lite. ff.Iud.solui.

Sed mihi prior sententia verissima videtur, istis non obstantibus. Nam quod possessor in mala fide constituatur per litis contestationem, patet primò ex l.Nemo.C. de acq.& reti.poss.vbi Constantinus ait;Ita demum possessionem esse legitimam, *Cum omnium aduersariorum silentio,& taciturnitate firmatur. Interpellatione verò (inquit) & controuersia progressa,non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione,& causa in iudicium deducta,super iure possessionis vacillet,ac dubitet.* Secundò, ex l.Fiscus 38. ff.de iure fisci. Tertiò,ex l. Sed & si lege.§. Si ante.ff.de petit.hæred.vbi Iurisconsultus ita dicit. *Quoniam post litis contestationem omnes incipiunt malæ fidei possessores esse.* Et paulò infrà idem sæpiùs repetit.

Si dicatur id non procedere, quando post litem contestatam perempta est instantia, quia possessor credere potest petitorem,qui deseruit instantiam,nullum ius ha-

C bere. Respondeo, id non obstare, quia etiam instantia perempta,durat effectus malæ fidei,quæ per litis contestationem inducitur.quod probatur tùm argumento d.l. 1.C.de Præscript.long. temp. tùm ea ratione, quòd possessor credere potest actorem destitisse eam ob causam, quòd ab alijs fortè negotijs esset impeditus,vt in l.vlt.C. de Præscript. longissimi temp.30. vel 40. anno. & si suo iuri confidebat,actore cessante,debebat ipse possessor ac reus instare,vt causa expediretur,iuxta l.Properandum. §.Et si quidem.C. de Iudicijs.

Ad primum argumentum cōtrariæ sententiæ respondeo, lite mortua, seu perempta instantia, omnia extingui,quæ pertinent ad litis ordinationē. ita loquitur text. in d.l.Cum lite mortua. Cæterùm effectus malæ fidei, qui iam per litis contestationem inductus est, non tollitur,etsi perempta sit instantia.

Ad secundum respondeo, non probari quod assumitur in argumento,nempe per litis contestationem, ma-

D lam fidem non induci quantum ad effectum, de quo loquimur,nempe vt possessor fructus suos faciat. Nam qđ dicitur in l.2.§.vlt.ff.pro emptore, id non pertinet ad factum, sed ad ius, hoc est, ad vsucapionem pertinet, non autem ad fructuum perceptionem: Inter hæc autem latum est discrimen,quia in percipiendis fructibus, quælibet momenta temporis spectamus,in vsucapione autem initium,l.Bonæ fidei.§. In contrarium.l. Qui bona fide. ff. de acquir. rer. dom. Quod verò dicitur, Non solere ex litis contestatione ius litigatorum deterius effici,l.Non solet. ad rem nostram non pertinet, sed aliò, quia per litis contestationem actio perpetuatur, & multa alia sequuntur commoda, vt declarant Glos. & docto. in d. l. Non solet. Sed quantum ad malam fidem, fit possessoris conditio deterior,vt dictum est,quia scilicet incipit dici malæ fidei. Neque verò nos dicimus possessorem debuisse ius suum indefensum relinque-

re,aut ſtatim actori rem tradere;ſed dicimus ex litis conteſtatione effici malæ fidei poſſeſſorem, quia iam de ſuo iure dubitare ac vacillare incipit.

Quod poſtremò dicebatur, textum in l.1. C.de Præſcript. longi tempo. non loqui, quando litis inſtantia eſt perempta,nihil mouere debet: tùm quia loquitur,quando lis incepta,fuit omiſſa,quod poteſt fieri etiam lapſu totius temporis inſtantiæ præfixo, imò loquitur textus,vbi tempus longum præterijt,tum quia eſt eadem ratio,ac ſi perempta eſſet inſtantia, vt patet.

CAPVT LXI.

Quomodo ſit accipiendum, quod dicitur, neminem eſſe cogendum ſtare pacto de litigando coram Iudice non ſuo, ad interpretationem l.Si conuenerit.ff.de iuriſ.om.iud & l.pen.C.de Pactis.


APhricanus ait: *Si conuenerit, vt alius præterquam cuius iuriſdictio eſſet, ius diceret, & priuſquam adiretur, mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur eiuſcemodi conuentioni ſtare.* l.Si conuenerit. ff. de Iuriſdiction.omnium Iudicum &c.

Contrà, Iuſtinianus in l.penult. C.de Pactis: *Si quis in conſcribendo inſtrumento,ſeſe confeſſus fuerit non vſurum fori præſcriptione, &c. Sancimus nemini licere aduerſus ſua pacta venire,& contrahentes decipere,&c.*

Reſpondent Bartolus & alij veteres communiter, Imperatorem loqui, cùm quis iure communi ſubiectus eſt iuriſdictioni alicuius,ſed ex ſpeciali priuilegio eam iuriſdictionem declinare poteſt:tunc cogitur pacto eiuſcemodi ſtare, quia facilè res reuertitur ad ius priſtinum.l.Si vnus.§.Pactus ne peteret.ff.de Pactis. Aphricanum verò loqui, cùm iure communi quis non eſt ſubiectus eius Magiſtratus imperio, cui pacto ſe ſubijcit; tunc non eſt cogendus pacto ſtare.

Sed obſtat, quòd ratio Iuriſconſulti nulla ſit alia, niſi quòd illud pactum nudum ſit, & ideò nullam producat obligationem l.Iuriſgentium. §.Igitur nuda.ff.de Pactis: quæ ratio locum habet etiam in alia ſpecie,de qua Imperator loquitur.

Secunda eſt ſolutio Decij in d.l.penult. nume.8.& in cap.1.de iud.col.10.Imperatorem loqui,vbi is,qui renunciauit præſcriptioni fori, voluntatem ſuam mutat altero inuito; Iuriſconſultum verò, quando vtraque pars conſentit.

Non rectè meo iudicio, quia nullũ verbum eſt in d.l. Si conuenerit,quo ſignificetur vtriuſq; partis conſenſus.

Tertia eſt ſolutio vera, vt mihi videtur, quam attulit Antonius Goueanus in commentarijs d. l. Si conuenerit, & Iacobus Cuiacius ad Aphricanum Tract.7.legem Aphricani capiendam eſſe de pacto nudo, Iuſtiniani verò legem de pacto contractui adiecto, quod propterea nudum non eſt,& obligationem parit.Id patet ex verbis Iuſtiniani.Sic enim ait: *Si quis in conſcribendo inſtrumento ſeſe confeſſus fuerit,non vſurum fori præſcriptione,&c.* Et rurſus; *Sancimus nemini licere aduerſus pacta ſua venire & contrahentes decipere.* Hæc verba oſtendunt pactum in ipſo inſtrumẽto contractus, ſeu in ipſo contractu, vel in continenti poſt,adiectum fuiſſe. Porrò pacta huiuſcemodi,quæ contractibus adijciuntur ineſſe cõtractui & obligationem parere notiſſimum eſt ex l. In bonæ fidei. C. de Pactis,& ex alijs locis. Et hæc ſententia magis placet quam Duareni ad tit.de Iuriſd.cap.6. exiſtimantis Aphricanum à Iuſtiniano corrigi. Cum nullum verbum in lege Iuſtiniani reperiatur, vnde colligi poſſit ea correctio. Quod igitur non mutatur, cur ſtare prohibetur.l.Præcimus.C.de appell.

Sed cõtrouerſia eſt, an & eo caſu locũ obtineat Aphricani ſententia,quo iureiur. pactum eſt firmatum. Affir-

A mant Antonius Butrius, Abbas & Decius in c.1.nu.23. de iud.eo argumento, quòd iuramentum ſequatur naturam principalis obligationis,l.vlt. ff. qui ſatiſd. cog.l. vlt.C.de non nu.pecu.

Sed contraria ſententia mihi verior videtur, quæ & communior eſt,vt patet ex Couuar.in c.Quamuis.de Pactis,lib.6. in 1.part.§.4.nu.7. & ex Seraphino,priuil.74. nu.165.Moueor eo argumento,quòd iuramentum obligat iurantem poſthabitis Iuris ciuilis regulis, vt in c. Cũ contingat,de iureiur.Quare cùm obligetur iurans,cogetur & iuramento ſtare, nec ab ea pactione poterit recedere. Non obſtat argumentum, quia vt aliàs dictum eſt, quod attinet ad vim obligandi iurantem, non inſpicitur natura principalis obligationis. Nam etſi illa non oriatur,& contractus non obliget, & improbetur iure ciuili, iuramentum tamen ſuam producit obligationem, vt in d.c.Cum contingat.

B

CAPVT LXII.

Vtrum ex ſententia Iudicis,dominium transferatur.


VAriæ ac diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Prima eſt Accurſij in §. vlt. in Inſtit. de officio Iudicis. Alexandri in l. Pomponius.§. Si iuſſu,nu.9.& 10.ff.de Acquir.poſſeſ.& aliorum,quos commemorat Iaſ.in l.Ex hoc Iure.nu.44.ff.de Iuſt.& Iur.dominium transferri per ſententiam.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex d.§.vlt.in Inſt. de offic.Iud. in illis verbis: *Quod autem in iſtis Iudicijs alicui adiudicatum fuerit, id ſtatim eius fit cui adiudicatum fuit.*

Secundum,ex l.Statuliberi à cæteris §.Quintus.ff. de Statuliberis,in illis verbis: *Sed veriſſimũ eſt,quod & Ariſto Celſus ſcripſit, poſſe dari pecuniã hæredi ab eo ſtatu libero, ſecundum quem ſententia dicta eſt, quoniam lex XII.Tabul.*
C *emptionis verbo omnem alienationem complexa videtur; nec intereſſe quo genere quiſque dominus fieret.*

Tertium eſt ex l.3.§.Item quæri poteſt.ff.de Reb.eorum,&c.in illis verbis: *Idemq; erit dicendum, etſi fundus petitus ſit,qui pupilli fuit, & contrà pupillum pronũciatum, Tutoresq; reſtituerunt. Nam & hic valebit alienatio propter rei iudicatæ authoritatem.*

Quartum argumentum. Factum à Iudice reputatur factum ab ipſa parte,l.Si ob cauſam.C.de Euictio. Sed ſi pars condemnata rem traderet, ex iuſta cauſa transferret dominium, ergo & per ſententiam Iudicis transfert.

Poſtremũ argumentũ.Ex cauſis,quibus à non dño re tradita vſucapiendi conditio acquiritur, ſi res à domino tradatur, dominiũ acquiritur.l.Clauibus.ff de contrah. empt.Sed vſucapiendi conditio acquiritur,ſi per ſententiam Iudicis,res adiudicetur,l.Si per errorẽ.ff.de vſucap. l.Pomponius.§.Si iuſſu.ff.de Acquir. poſſ Ergo ſi res adiudicetur,eius,qui ſit dominus, transfertur dominium.

D Secunda eſt ſententia Gloſ. in l.Exceptio. ff. de exceptione rei iud. Petri,Cyni,Raynerij & aliorum à Iaſone citatorum in d.l.Ex hoc Iure,nu.44.ff.de Iuſt.& Iur. nõ transferri dominium per ſententiam.

Fundamentum eſt, quia cùm per ſententiam res mea tibi adiudicatur,eo per textum,quòd ſit tua, ibi procul dubio error interuenit. Error autem dominij translationẽ impedire ſolet,l.3.§.Subtilius. ff. de condict. cauſa data. Si verò nullus error interueniat,ſed res tua ſit,dominiũ per ſententiam transferri non poteſt,tùm quia illud iam habes. §. Sic itaque diſcretis Inſtit. de Action.tùm quia ſententia declarat dominium ad te pertinere, & ad hoc tendit actio inſtituta, non autem illud transfert.l. Et ex diuerſo. §. 1. ff. de rei vendic.l.Pomponius. §. Sed & is. ff.de Procurat.l.Sicuti.§.Si quæratur.ff. Si ſeruitus vendicetur.

Tertia eſt ſententia Bart. in d.l.Ex hoc iure. In actione perſonali, dominium transferri per ſniam, ſi ad hoc

illa ten-

illa tendat, vna cum actione instituta; In reali verò non transferri, si secundùm reum proferatur: Cæterùm, si pro Actore, qui dominus non sit, transferri.

Quarta est sententia Hostiensis & Ioan. Andr. in cap. Proposuit. de Conceff. præben. Per sententiam Iudicis dominium transferri in Iudicijs vniuersalibus, secus in particularibus.

Ego verò priorem sententiam magis probo, si modò, & sententia & actio instituta in eum finem tendant, vt dominium transferatur, sicuti dicebat Bart. & moueor authoritate d. §. vlt. in Instit. de officio Iudicis, & deinde hac ratione, quòd sententia videtur esse iusta causa, per quam, traditione secuta, dominium transferatur. Quæ verò in contrarium adferuntur, locum sibi vendicare possunt in eo casu, quo, vel error admittitur, vel sententia & actio instituta, ad alium finem tendunt.

CAPVT LXIII.

Vtrum leges, quæ præscriptionem inducunt cum mala fide, Iure Canonico sint correctæ.

VAriè atque dissidentes sunt Doctorum sententiæ circa leges, quibus præscriptio inducitur, mala fide non obstante, An & quomodo sint Iure Canonico sublatæ.

Ac prima quidem opinio est Glos. in cap. vlt. de Præscript. nec non Practici Papien. in forma responsionis rei conuenti, in verbo. Præscriptionis, Iure Canonico sublatas non esse, sed seruandas in foro ac iurisdictione Cæsaris, Canones verò in foro Pontificis.

Et fundamentum est, quòd tex. in d. c. vlt. de Præscript. leges ciuiles non corrigat, sed tantum dicat; nullam præscriptionem cum mala fide valere, siue Canonicam, siue Ciuilem. Quorum verborum sensus esse videtur, siue de re temporali agatur, siue de re spirituali & ecclesiastica, nullam Iure Canonico, atque in foro ipso Ecclesiastico, valere præscriptionem cum mala fide.

Sed reijcitur communiter hæc interpretatio, quia sensus dictorum verborum longè est diuersus. Quod enim ait S. Pontif. *Definimus, vt nulla valeat absque bona fide præscriptio, tàm Canonica, quàm Ciuilis*, nihil aliud significat, nisi omnem præscriptionem, tàm à lege Ciuili inductam, quàm à sacris ipsis Canonibus, corruere, & nullius esse momenti, propter malam fidem.

Secunda est sentētia Hostien. in summa de Præscript. tit. quæ res præscribi possunt. col. 1. vers. Actiones verò personales, & Bart. in l. Sequitur. §. Si viam. ff. de vsucap. Præscriptionem quidem rerum cum mala fide non procedere, secus in præscriptione actionum.

Et fundamentum est, quia S. Pontif. dum statuit præscriptionem cum mala fide non valere, semper loquitur de possessore rei alienæ. Id patet ex cap. Possessor malæ fidei, de reg. Iur. lib. 6. & ex d. cap. vlt. de Præscript ibi: *Oportet, vt qui præscribit, in nulla tēporis parte rei conscientiam habeat alienæ.* Quamobrem leges, quæ de actionum præscriptione loquuntur, eamq; per longissimum tēpus inducunt, non videntur esse sublatæ.

Sed obstant huic expositioni illa verba dicti cap. vlt. *Nulla valeat absque bona fide præscriptio.* & rursus obstat ratio qua mouetur S. Pōtif. Quòd, videlicet, omne, quod non est ex fide, peccatum est, &c.

Tertia est sententia Panorm. in d. c. vlt. de Præscript. leges Ciuiles præscriptionem cum mala fide inducentes, in actionibus personalibus sublatas non esse, eo in casu, quo debitor non est in mora soluendi, nec offerre tenetur creditori debitam pecuniam. Nam si non fuerit ab eo petita, is videtur se præscriptione tueri posse, eamque præscriptionem non tam ex mala fide procedere, quàm ex negligentia creditoris non petentis.

Verùm obstat & huic sententiæ, quòd, licet creditor sit negligens, debitor tamen scit se obligatum esse, con-

A sequenter si post longissimum tempus ab eo petatur debita pecunia, non potest se præscriptione tueri, quia est in mala fide.

Quarta est sententia nonnullorum quos Couarruuias refert in cap. Possessor malæ fidei, in 2. parte §. 11. Leges correctas non esse, de quibus dictum est, quantum attinet ad forum externum, secus verò, quod attinet ad forum internum ipsius animæ & conscientiæ. Sed cùm dicat S. Pont. nullam præscriptionem valere, vbi mala fides adest, tàm Canonicam quàm Ciuilem, sequitur, vt neque in foro externo rectè obijci possit, aut aliqua eius ratio haberi debeat, secundùm tritam regulam. Non præstat impedimentum, quod de Iure nō sortitur effectum, præsertim, quia S. Pont. derogat omni legi & consuetudini, quę absque peccato mortali obseruari non potest, qualem procul dubio ibi existimat esse legem & constitutionem, quæ absque bona fide præscriptionem inducit.

B Quinta & postrema est opinio, vera & communis, vsu etiam recepta, Omnes leges & constitutiones, quæ præscriptionem absque bona fide inducunt, Iure Canonico sublatas & correctas esse, siue pertineant ad actiones reales, siue personales, & siue agatur de foro interno, siue externo. Ita docent Acharanus & Francus in d. cap. Possessor malę fidei. Imola & Felyn. in d. cap. vlt. Baldus de Præscript. in 2. parte 3. partis princip. q. 13. & alij quos refert & sequitur Couar. loco nuperrimè citato. Nec non Anton. Gabriel. comm. concl. tit. de Præscript concl. 3. nu. 3.

Probatur hæc sententia hoc argumento. Si Pontifex omnes leges prædictas tollere & corrigere potuit & voluit. Ergo sublatæ & correctæ esse censentur, quoniam ex potestate & voluntate, vt dicebat Aristoteles, actiones humanæ perfectionem accipiunt. Potuisse S. Pontificem, nemini dubium est, quia hic agitur de peccato, qua quidem in re propter animæ salutem, summam habet potestatem decernendi ac statuendi, vt in cap. No-

C uit. de Iudicijs. Voluisse autem, negari non potest, quia hoc expressè habetur in d. cap. vlt. de Præscript. & alibi. Vt nulla valeat absque bona fide præscriptio, tàm Canonica, quàm Ciuilis, quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, inquit S. Pontifex: *Et generaliter omni constitutioni & consuetudini derogandum fit, quæ absque mortali peccato obseruari non potest.* Vnde sic argumentatur S. Pontifex. Omni constitutioni est derogandum, quæ seruari non potest absque peccato mortali. Sed præscriptio sine bona fide peccatum continet, ac nutrit, quia omne, quod non est ex fide, peccatum est. Ergo legibus & constitutionibus, quæ illam admittunt & probant, derogandum est, quia sine peccato obseruari nō possunt. Et tantum sufficit de ista controuersia.

CAPVT LXIIII.

D *Vtrum præscriptione completa bona fide, si is qui præscripsit, cognouerit rem esse alienam, teneatur in foro conscientiæ eam restituere domino suo.*



DOctissimus vir Alciatus in libello de quinque pedum præscript. existimauit, præscriptionem in foro conscientię locum non habere, & ideo possessorem teneri, si cognouerit rem alienam esse, domino restituere. Idem docuerunt nonnulli Theologi, quos commemorat Couar. in c. Possessor malæ fidei, in 3. par. §. 2. & horum omnium illud est fundamentum, quòd in foro cōscientiæ cesset ratio præscriptionis, vt litium aliquando finis esset, & si quæ alia ratio adfertur, in eoque maximè bona fides vigeat, quam quilibet Christianus agnoscere debet, & vltrò rem ad dominum deferre. Quibuscunque enim verbis lex loquatur, iubeat, fingat, præsu-

mat, nunquam naturalem illam iustitiam abolere potest, in qua cardo omnis, fundamentumque Euangelicæ veritatis residet. Idem docuit Gregorius Syntagmate iuris lib.40.cap.8.nu.4.

Sed contraria sententia, quę crebriori calculo, tum Theologorum, tum Iurisconsultorum est recepta, mihi quoque magis probatur. Ita enim docuerunt Tiraquellus post alios de Pręscript §.1.Glos.2.Couuar.loco suprà citato. Franciscus Sarmient.lib.2.selectar.interpretationum,cap.10. & Alciatus sibi parum constans ad rub. de Pręscript.nu.13.

Fundamentum est præclarum ac solidum, quia qui præscripsit bona fide, iam dominium acquisiuit rei alienæ, consequenter eam alteri restituere non tenetur, quia non alterius, sed ipsius, qui præscripsit est. Absurdum verò est existimare, præscriptiones, quæ sacris Canonibus receptæ sunt, vimque habent in foro externo, ac possessorem tuentur, in interiori conscientiæ foro locũ non habere. Sic enim sequeretur eum peccare, qui sacris Canonum constitutionibus innititur, quo nihil est à veritate magis alienum. c. Qui peccat.23. quęst.4. Pręsertum cùm in hac ipsa præscriptionis materia, magnoperè sacri Canones inuigilarint, ne aliquod peccatum inducantur, vt in c.vlt.de pręscript.& alibi.

Quòd verò dicebatur, In foro animæ interiori, eam rationem non habere locum, cui præscriptionis leges innitũtur, nec posse leges rationem naturalem tollere, quæ dictat rem restituendam domino, nihil mouere debet, quia iustas ob causas inducta est præscriptio, ideoq; valet & obtinet, etiam in foro conscientiæ, sicut & aliæ leges, quibus ex iustis causis decernitur, dominio rei suæ aliquem priuari posse, & ratio illa naturalis iustas ob causas temperari à legislatore potest in aliquibus casibus, sicuti constat ex notatis in c. Quæ in Ecclesiarum, de constitutionibus, & alibi.

CAPVT LXV.

Vtrum is, qui dubitat, an res sua sit, vel aliena, possit præscribere.

SI possessor ab initio dubitauerit, an res sit sua, vel aliena, inter omnes constat, eũ præscribere non posse.

Cęterùm, si ab initio bonam fidem habuerit, & postmodum dubitare inceperit, Vtrũ possit Iure præscribere & vsucapere rem alienam, aliqua est inter Doctores controuersia. Etenim præscribere non posse talem possidentem, opinati sunt Anton.Butr. in cap.vlt.de Pręscript.& Dom.Sot.de Iust. & Iur.lib.4. art.4.q.4.

Fundamentum est illud, quòd pręscriptio requirat bonam fidem, dubitans verò, in bona fide esse non videatur, imò verò non procul esse à peccato, quandoquidem is, qui dubitat, an id quod facit, sit peccatum, in peccatũ incidit, iuxta sentẽtiam illam; Qui amat periculum, peribit in illo, vt habetur in c.Literas, de Restitutione spoliator.& in c.In pręsentia, de sponsal.

Sed contrariam sententiam & communiorem & veriorem esse iudico. Eam secuti fuere Panorm. Imola & Felyn.in d.c.vlt. Baldus de Pręscript. in 2. parte 3.partis princip.q 2.Couuar. ad c.Possessor malę fidei. in 2.par.§. 7.de reg.Iur.lib.6. Francisc. Sarmient.selectarum interpretationum, lib.2.cap.10.

Probatur hæc sententia ex dicto, cap.vltimo. Si principium cum fine iungatur. Sic enim ait in principio. *Definimus, vt nulla valeat absque bona fide præscriptio* (sed in specie nostra possessor bonam fidem habet) sequitur deinde textus: *Itaque oportet, vt qui præscribit, in nulla temporis parte, rei habeat conscientiam alienæ.* Sed possessor in quęstione proposita non habet conscientiam rei alienæ, qui enim dubitat, non dicitur habere scien-

A tiam, sicuti declarat optimè Bartol. in l.Admonendi, nu. 18.ff.de Iureiur. Igitur præscribere poterit.

Dubium autem est duplex, alterum speculatiuum vt vocant, alterum practicum. Speculatiuum, cùm quispiam dubitat, an res sit sua, vel aliena. Practicum verò cum dubitat, an possit illam retinere sine peccato.

Priori dubio implicitus, non est in mala fide, neque peccat, quia licet dubitet, An sua sit res, vel aliena, credere tamen potest, se iustè eam possidere, ac retinere posse, donec cognouerit alienam esse.

Posteriori verò dubio innolutus, peccat, & secundùm illud habent locum argumenta prioris sententiæ.

Cęterùm non de posteriori hoc practico dubio, sed de priori speculatiuo, communis, & nostra hæc sententia est accipienda. Vide etiam de hac re Vasq. Controuers. Illust.lib.2.cap.77.

B

CAPVT LXVI.

Vtrum mala fides Authoris noceat bonæ fidei successori, quò minus præscribere possit, seu vsucapere rem alienam.

HÆc res partim Iure definita est, partim controuersa, in successore quidem singulari definita est ex Auth.Malę fidei. C de Pręscript.longi temporis Cæterùm in vniuersali successore, qualis est hęres, dubia est & controuersa, vti videre licet ex Panorm. Felyn & alijs Doctoribus, in cap. Si diligenti, de Præscript. ex Dino in regul. Possessor malę fidei, de regulis Iuris, libro sexto, & ex Didac. Couuar. eodem in loco, in secũda parte Relection.§.9.

Ego verò in eorum sententiam magis descendo, qui hæredem negant præscribere posse, quamuis sit in bo-
C na fide, si defunctus, cui successit, malam fidem habuerit.

Moueor inprimis authoritate tex. in l.Cum hęres. ff. de diuers. & tempor. pręscript. vbi Iurisconsultus ita dicit: *Cum hæres*, inquit Papinian. *in ius omne defuncti succedat, ignoratione sua, defuncti vitia non excludit, veluti cum sciens alienum, vel precariò possedit, quamuis enim precarium heredem ignorantem non teneat, tamen vsucapere non poterit, quod defunctus non potuit.*

Secundò, authoritate tex. in l. Nec vsufructuarium. C.de vsucap. pro hęrede. *Nec vsufructuarium*, inquit textus, *ad obtinendam proprietatem rerum, quorum vsumfructum habet, neque successores eius, vlla temporis ex ea causa tenentes præscriptio munit.*

Tertiò, ex Iuris Canonici regula, quę habet; Herẽdẽ obligari ad exonerandam defuncti conscientiam, vt vulgò dicitur, c.vlt.de sepultur.cap.In literis, de Raptor.cap.
D Tua nos, de Vsuris. c.Si Episcopum. 16 quęst.6. Si ergo defunctus malam fidem habuit, quippe qui sciebat rem alienam esse, tenebatur rem domino restituere, si non restituit, & ad hęredem ea res peruenit, is tenetur exonerare eius conscientiam, & sic domino rem restituere, nõ autem vsucapione suam facere.

Fundamentum cõtrariæ sententiæ infirmum est, nec magno labore opus est in eo refutando. Est enim in eo positum, quòd hęres sit in bona fide. Concedo. Qui est in bona fide præscribere potest. Concedo. Ergo hęres præscribere potest. Nego, quia minor propositio in vniuersum vera non est, excipiendus est enim ille casus, quo quis in vitia defuncti succedit. Etsi enim bonam fidem habeat, vitia defuncti non excludit, neque præscribere potest, quod defunctus non potuit. d.l.Cum hęres. Non ignoro Vasq. lib.2. Controuers. Illustr. cap.73. aliter docuisse, sed eius argumentis alio in loco satisfaciam, lib. 10.Controuers.cap.vlt.

CAPVT

CAPVT LXVII.

Quomodo sit accipiendum, quod vulgò receptum est, ac dici solet: post longissimum tempus, malam fidem allegari non posse contra possessorem: & an sit verum.

MAlam fidem aduersus possessorem longissimi temporis, allegari non posse docuit Bart. in l. vlt. C. Vnde vi: illius textus authoritate adductus, nimirum propter illa verba in fine posita. *Si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserint curricula.* Bartolum secuti sunt alij, vt testatur Couuar. ad cap. Possessor malæ fidei, de reg. Iur. lib. 6. in 2. parte, §. 8. nu. 3.

Iam controuertitur, quomodo id accipiendum sit. Prima est sententia Cornei. in cons. 207. col. 2. lib. 3. quem refert, & sequitur Crauetta in cons. 146. nu. 5. accipiendum esse illud dictum, quoad effectum, d. l. vlt. C. Vnde vi. cùm enim ea lege caueatur, vt nemo possit absentis possessoris possessionem inuadere, ac inuadens eam restituere teneatur, ea allegatione reiecta, quod per ignorantiam se alienam rem occupasse dicat, dum propriam esse putaret, excipitur ille casus, quo ex die occupationis triginta anni effluxerint, consequenter, quod ad eam speciem attinet, malæ fidei præsumptio ex lapsu trigintaannorum cessat.

Verùm obstat huic interpretationi, quòd si in ea specie d. l. vlt. ita statuendum est, nil proponi videtur, cur & in alijs similibus idem statuendum non sit, nam vt Iulianus dicebat, non possunt omnes articuli singulatim, aut Legibus, aut Senatusconsultis comprehendi, sed cũ in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui Iurisdictioni præest ad similia procedere, atque ita Ius dicere debet. l. Non possunt. ff. de legibus.

C Secunda est opinio eiusdem Crauettæ in d. cons. 146. nu. 6. quem secutus est Hippol. Rimin. in cons. 249. lib. 3. Communem illam assertionem intelligendam esse, vt locum habeat inspecto Iure Ciuili. Cæterùm Iure Canonico nequaquam vera est, quoniam omnis præscriptio, etiã longissimi temporis, Iure Canonico sublata est absque bona fide.

Sed obstat illud, quod licet Iure Canonico ita constitutum sit, non tamen est sublata communis assertio, de qua loquimur, nempe post longissimum tempus malam fidem non præsumi.

Tertia est sententia eiusdem Crauettæ, & Riminaldi locis annotatis, & ante eos Aretini in cons. 154. adhibendam esse distinctionem inter malam fidem veram, & præsumptam. Mala fides vera semper allegari potest, semperque præscriptionem infirmat, præsumpta verò nequaquam. Quare si quis probet rei alienæ possessorẽ, etiam longissimi temporis, reuera nõ ignorasse rem alienam esse, exceptio malæ fidei obtinebit, & impediet D præscriptionem. Cæterùm si hoc obijciatur longissimi temporis possessori, quod præsumatur esse in mala fide, rem alienam non ignorasse, quodque credere debuerit, quod suum non erat, ad alios pertinere, isthæc allegatio & exceptio nihil oberit, quia vires non habet post longissimũ tempus elapsum.

Ego verò longè diuersam ab his opinionem habeo, Nam quod attinet ad l. vlt. C. Vnde vi; nihil illa aliud docet, nisi Possessorem rem, quá occupauit, restituere oportere, nisi triginta annorum curricula excesserint. Verba textus sic habent. *His videlicet, quæ super recipienda possessione à nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserint curricula.* Hic de præsumenda, vel non præsumenda mala fide post longissimum tempus, deque potestate eam allegandi, vel nõ allegandi, nullum verbum animaduerto. Suprà quidem Imperator dixit, *Ridiculum etenim est*

A *dicere, vel audire, quod per ignorantiam, alienam rem aliquis, quasi propriam occupauerit; omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere.*

Cæterũ hæc allegatio, hæc præsumptio, hæc obiectio, non tollitur ex lapsu longissimi temporis, quoniam & post longissimum tempus mala fides possessoris durat, qui alienam rem occupauit, sed tollitur condictio ex illa lege, sicut & omnes aliæ actiones regulariter per triginta annorum spacium tolluntur, mala fide possessoris nõ obstante, vt in l. Omnes, & in l. Sicut. C. de Præscript. longissimi temporis. Quod verò dicitur de mala fide præsumpta, nihil est, quia bona fides præsumitur in possessore, vt notum est, consequenter etiam ante longissimum tempus, malæ fidæi præsumptio cessat, & qui dicit possessorem malę fidei esse, id probare debet: leges sunt hac de re claræ & notissimæ. Quare sic statuo, bona tantorũ Patrum venia; huius communis assertionis fundamentum nullum esse, ac proinde quomodo accipienda sit, B superuacaneam esse indagationem.

CAPVT LXVIII.

Vtrum Statutum Ciuitatis, quo cauetur, vt nisi intrà certum tempus Creditor petierit debitum, excludatur, valeat, & seruandum sit?

VAriæ ac inter se dissidentes sunt Doctorum sententiæ de statutis, quæ in Italia potissimũ multis in locis vigent, & quibus ita cauetur, vt nisi intrà certum tempus creditor sibi debitum petierit, excludatur à Iure suo, an valeant & seruanda sint. Nam valere ac seruanda esse in pœnam negligentis Creditoris Bart. existimauit, in l. Sequitur. §. Si viam. ff. de Vsucapion. & cũ eo multi alij, quos commemorat Ant. Gabriel. commu. concl. tit. de præscript. concl. 4.

Cæterùm non valere huiuscemodi statuta, quia pecca C tum inducere videantur, propter malam debitoris fidẽ, responderunt Io. Andr. & Anchoran. in c. 2. de Except. lib. 6. & multi alij à Gabrielio citati loco annotato.

Alij distinctione hac vtuntur, vt si quidem statuti verba ad debitorem referantur, non valeant, si ad Creditorem, valeant. Ita Castren. in d. § Si viam.

Sunt & qui distinguant, vtrum debitum sit iuratum, necne, vt primo casu non valeant, secundo autem casu valeant. Ita Ang. Rom. & Ias. in l. Nam & postea. §. Si is qui temporali. ff. de Iureiur.

Alij, vtrum statutum creditorem excludat à Iure suo, an verò debiti probationem infringat; priore casu illud non valere docent; posteriore casu valere existimant. Ita Alex. in cons. 170. lib. 7. Socin. sen. in cons. 120. num. 19. lib. j. Ant. Gabriel. commun. concl. tit. de Statutis. concl. 11. nu. 12. Hieron. Gabriel. in cons. 4.

Alij denique statutum valere, quatenus debiti probationem infringit, putant, si modò iusta ratione id fiat. D aliàs secus. Ioan. Andr. in Addit. ad Specul. tit. de Instru. edit. §. compendiosè, super verbo, sed nunquid. vers. sed conuerso casu. Anton. Butr. & Abbas. in c. 2. de Probat. Ego verò omnem hanc controuersiam sequentibus conclusionibus dirimi posse iudico.

Prima conclusio. Statutum, quo cauetur, vt si creditor non petierit debitum intrà certum tempus, excludatur à Iure suo, non valet, siue verba ad creditorem dirigantur, siue ad debitorem, si modò debitor sit in mala fide. Probatur hæc assertio, ex c. vlt. de Præscript. in illis verbis. *Cùm sit omni consuetudini, & constitutioni derogandũ, quæ absque mortali peccato seruari non potest.* Et suprà S. Pontifex sic statuit, vt nulla valeat absque bona fide præscriptio, tàm Canonica, quàm Ciuilis.

Secunda conclusio. Statutum huiusmodi Creditorem excludens, & debiti probationem infringens, si ob iustã causam conditum esse non appareat, nõ valet. Probatur hæc cõclusio, primò, ex c. 2. de Probation. Quatenus ibi

S. Pon-

S. Pontifex improbat consuetudinem, quæ absque iusta causa probationibus factis derogabat. Secundò probatur, quia statutum sicut, & lex, debet esse iustum. c. Erit autem lex. 4. dist. Innocent. in c. Plerisque in fine. de Immun. Ecclesiar. Abbas in d. c. 2. n. 4. de Probat. Tale autem statutum est iniustum, quia legitimis probationibus fides est adhibenda. Tertiò, quia tale statutum probationem infringens, licet non directè, attamen effectu ipso considerato præscriptionem inducit cum mala fide, neq; seruari potest absq; mortali peccato, quoniam debitor scit se debitorem esse, creditor verò id probare non potest, atq; ideo excluditur & priuatur iure suo.

Tertia conclusio. Statutum, de quo agitur, si probationem infringat ex iusta & legitima causa, valet & seruandum est. Probatur hæc sententia, quia lex potestatem habet ex iusta & probabili causa, iustam & plenam probationem infirmandi, id patet, quia legitima probatio regulariter conficitur ex duobus, vel tribus testibus, iuxtà illud, In ore duorum, vel trium stat omne verbum. c. Cum esses. de Testam. c. In omni negotio. de Testibus, c. Forum. §. In omni negotio. de verbor. significatione, & tamen iustè ad fraudes tollendas sancitum est, vt in testamentis septem requirantur, in Codicillis quinque, & in alijs multis casibus. Iustam verò causam hic ego non præsumo, nec facilè probari posse iudico.

Postrema conclusio. Huiusmodi statutum ex iusta causa probationem infirmans, valet & locum habet, etiam in debito iurato. Probatur hæc conclusio, quia iuramentum adhibetur, ad contractum confirmandum, non autem ad probationem inducendam. Probatio enim differt ab eo, quod in obligatione continetur. Igitur hoc in casu iuramentum nihil operatur, quia scilicet ipsum iuramentum probari non potest, vti dicebat Alciat. in c. Cum contingat. n. 242. de Iureiu. Et ideo receptum est, Iuramentum nequaquam habere vim, & potestatem supplendi solennitatem probatoriam, vt loquuntur nostri, talis enim solennitas Iure publico inuenta est, ac proinde pacto & iuramento partium suppleri non potest. Vide Bart. in l. Si quis pro eo, n. 13. ff de Fideiuss. Panorm. in c. Cum contingat. n. 24. de Iureiu. & Gabriel. commu. concl. tit. de statut. concl. 11. n. 12.

CAPVT LXIX.

Vtrum aduersus præscriptionem competat, maioribus viginti quinque annis in integrum restitutio, ex causa iustæ & probabilis ignorantiæ.



Controuersi Iuris est, an aduersus præscriptionem maioribus XXV. annis competat in integrum restitutio ex causa iustæ & probabilis ignorantiæ, vt videre licet ex Didaco Couuar. in c. Possessor malæ fidei. in 3. parte. §. 3. de Reg. Iur. lib. 6. Abbate & Felino in c. Vigilanti. de Præscript. Pinello in Auth. Nisi Tricennale. n. 58. C. de Bonis matern. Cravett. in consil. 201. Boerio decis. 39. Sfortia Oddo de Rest. in integ. parte 2. quæst. 90. Francisco Sarmiento selectar. interpret. lib. 2. cap. 10. & Federico Scoto, in cons. 1. lib. 4 com. 2.

Ego eam sententiam vsu forensi receptam esse non ignoro, quæ restitutioni fauet. Sed tamen contrariam sententiam, legibus esse magis consentaneam existimo, quam imprimis confirmabo, deinde communis sententiæ argumenta refutabo.

Igitur maioribus XXV. annis ex dicta causa non competere restitutionem aduersus præscriptionem, his argumentis probatur.

Primum sumitur ex l. vlt. C. de Præscript. longi temporis, in illis verbis: *Nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio.* quibus verbis hoc Imperator vult, vt præscriptio locum habeat, tàm contrà scientem, quàm contrà ignorantem,

A ne si duntaxat contrà ignorantem locum habeat, ob eam causam nouæ lites & dubitationes exoriantur. Ergo restitutio aduersus præscriptionem non est concedenda ex causa ignorantiæ, ne super ignorantia vel scientia, nouæ oriantur lites vel dubitationes.

Secundum est ex l. Sicut. C. de Præscript. XXX. vel XL. annorum, vbi postquam Imperator dixit, eam præscriptionem contrà omnes locum habere. *Non absentia,* inquit, *non militia contra eam legem defendenda, sed pupillari ætate duntaxat huic eximenda sanctioni.*

Tertium est ex l. omnes C. eod. tit. Vbi dicitur, Eum qui præscripsit, plenissima munitione securum esse, quod sanè verum non esset, si restitutio in integrum competeret aduersus ipsam præscriptionem ex causa ignorantiæ.

Quartum est ex l. vlt. C. de fundis patrimonial. lib. 11. in illis verbis. *Nullam penitus super dominio memoratorum omnium fundorum, &c. a publico actionem vel molestiam, vel quamlibet inquietudinem formidare, &c.*

B Quintum est ex l. vni. C. de Vsucapione transformanda. vbi Iustinianus commemorans antiquas circa præscriptionem constitutiones, easque corrigens, quoad tempus præscriptionis, clarè indicat præscriptionem vim habere, ac efficaciam, etiam aduersus ignorantes. Sic enim ait:

Sed si quis res alienas, Italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur, & nullus eis ad eas reseruabatur regressus, quæ, & nescientibus dominis procedebant, quo nihil inhumanius erat, si homo absens, & nesciens, tam angusto tempore suis cadebat possessionibus. Quam quidem temporis angustiam ibi corrigit Imperator duntaxat, & sic antiquæ leges valent, quibus præscriptio etiam ignorantibus nocet.

Sextum est ex c. Ad aures. de Præscription. ibi: *Quadragenalis præscriptio, omnem prorsus actionem excludit.*

Septimum argumentum, ac postremum est huiusmodi. Quia videlicet absentibus propter iustam ignorantiam maius tempus conceditur, vt suas res perquirant.
C Quare si intra constitutum tempus non perquisierint, meritò excluduntur. Item; quia si restitutioni locus esset propter ignorantiam, nunquam, vel rarò præscriptio locum haberet; quis. n. sciens pateretur suas res ab alijs vsucapi?

Respondent contrariæ sententiæ Authores, his argumentis probari, Præscriptionem etiam ignorantibus obesse, sed non probari, nec idcirco colligi posse, restitutionem esse denegandam. Nam & absentibus Reipublicæ causa nocere solet, qui tamen in integrum restituendi sunt. Rectè, si leges extarent, quibus & ex causa ignorantiæ, restitutionem esse concedendam caueretur, sicuti ex causa absentiæ, Reipublicæ causa, cautum est, Sed nulla extat lex tale aliquid dicens, & multæ contrà extant constitutiones ac leges, quibus contrarium suaderi probabiliter potest.

Sed iam videamus quantum habeant momenti sententiæ communioris argumenta.

Illud in primis adfertur, quod habetur in l. 1. ff. Ex qui-
D bus causis maiores in integrum restituantur. *Si qua alia iusta mihi causa esse videbitur in integrum restituam.* Respondeo, Non ita simpliciter textus dicit, sed ita. *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur. in integrum restituam, quoad eius per leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta, decreta Principum licebit.* At nulla extat lex, nullum decretum, quo ignorantiam esse iustam restitutionis causam aduersus præscriptionem demonstrari possit.

Si dicatur, sufficere, nullam esse legem, quæ restitutionem prohibeat, quia sic illa verba edicti accipienda sunt, l. Nec non. §. quod eis. ff. ex quibus causa maio. ibi. *Quæ clausula non illud pollicetur, se restituturum, si leges permittant, sed si leges non prohibeant.* Item sufficere, si æquitas restitutionem suadeat, sic enim illa verba. *Si qua alia mihi iusta causa videbitur,* accipienda sunt, vt in l. Sed & si per Prætorem. §. Item inquit Prætor. ff eod. tit. Respondeo, leges hoc in casu restitutionem prohibere, si non expressè,

faltem

saltem tacitè: quia videlicet etiam ignoranti nocere voluit præscriptionem, Nec ratio æquitatis restitutionem dari postulat, quia sic nunquam esset litium finis, & parum ipsa præscriptio prodesset, cùm scientes res suas ab alijs detineri, sæpius interrumpant præscriptionem, & longum tempus, ideo sit constitutum, vt perquirendi res suas dominis facultas daretur.

Secundò adfertur tex. in l. 1. §. Si quis propter. ff. de Itinere, actuque priuato. Respondeo, textum non loqui de impedimento, quod ex ignorantia procedit. Sic enim habet. *Si quis propter inundationem vsus non sit itinere, actuq; hoc anno, cùm superiore vsus sit, potest repetita die hoc interdicto vti, per in integrum restitutionem, ex illa parte edicti, si qua mihi iusta causa videbitur.*

Tertiò adfertur tex. in l. Et Atticilinus. ff. de seruitutibus rustic. prædior. Respondeo. Restitutionem dari in ea specie ex alio impedimẽto, quàm ignorantiæ, sic enim ait textus. *Hi, qui ex fundo Sutrino aquam ducere soliti sunt, adierunt me, proposuerunt q; aquam, qua per aliquot annos vsi sunt, ex fonte, qui est in fundo Sutrino, ducere non potuisse, quod fons exaruisset, & postea ex eo fonte aquam fluere cepisse, petierunt q; a me, vt quod ius non negligentia, aut culpa sua amiserant, sed quia ducere non poterant, his restitueretur. Quorum mihi postulatio, cùm non iniqua visa sit, succurrendum his putaui. Itaque quod ius habuerunt tunc, cum primum ea aqua ad eos peruenire non potuit, id eis restitui placet.*

Quartò adfertur tex. in l. Ab Hostibus. ff. ex quibus causis maiores. Respondeo, textum loqui de absente ab hostibus capto, non autem de ignorante.

Quintò adfertur tex. in l. Si partem. §. 1. iuncta Glo. ff. Quemadmod. seruitus amittatur. Respondeo, textum illum potius fauere sententiæ nostræ, & Glo. in verbo, Non vtendo, quæ restitutionem in causa ignorantiæ concedendam arbitratur, niti authoritate l. Et Atticilinus. ff. de seruitut. rust. præd. qui tex. ad hanc rem non pertinet, vt suprà dictum est. Iurisconsulti verba, in d. l. Si partem. §. 1. hæc sunt. *Si per fundum meum viam tibi legauero, & adita mea hereditate, per constitutũ tempus ad amittendam seruitutem, ignoraueris eam tibi legatam esse, amittes eam non vtendo.*

Sextò adfertur illa ratio, quòd cùm ex causa infirmitatis & absentiæ, & ex alijs iustis impedimentis restitutio concedatur, sit etiam ex causa ignorantiæ concedenda; quia iustum impedimentum adferre videtur. Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam idcirco tempus ignoranti datur à lege, vt res suas perquirat, ne iustam conquerendi causam habeat, & vt si vel noluerit, vel non potuerit, iura sua inuenire, id vel negligentiæ suæ, vel fato adscribat, neque enim perpetuæ lites esse debent in Republica, & dominia rerum in incerto esse.

Postremò adfertur illa ratio, quòd præscriptio inducta esse videatur in odium negligentis. Is autem qui ignorat, negligens esse non dicatur. Respondeo, bono publico inductam esse vsucapionem, ne semper dominia rerum in incerto essent, & vt aliquando litium finis esset. l. 1. ff. de Vsucapion. l. vlt. ff. Pro suo.

CAPVT LXX.

Vtrum præscriptione, siue vsucapione acquiratur dominium directum, an verò vtile tantum.

Tile dominium, si nostrorum interpretum loquendi vsum, & placita spectemus, duobus modis dicitur. Primùm illud quod opponitur directo dominio, secundò id, quod ex directo dominio pendet, quale dicuntur habere Emphyteutæ, & Vassalli: de qua quidem appellatione aliquibus quidẽ probabili, aliquibus non satis probabili, iam non disputo, sed de re ipsa, ac omissa posteriore significatione. Quòd ad priorem attinet, non desunt, qui ex præscriptione negant acquiri directum dominium. Non desunt etiam, qui affirment; Inter omnes autem conuenit, si de vsucapione rerum mobilium agatur, directum acquiri dominium; similiter inter omnes constat, non acquiri ex præscriptione longissimi temporis, si possessor sit in mala fide. Vide Alciat. in l. vt sunt ff. de verb. signif. Vasquium Controuers. Illust. cap. 54. & Pinell. in Authen. nisi Tricennale. nu. 38. C. de bonis matern. Omnis cõtrouersia est de præscriptione longi temporis, ac longissimi, cùm possessor est in bona fide. Etenim eiusmodi præscriptione vtile duntaxat dominium acquiri, responderunt Glo. in l. Traditionib. C. de pact. & in d. Auth. nisi Tricennale, quam vtroque in loco secutus est Bart. & Felyn. in rub. de præscript. atque ibid. Panorm. Bald. de præscript. 2. parte 3. partis princip. q. 2. & alij quos commemorat. Couuar. ad reg. possessor malæ fidei, in 3. parte in princip. de Reg. Iur. lib. 6.

A

Argumenta verò sunt isthæc. Primum ex l. Si duo Patroni. §. 1. ff. de Iureiur. in illis verbis. *Post longi temporis præscriptionem, etiam vtilem actionem habere debere.*

B

Secundum est ex l. 1. in fin. ff. de Aqua plu. arcen. & ex l. Si quis diuturno. ff. quemadmodum seruitus vindicetur. in quibus locis habetur, Acquisita seruitute per præscriptionem, actionem vtilem competere.

Tertium argumentum est ex eo, quòd ex præscriptione dicitur oriri exceptio. vt in l. Super longi. C. de longi temporis præscript. & in l. Si quis emptionis. C. de Præscript. longiss. temp. Exceptio autem est actionis exclusio. l. 2. ff. de exception. Ergo is, contrà quem excipitur, de præscriptione dominium rei habet, alioquin rem vendicare & agere non posset, cùm autem dominium vtile nõ habeat, est enim illud penes possidentem, necessariò sequitur eum habere directum, & sic vtile duntaxat præscribenti fuisse quæsitum.

Postremum argumentum est huiusmodi. Dominium ex Iure gẽtium prouenit, l. Ex hoc Iuris. ff. de Iust. & Iur. Ergo à Iure Ciuili tolli non potest ex præscriptione. §. vlt. in Inst. de Iure naturali, gentium & ciuili.

C

Sed contrariam sententiam habuerunt Doctores Galli veteres, Deci. & Alciat. in l. Traditionib. C. de pactis. Corrasius lib. 6. Miscellaneor. cap. 20. Couuar. loco nuperrimè citato. Vasquius Controuers. Illust. c. 54. & Pinell. in Auth. nisi Tricennale. C. de Bonis matern. nu. 39.

Argumenta verò sunt ista. Primum ex l. 3. ff. de Vsucapion. & ex l. Acquiritur. 2. §. Non solum. ff. de Acquir. rer. dom. & ex l. Traditionib. C. de pactis, quibus in locis habetur, Vsucapionibus dominia rerum nobis acquiri. Quæ quidem dominij appellatio, in potiori significatu est accipienda, l. 1. § qui in perpetuum. ff. si ager vectigalis, vel Emphyteuticarius petatur.

Secundum argumentum est ex §. 1. in Instit. de Vsucapion. vbi Imperat. ita dicit. *Et ideo constitutionem super hoc promulgauimus, qua cautum est, vt res quidem mobiles per triennium, immobiles verò per longi temporis possessionem vsucapiantur, & his modis, non solum in Italia, sed etiã in omni terra, quæ imperio nostro gubernatur, dominia rerum, iusta causa possessionis præcedente, acquirantur.*

D

Tertium est ex l. vlt. C. de Edicto D. Hadriani tollendo, & ex l. Omnes. in fi. C. de Præscrip. longiss. tempor. quibus in locis habetur. Ei, qui bona fide præscripsit, plenissimam securitatem super dominio præstari.

Quartum & postremum est ex c. inter memoratos. 16. q. 3. vbi dominium præscriptione acquisitum appellatur æternũ, & ex c. Clerici, ead. q. Vbi proprietas nũcupatur.

Ego in hac difficultate sic statuo. Primum & secundũ argumentum prioris sentẽtiæ, ac postremum etiam, nullius esse momenti. Nam quòd attinet ad tex. in l. Si duo. §. 1. ff. de Iureiur. sensus illius loci non est ex præscriptione nasci vtilem actionem, sed actionem vtilem ei, qui iurauit competere ex Iureiurando, etiam post longi temporis præscriptionem, scilicet ab Aduersario possessore cõpletam; vti explicat omnium optimè Duaren. in comment.

ment. ad tit. ff. de iureiu. cap. 5. Quòd verò attinet ad seruitutes, quia non propriè possidentur, non mirum videri debet, si earum nomine vtilis actio ex præscriptione quæratur.

Denique quod attinet ad vltimum argumentum, certum est illud nil obstare, quia ius naturale, quo dominiũ propriæ rei quisque habet, & quod dictat illud, nemini auferendum, interpretationem sumit ex alia eiusdem Iuris naturalis ratione, quæ dictat, vt Reipub. & Principibus pareamus, & sic leges præscriptionem inducentes obseruemus, quæ iustam ob causam & propter publicam vtilitatem constitutæ sunt.

Vna superest difficultas circa tertium argumentum. Nam cùm antiqui legum interpretes intelligerent, Antiquo rerum Domino, actionem competere ad rem ipsam vindicandam, ex eo statim argumentati sunt, dominium aliquod eum habere, si non vtile, saltem directum: quod verò agere possit antiquus rei dominus inde deduxerunt, quoniam leges dicũt, possessorem aduersus eum exceptionem præscriptionis habere; Exceptio enim est actionis exclusio, & sic præsupposita exceptione ex parte præscribentis, præsupponenda est etiam actio ex parte Agentis, qui scilicet olim rei Dominus erat. Sed istud argumentum parum habet ponderis, quia antiquus Dominus etsi agat, & nomine tenus & de facto rem vẽdicare tanquam Dominus videatur, attamen re ipsa & de iure Dominus non est: quod patet, primò, quia exceptione repellitur, ab eo, qui præscripsit; deinde, quia ita Iure constitutum est, vt si is, qui rem præscripsit, bona fide possessione cadat, rem vẽdicare possit, vt patet ex d. l. Si quis emptionis. C. de Præscript. longiss. temporis Consequenter non antiquus Dominus, sed ipse possessor, rei dominium habet: Quæ cùm ita sint, haud quaquam opus erat distinctione vtilis & directi dominij. Nihil enim interest ipso Iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. l. Nihil interest. ff. de Reg. Iu.

Quare in eam sententiam descendo, quæ sic Vsucapioni fauet, vt ea directum & absolutum dominium acquiri confirmet.

CAPVT LXXI.

Vtrum Iudex teneatur minorem delinquentem leuiori pœna afficere, quàm sit à lege imposita delicto.

TRactant hanc quæstionem fusè & accuratè Sfortia Oddus, de Restitutione in Integrũ parte 2. q. 79. art. 9. & Antonin. Thesaurus, in nouis Decisionibus Pedemont. decis. 161. Alios tàm veteres, quàm recentes authores ipsi referunt, quorum aliqui ad pœnam minuendam delinquentibus, minoribus XXV. annis iudicem obligatum esse contendunt; alij verò negant: alij distinctionibus quibusdam vtuntur.

Ego quid sentiam in hac difficultate, paucis explicabo, si prius argumenta vtriusque sententiæ, tàm affirmantis, quàm negantis in medium attulero.

Igitur eorum, qui existimant pœnam esse leniendam, argumenta hæc sunt præcipua. Primum est ex l. Auxiliũ. ff. de Minoribus. in illis verbis. *Nisi quatenus interdum miseratio ætatis ad mediocrem pœnã Iudicem perduxerit.*

Secũdũ est ex l. ferè in omnibus, de Reg. Iu. *Ferè in omnibus pœnalibus iudicijs, ætati & imprudentiæ succurritur.*

Tertium est ex l. Si adulterium. §. Fratres. ff. Ad leg. Iul. de Adulterijs. *Fratres denique Imperatores, Claudio crimen incestus* propter ætatem remiserunt.

Quartum ex c. vlt. de sententia Excommunicationis; ibi. *Propter defectum ætatis in qua fuit commissus excessus, rigor mansuetudine temperandus sit.*

Postremum argumentum est huiusmodi, quia videlicet vbi minor est culpa, ibi minori etiam pœnæ locus esse debeat: negari verò non potest, quin minoris XXV.

A annis culpa, longè sit lenior, quàm maioris, propter imprudẽtiam atque inconsultum calorem, quibus illa ætas magis est obnoxia. Igitur lenienda esse videtur pœna minoribus delictum committentibus.

Argumenta verò eorum qui contrariam sententiam amplexi fuere, ista sunt præcipua. Primum ex l. Si ex causa. §. Nunc videndum. ff. de Minoribus. ibi. *Et placet in delictis minoribus non subueniri.* Secundum ex l. Si minor. 36. ff. ad leg. Iul. de Adult. *Si minor annis adulterium commiserit, lege Iulia tenetur.*

Tertium ex l. Excipiuntur. ff. Ad Senatusconsultum Syllanianum, ibi. *Qui verò ministri, vel participes cædis fuissent, & eius ætatis, quanquam nondum puberis, vt rei intellectum capere possent, ijs non magis in cæde Domini, quam in nulla alia causa parci oportere.*

Quartum est ex l. 7. C. de Pœnis, vbi tex. ita dicit. *Impunitas delicti propter ætatem non debetur.*

Quintum est ex l. 6. C. Ad leg. Corn. de Sicarijs. ibi. *In-*
B *nocentia purgari crimen, non adulta ætate defendi cõuenit.*

Postremum argumentum est ab Authoritate Cõstantini Hermanopuli, in promptuario Iuris lib. 6. cap. 6. *Qui cædem*, inquit, *meditatò & consultò fecit, cuiuscunque ætatis sit, gladio plectitur, &c.*

Ego igitur sic statuo, In Adulterij & Homicidij crimine minori delinquenti, haudquaquam pœnam esse minuendam, quoniam huiusmodi delicta, in ætate adulta potissimum committuntur.

Moueor authoritate tex. in d. l. Si minor. 36. ff. Ad l. Iul. de Adult. & authorit. tex. in d. l. 6. C. Ad l. Corn. de Sicarijs. Quod verò ad alia delicta attinet, permagni referre iudico, vtrum semel an sæpiùs minor deliquerit, Vtrũ fuerit aliàs punitus propter delictum commissum necne, sitne atrox delictum, vel leue, & an malitia ætatem suppleat necne, & denique, vtrum spes affulgeat aliqua melioris frugis. Equidem si de graui crimine agatur, quòd sæpiùs adultus perpetrauerit, haud semel animad-
C uerti, capitali supplicio affectum fuisse, quod & magnoperè probo. His cessantibus benigniorem sententiam locutus fui.

Denique argumentum nullum video, quo sententia stabiliri possit perpetua, per quam Iudices ad mitiorem pœnam adultis delinquentibus infligendam, teneantur. Etsi interdum id eis licere non dubitem, quemadmodũ argumenta prioris sententiæ facilè euincunt; Illud enim argumentum postremum, quod sumitur ex leuitate culpæ, non est solidum. Nam si verbi gratia Adultus hominem occiderit, non is quidem tam grauiter peccat, ac si maior esset XXV. annis, sed nõ propterea efficitur, eum minori pœna afficiendum, quàm hominem occidenti sit præscripta: ratio est, quia tàm grauiter delinquit, vt pœnæ homicidij meritò reus esse debeat.

Exemplum esto. Homicidium est maius crimen Adulterio, vnde qui hominem occidit, magis peccat, quàm qui Adulterium committit, & tamen vterque capitali pœ-
D na dignus est. Qui enim minus grauiter delinquit quàm alter, ita tamen delinquit, vt incidat in pœnam à lege constitutam.

CAPVT LXXII.

Vtrum minor XXV. annis restituendus sit, aduersus confessionem delicti.



MInorem annis qui confessus sit delictum, dè quo conuictus non est, aduersus suam confessionem esse restituendum, Angelus existimauit in l. Certum. §. in Pupillo. ff. de Confessis; quem postea secuti sunt alij, vt Alexander refert. in cons. 115. lib. 3. & Iason. in l. Nam & postea §. si minor. ff. de Iureiu. & alij passim. Horum argumenta sunt ista.

Primum ex d. l. Certum. §. In pupillo. ibi. *Minorem à confessione sua restituemus.* Secundum est ex eo, quòd minor

nor aduersus negationem restituitur, vt patet ex l. Si ex causa. §. Nunc videndum. ff. de Minorib. Ergo eadem ratione restituendus videtur aduersus confessionem. Tertium est ex regula generali. Minoribus læsis succurrendum esse, l. Minoribus, ff. eod. tit. cum alijs, sed hic est læsus ex confessione, quia delictum nó potest aliunde probari, ergo restituendus esse videtur.

Istis non obstantibus contrariam sententiam veriorem esse iudico, quam defendit Franciscus Sarmientus lib. 3. selectar. interpret. cap. 13. Moueor authoritate textus in l. Auxilium. ff. de minorib. vbi dicitur; In delictis, minorem nó mereri in integrum restitutionem, & paulò pòst de eodem minore confitente, ita dicitur: *Sed vt ad leges Iulia de adulterijs coercendis præcepta veniamus, vtique nulla deprecatio pœna est, si se minor annis adulterum fateatur.* His verbis probatur non esse in integrum restituendum minorem, aduersus suam confessionem, quia si restituendus esset, aliqua certè esset pœnæ deprecatio, quia scilicet restitueretur aduersus suã confessionem, & pœnam euaderet, nisi aliunde constaret eum deliquisse.

B Confirmatur hæc sententia: Nam aut verum fassus est minor, aut falsum, aut nobis non constat, vtrum verum aut falsum dixerit. Primo casu restitutioné nó meretur, quia iure communi vsus est, l. vlt. C. de in integr. rest. mino. tenebatur enim verum dicere. Secundo casu restituendus est, si de errore suæ confessionis doceat. l. 1. § Si quis vltrò. ff. de quæst. Tertio casu est indignus restitutione, quia non est præsumendum, quod mentitus fuerit contra se, si modò sit sanæ mentis, & intelligat rem, de qua agitur, vt solent adulti.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, text. in §. In pupillo, de causis pecuniarijs intelligendum esse. Id patet ex legibus præcedentibus. Nam in præcedentibus habetur confessum pro iudicato haberi & sufficere, si tutores vel curatores fateantur. Pupillo verò confessionem non obesse, quia restituendus erit. C Nos verò loquimur de adulto confitente maleficium.

Ad secundum respondeo, text. in d. §. Ex causa; locum habere, quando falsò adultus negauit delictum, propter quam negationem crescit in duplum condemnatio, & sic de læsione eius constat, & de falsitate confessionis.

Ad postremum respondeo, hic non constare de læsione, nisi vel metu fuerit confessus delictum, vel alterius dolo, vel re vera illud non commiserit; tunc enim non debet ei confessio nocere, sicut nec maiori, vt in d. l. 1. §. Si quis vltrò. ff. de quæst.

CAPVT LXXIII.

Vtrum filiatio probetur ex solo tractatu, vt loquuntur, & educatione: vbi agitur de obtinenda hæreditate aut similibus iudicijs petitorijs.



D Filiationem probari ex tractatu & educatione responderunt Antonius Butrius in cap. Transmissa, colum. 3. Qui filij sint legitimi, Decius in cons. 54. Parisius in cons. 10. nu. 110. lib. 2. Crauetta in cons. 249. nu. 2. Illustrissimus & Reuerendissimus Cardinalis Palectus de nothis & spurijs, cap. 22. num. 5. Alba in cons. 83. Purpuratus in cons. 559. lib. 2. D. Cephalus in cons. 137. nu. 44. lib. 1. Couuar. de sponsalib. parte 2. cap. 8. §. 3. nu. 6. Menochius de Arbitr. iudicum, casu 89. num. 70. & de Præsumpt. lib. 6. cap. 33. nu. 22.

Fundamentum est in eo, quòd ex tali educatione & tractatione filius quis præsumatur, & consequenter aduersæ parti id neganti, onus incumbat contrarium probandi: iuxta l. Circa. ff. de Probat. Quod autem ea præsumptio oriatur ex educatione & tractatione, probatur ex l. 1. §. Ad quæstionem. ff. de quæstionib. in illis verbis: *Nec facilè credendum, subiectam eam, quam ambo parentes dicitur charam filiam habuisse, rescripto Diuorum Fratrum ad Lucium Tiberianum emisso declaratur.*

A Contrariam sententiam secuti fuere Baldus in cons. 180. Mortuo lib. 3. & in c. Per tuas, de probat. & in l. Non ignorat. C. Qui accusare non possunt, vbi etiam Petrus & Cynus, Albericus & Salicet. Iason. in l. Neque professio. C. de testam. & in consilio 120. libro 4 Castrens. in cons. 434. non procul à principio lib. 1. Decius in consi. 321. Alciatus Reg. 3. Præsumpt. 38. & in consil. 201. 523. 614. Berous in cons. 158. nume. 4. 5. lib. 2 D. Cephalus in consil. 82. nume. 48. lib. 1. Rolandus à Valle in consil. 49. nu. 48. lib. 4.

Quæ posterior sententia mihi magis probatur. Primùm ex eo, quod habetur in l. Filium. ff. de his qui sui vel alieni iuris sunt, vbi Iurisconsultus: *Filium definimus; qui ex viro & vxore eius nascitur.* Ergo id probare debet is, qui se filium asserit.

Nec obstat, si dicatur id probare ex præsumptione, quæ oritur ex eo, quòd habitus & educatus fuerit tanquam filius, quia in iudicijs petitorijs non sufficit actori suæ intentionis fundamentum probare ex præsumptione & cõiectura. Id patet. Nam ex possessione dominium præsumitur, secundùm Bartoli sententiam communiter receptam in l. Quidam in suo. ff. de cond. instit. & tamen hæc præsumptio nõ sufficit, in rei vendicatione, sed probanda sunt quatuor, nempe Titulus, Traditio, Precij numeratio & diuturna possessio: vt declarat optimè Menochius de arbitr. iudicum, casu 44. Sic igitur & in proposita specie, cùm principalis sit quæstio, an aliquis sit filius, ad hoc vt hæreditatem vendicare possit, probandũ erit, filium esse aliter quàm per vnam illam præsumptionem, illa enim nihil amplius tribuit, quàm possessionem vel quasi, filiationis: Possessio autem non sufficit ad obtinendum in petitorijs iudicijs, vt dictum est.

Non obstat argumentum contrariæ sententiæ, quia textus allegatus nihil aliud probat, nisi quod de præsumptione dictum est; Eam videlicet suppositam non præsumi, quam parentes tanquam charam filiam habuerunt. Sed tamen ex eo non dicitur constare filium esse, argumento l. Neque professio. C. de testam. l. Non nudis l. Nõ epistolis. C. de probationibus. Neque enim coniectura loco probationis habetur. l. Tutor petitus. C. de Periculo tuto. & declarat Iason in l. Licet. nu. 13. de legatis 1. In petitorijs verò non sufficiunt præsumptiones, sed probationes requiruntur.

CAPVT LXXIV.

Vtrum appellare liceat à sententia Iudicis, quæ pronunciat sententiam exequendam esse.



Non est certi, sed controuersi Iuris, Vtrum ab ea sententia appellare liceat, qua pronunciatur sententiam exequendam esse. Diuersarum opinionum Authores non commemorabo, quoniam ex commentarijs interpretum nostrorum facilè colligi possunt, ad l. Ab executione. C. Quorum appellationes non recipiantur, & ad l. Ab executore. ff. de Appellationibus & Relationibus. Fuseque commemoratur à Gabrielio Commu. conclus. tit. de Appellat. conclus. 4 Rationes potius & argumenta placet diligenter expendere.

Igitur qui putant appellari non posse, trib. potissimum argumentis vtuntur. Primum. Ab executione appellari non potest d. l. Ab executione. & d. l Ab executore. Ergo nec à pronunciatione de exequendo. Consequens probatur, quia pronunciatio de exequendo nihil aliud est effectu, quàm verbalis executio. Si ergo non licet à reali executione appellare, nec licebit à verbali.

Secundum argumentum. Pronunciatio de exequendo, nihil aliud est, quàm præambulũ ipsius executionis. Ergo lex, quæ prohibet appellationem ab executione, videtur

videtur etiam eam prohibere ab huiusmodi pronunciatione de exequendo, quoniam est eadem ratio, & lex non est imposita verbis, sed rebus.l 2. C.Communia de legatis. A

Tertium argumentum. Prohibito vno censetur etiam prohibitum id, per quod peruenitur ad illud. l. Oratio. ff. de sponsal. Sed prohibita est appellatio ab executione. Ergo videtur etiam esse prohibita à pronunciatione de exequẽdo, per quam peruenitur ad ipsam executionem.

Fundamentum autem eorum, qui contrariam sententiam sunt amplexi, illud est, quod ab omni sententia regulariter appellare liceat. l. Et in maioribus. C. de Appellat. Ergo & ab huiusmodi pronunciatione de exequendo.

Et licet ab executione appellari non possit, est tamen ratio differentiæ, quia executor non potest grauare partem, nisi modum excedat; neque enim eius officium est in cognoscendo, sed in exequendo. Verùm qui pronunciat sententiam esse exequendam, prius cognoscere debet, an sit exequenda, quare vt perperam pronunciet, facilè accidere potest. B

Ego sanè, si de mero executore agatur, cuius officium in exequendo, non autem in cognoscendo, iuxta text. in c. Super quæst. de offic. delegati. in illis verbis: *Non tàm cognitorem, quàm executorem, &c.* non dubito, quin prior sententia sit verissima, camque planè euincant argumenta superiùs allata. Cæterùm, si de executore agatur non mero, sed misto, qui scilicet executioni præmittere cognitionem debeat, nihil sanè video, cur appellare nõ liceat. Etenim, vt contra ius litigatoris pronunciet, fieri potest. Ergo appellare licet. Nam & appellatio est permissa ab eo, qui sententiã malè interpretatur, vt in d. l. Ab executore. ff. de Appellat. & Relatio. Quod si ius Canonicum inspiciamus; nulla ferè dubitatio esse potest, quoniam eo Iure inspecto, appellare licet ab omni sententia & interlocutione Iudicis.

Quæ quidem distinctio, si recipiatur, nihil obstabunt prioris sententię argumenta, omnia enim locum habent in executore mero, vt enim ab executione appellare non licet, ita neque ab eius præambula pronunciatione. Cæterùm in executore misto, qui & exequi, & cognoscere debet, nullas habent vires ea argumenta, quia cognitio illa & pronunciatio, an sententia sit exequenda, non est præambulum executionis, neque res ei annexa, siue accessoria, sed principalis & prorsus separata, præcipueque definienda ac terminanda. C

CAPVT LXXV.

Vtrum in causis possessorijs appellare liceat.

VAriæ ac diuersæ sunt doctorum sententiæ, vtrum in causis possessorijs appellare liceat. Prima est opinio eorum, qui simpliciter appellari posse negant. Ita Bartolus, Castren. & cæteri antiquiores, nec non Cæsar Contardus in commentarijs. l. 1. C. si de momẽtanea possess. fuerit appellatum. quorum fundamentum est in textu dictæ legis, qui sic se habet. *Cùm de possessione & eius momento causa dicitur, etsi appellatio interposita fuerit, tamen sententia lata sortitur effectum.* Confirmatur ea ratione, quoniam præiudicium, quod per sententiam in possessorio latam irrogatur, in iudicio petitorio reparari potest. D

Secunda est opinio; Iure quidem ciuili appellari non posse à sententia in possessorio lata, verùm secus iure canonico. Ita Abbas in c. Cum ad sedem. nu 30. de restit. Spoliator. Ripa in c. sæpè, col. penult. eod. tit. Federicus Senen. in consilio 77. Decius ad l. 1. nume. 6. C. de bonor. possess. secundum tabu. Contardus in commentarijs d. l. Vnicæ. limitatione 3. nume. 1. Couuar. Practicar. quæst. capite 23.

Argumenta quibus probatur iure canonico appellari licere, sunt hæc. Primũ, quia regulariter in omnibus causis, etiam minimis appellatio est à sacris canonibus permissa. c. De Appellationibus, extra de Appellationib.

Secundum, ex c. Cum ad sedem de restit. Spoliatorũ, vbi sententia lata fuit in causa possessoria, & ad sedem Apostolicam appellatum, reformataque ipsa sententia.

Tertium ex c. Ex Conquestione eod. tit. & c. Significauerunt de Testibus quibus in locis de causa possessoria agitur, & præsupponi videtur appellari potuisse à sententia lata.

Quartum ex Clem. 1. de causa possess. & propriè. ibi. *Tam appellanti, quam appellato licere decernimus, nedum petitorium, sed & possessorium intentare.*

Postremum ex Clem. Vnica de Sequestratio. possess. & fruct. vbi deciditur; non esse quempiam beneficij possessione priuandum, per vnam tãtum sententiam, in possessorio latam, sed beneficium esse sequestrandum apud aliquem, qui fructus ei restituat, qui victoriam obtinebit. Deinde dicit, id obseruandum, etiam circa negotia pendentia, per appellationem; ex quibus omnibus Summus Pontifex indicare videtur, appellationem esse permissam in causis possessorijs.

Tertia est sententia tàm iure ciuili, quàm iure canonico appellare licere in causis possessorijs; sed tamen executionem rei iudicatæ non suspendi, quod perinde est, ac si vnà cum doctoribus dixerimus, appellari posse quoad effectum deuolutiuum, non autem quoad effectum suspensiuum. Ita Archidiaconus in c. Ei qui. §. Si quis ausus fuerit. 2. q. 6. Bart. in l. 2. ff de Appellat. recipien. Angelus in cons. 107. Couuar. pract. quæst. cap. 23. nume. 8. versic. Secunda conclusio.

Atque hæc postrema sententia videtur mihi probabilior alijs omnibus. Nam si ius ciuile spectemus, non dicit lex appellationem prohiberi, sed dicit sententiam latam effectum sortiri. *Etsi appellatio,* inquit, *interposita fuerit, tamen sententia lata sortitur effectum.* l. 1. C. si de momenta. possess. fuerit appellatum. quæ lex à Gratiano inserta est decreto, vt patet ex c. ei qui. §. Si quis ausus fuerit. 2. q. 6. Ex quo aliquam coniecturam licet sumere, non esse hac in re discrimen inter ius canonicum & ciuile. Nullus verò iuris canonici locus adferri potest, quo appellatio permissa esse dicatur quoad effectum suspensiuum, vt prepterea loca superiùs relata pro secundæ opinionis cõfirmatione, huic nostræ non obstent: Etsi enim euincant appellationem dari, non tamen euincunt, executionem sententiæ appellatione suspendi. Quod enim est constitutum in Clem. 1. de sequestr. possess. & fruct. ad beneficia ecclesiastica nominatim pertinet, nec ad alias profanas causas rectè porrigitur; quia si generaliter acciperetur, lata sententia, in petitorio, vel possessorio sequestrationi locus esset; vt in ea specie, quod tamẽ est absurdum affirmare; quoniam appellatione pendente nihil debet innouari. Vide Afflict. decis 98. Lancellotum de Attentatis appellatione pend. Ampl. 7.

CAPVT LXXVI.

Vtrum à sententia, per quam Heres institutus in testamento, in possessionem bonorum hæreditatis mittitur, appellatio sit permissa.

N*On permittitur appellare, ne scriptus heres in possessionem inducatur,* vt inquit Paulus Iurisconsultus, in l. vlt. ff. de Appellation. recipiend. Id quomodo accipiendum sit nonnulla est controuersia, & quidem appellationem permissam non esse, quò ad effectum suspensiuũ, vt vocant, secus autem quò ad deuolutiuum, Author est Iacob Menoch. de Adipiscen. possess. remedio. 4. nu. 827. eo argumento, quòd & in plerisque alijs casibus, cùm appellatio prohibetur, intelligitur esse prohibita quò ad effectum suspensiuum, non autem quò ad deuolutiuum,

veluti

veluti in poſſeſſorijs, Bar. in l. 2. ff. de Appellation. recipiẽ. A in ſententia dotis, Baldus Nouell. de dote, par. 9. priuil. 7. Cæterùm quoad vtrumque effectum, appellationẽ eſſe prohibitam docuerunt Auguſtinus Berous, q. 44. Petrus Benintendus, deciſ. 79. nu. 7. & Ioſephus Ludouicus, deciſ. Peruſ. 20. nu. 10. quibus & ipſe aſſentior. Moueor authoritate tex. in l. quiſquis. C. quorum appellationes non recipiãtur, vbi Impp. Gratian⁹, & Theodoſius ita dicũt. *Quiſquis, ne voluntas defuncti teſtamento ſcripta referetur, vel ne ij, quos ſcriptos patuerit heredes, in poſſeſſionem mittãtur, auſus fuerit prouocare, interpoſitamq́; appellationem is, cuius ea de re notio erit, recipiendam eſſe crediderit, viginti librarum auri mulcta, & litigatorem, qui tam importunè appellauerit, & Iudicem, qui tam ignauam conniuentiã adhibuerit, inuoluat.*

Argumentum ex hoc textu ſumitur in hunc modum. Nam ſi & appellanti, & Iudici appellationem admittenti, pęna irrogatur, nullo diſcrimine adhibito, ſequitur indiſtinctè appellationem eſſe prohibitam, quia ſi permiſ- B ſa eſſet quoad effectum deuolutiuum, neque appellans, neque Iudex puniendus eſſet. Liceret enim aliquo modo & appellare, & appellationi deferre.

Quæ verò adferuntur ſimilia in argumento contrarię opinionis, vt maximè vera ſint, parum tamen obſtant, quia nulla eſt lex in alijs cauſis poſſeſſorijs & ſimilibus, quæ adferuntur, tàm diſertè appellationem prohibẽs pęna etiam conſtituta, quemadmodum hoc in caſu.

CAPVT LXXVII.

Vtrum in cauſa alimentorum appellatio ſit permiſſa, & quomodo.



QVod attinet ad cauſam alimentorum, vtrum appellatio ſit permiſſa, Specul. in tit. de Appellat. rubr. In quibus cauſis ceſſat appellatio. verſ. Octauo, quando res dilationẽ non C recipit, &c. Vtitur hac diſtinctione. Aut alimenta officio Iudicis petuntur, & tunc à ſententia Iudicis appellatio prohibetur, quia incidenter, & ſummatim cognoſcit l. Si iudex. ff. de his qui ſui, vel alieni Iuris ſunt. l. Si quis à liberis. § ſolent. ff. de liberis agnoſcendis. c. ex parte, & c. penul. de accuſationibus. Aut actionis Iure petuntur, & tũc appellatio eſt permiſſa, quoniam Iudex procedit, vt ſit in Iudicijs ordinarijs. Sequitur eandem diſtinctionem Bart. ad l. fin. ff. de Appellationibus recip.

Altera eſt ſententia, quę mihi probabilior videtur, appellationẽ in cauſa alimentorũ permiſſam non eſſe, quò ad effectũ ſuſpẽſiuum, ſecus quò ad deuolutiuum. Ita Io. Andr. in Additio. ad Specul. loco ſuperiùs annotato. Bal. Nouell. de Dote, par. 8. priuil. 7. Scilicet ſi de futuris alimentis agatur, ſecus enim ſi de præteritis, vt tradit Lancellott. de Attent. tit. de Attent. lite pend. limit 24. nu. 7.

Probatur hęc ſententia, Nam appellari poſſe à tali ſententia ſuadetur ex generali regula, quæ in omnibus cau- D ſis appellationẽ permittit, niſi ſpecialiter ſit prohibita. l. Et in maioribus. C. de Appellat. c. de Appellationibus. extrà de Appellatio. Neque prohibitam eſſe probat tex. in l. vlt. ff. de Appellationibus recipien. quia loquitur de alia cauſa alimentorum, videlicet ne frumẽtum, in vſum militum in annonæ ſubſidia contrahatur, & ſic cùm agitur de alimentis, quæ militibus debentur.

Appellatione verò non ſuſpendi effectum rei iudicatæ, eo argumento demonſtrari poteſt, quod cauſa ipſa alimentorum, moram & dilationem non patitur, ne dum ipſa appellationis cauſa pendet, atque diſcutitur, alimentarius fame moriatur, quæ cauſa eſt, vt alimentorum cauſæ etiam diebus feriatis audiantur. l. 2. ff de Ferijs, & multa alia priuilegia ſint conſtituta, vt patet ex Bart. & alijs ad l. Mella ff. de Alimentis & cibarijs legatis.

CAPVT LXXVIII.

Vtrum à ſententia iudicis ſubdelegati appellandum ſit ad ſubdelegantem; an verò ad ſubdelegantis ſuperiorem, id eſt, ipſum delegantem primum.



IVriſconſultus in l. 1. §. 1 ff. qui, & à quib. appell. ita dicit. *Ab eo, cui quis mandat iuriſdictionem, non ipſe prouocabitur,* (hoc eſt à delegato non appellatur ad delegantẽ.) *nam & generaliter is erit prouocandus ab eo, cui mandata eſt iuriſdictio, qui prouocaretur ab eo, qui mandat iuriſdictionem,*) hoc eſt à delegato appellandum eſt ad ſuperiorẽ ipſius delegãtis.)

Cęterùm in l. 1. C. qui pro ſua iuriſd. contrariũ docet Imperator. Ait enim. *Hac teneant, niſi iudices à nobis ſpecialiter delegantibus dati, alijs cauſas delegauerint iudicandas: Nã his delegantibus nulla perſonarũ, cauſarumue habito tractatu, appellationũ ad eos iure iudicia remeabũt.* Hoc eſt à delegatis iudicibus, ad ipſos delegãtes appellabitur, nõ ad Principem, qui delegauit, ac delegãte ſuperior eſt.

Bartolus in d. l. 1. §. 1. diſtinguendũ putat inter Principis delegatũ, & alterius. Si Principis delegatus alijs vices ſuas cõmiſerit, ad ipſum delegantem appellandum erit, vt in d. l. 1. C. qui pro ſua iuriſd. Si verò alius quàm Principis delegatus id fecerit, non ad delegantẽ appellabitur, ſed ad ſuperiorẽ delegãtis, vt in d. l 1. §. 3. ff. qui & à quib.

Alij exiſtimant has leges accipiendas eſſe ſecundùm iuris canonici diſtinctionẽ, quæ habetur in c. ſuper quæſtionũ §. Porrò, de off. deleg. nempe vt ſi delegatus totam cauſam ſubdeleget, nihil ſibi reſeruando, tũc ad ſuperiorẽ ipſius ſubdelegantis appelletur: ſi verò aliquid ſibi reſeruauerit, ad ipſum ſubdelegantẽ, vt in c. ſi delegatus, de officio deleg. lib. 6. Ita Glo. in d. c. ſuper quęſtionũ, §. Porrò, Abbas & Imolen ibid. Francus in c. Dilecti. 3. nu. 30. de appell. Io. Longouallius ad l. Imperium in 2. par. nu. 9. ff. de Iuriſd. om. iud. vbi ita ſcribit. *Ex canon. §. Porrò diſpoſitione & doctrina puto l. Vnicã. C. qui pro ſua iuriſd. eſſe variandã & declarandã. Nã ſi delegatus Principis totã cauſam ſubdeleget, (Ad Nos) in ea legẽdu erit, (hoc eſt, appellationẽ interponẽdã eſſe ad ipſum Principẽ.) Si verò partẽ, ſcribemus. Ad eos, ſcilicet ad delegãtẽ, iure remeabit appellatio.*

Ego in hac re ſic ſtatuo. Quod attinet ad antinomiã, nullam eſſe. Nam hæc duo differũt mandare iuriſdictionem, & iudicem dare, ſiue delegare. l. Cum Prætor. ff de iudicijs. ibi. *Is quoque cui mandata eſt iuriſdictio, iudicem dare poteſt.* Itaque mandatur iuriſdictio in vniuerſum, vel quò ad vnam ſpeciem. Iudex verò datur in vna cauſa particulari, vel in articulo vnius cauſæ. Vide Longouallũ loco annotato, nu. 2. Soc. in l. 1. ff. quis, & à quo appel. Alciatum in rubr. extra de off. ordi. Cantiunculam lib. 2. de off. iudicis, cap. 2. verſ. Hoc autem loco. Federicũ Scotum ad rubr. ff. de officio eius, &c. nu. 48.

Textus ergo in d. l. 1. §. 1. ff. qui & à quib. loquitur de iudice, cui mandata eſt Iuriſdictio, & qui alteri eã mandat: quare non ad ipſum, ſed ad ſuperiorem eius appellari debet. Ratio eſt, quia is cui iuriſdictio mandata fuit, nihil proprium habere dicitur, ſed eius, qui mandauit iuriſdictione vti, l. 1. §. Qui mandatam. ff. de off. eius, cui mand. eſt iuriſd. Itaque videtur quodammodo ſententia ab ipſo mandante lata; & ſic ad eum appellari nõ debet, quaſi videatur idem auditorium, ac Tribunal, ſicuti de Epiſcopo & eius Vicario dicitur in cap. 2. de Conſuetud. lib. 6. & in c. Romana, de Appella. lib. 6.

Textus verò in d. l. Vnicã. C. qui pro ſua iuriſd. loquitˀ in Iudice dato, ſeu delegato à Principe, qui alij ſubdelegauit cauſam, ſic enim ait textus: *Niſi iudices à nobis ſpecialiter delegantibus dati, &c.* A iudice autẽ ſeu delegato ſecundum iuris regulas appellari debet ad delegantem. l. 1. & l. 3. ff. qui, & à quib. Imperatores. ff. de appellat. & relatio. Ratio eſt, quia debet gradatim appellari, vt ibi dſ.

Quod verò ad quæstionẽ ipsam propositam attinet, existimo, discrimen esse statuendũ inter ius canonicum & ciuile. Iure canonico, seruabitur quod est in d. c. super quæstionẽ § Porrò, & in d.c. si delegatus. Iure autẽ ciuili, quod habetur in d.l. Vnica, & in d.l. Imperatores. ff. de Appell. & relatio. & in l. 1, & 3. ff. qui & à quib. Est enim aperta hac in re diuersitas, vt patet ex dictis legibus. Sic enim constitutum est in d.l. Imperatores. *Idem rescripserunt à iudice, quem à Præside prouinciæ quis acceperat, non rectè Imperatorem appellatum esse; ideoq́, reuerti eum ad Præsidem debere.* Vides ex hac lege ad delegantẽ appellari. Idem habetur in d.l. Vnica. Nec enim ea variatio admitti potest, quam commemorat Longouallius, quoniam omnes Codices habent. *Ad eos*, non autem *ad nos*. Et in l. 1. & 3. ff. qui & à quib. *Dato*, inqui. textus, *iudice à Magistratibus populi Romani, cuiuscunque ordinis, etiãsi ex authoritate Principis, licet nominatim dederint, ipsi tamen Magistratus appellabuntur.*

Quid verò canones? Audi. *Porrò* (verba sunt Pontif. Max.) *cùm delegatus à nobis, iurisdictionem suam in alium transfert totam, si fuerit appellandum, non ad eum; sed ad nos appellari debebit. Cùm autem sibi aliquid de iurisdictione reseruat, si causa sit ei, appellatione remota, commissa, non ad nos, sed ad eum poterit de iure appellari.* Hactenus tex. in d.c. super quæstionum. §. Porrò, de off. deleg.

Vides nõnihil differre canones & leges. Quare vtrũque ius obtinebit in suo cuiusque foro, nec aliquod absurdum inde sequitur. Cùm & in alijs hæc iura nonnihil discrepent, in eadem appellationum materia.

CAPVT LXXIX.

An post lapsum anni, sententia, à qua appellatum est, possit executioni mandari, quasi appellatio deserta sit.



Annus appellanti conceditur ex die appellationis interpositæ, ad eam prosequendam, ac finiendam, & ex causa biennium, vt in Auth. ei qui. C. de tempo. appell. in c. cũ sit, de Appellation. & in Clemen. Sicut, eo. tit. Sed vtrum elapso primo anno, sententia lata sit executioni mandanda, nonnulla est controuersia.

Et quidem negant exequendam, & biẽnij lapsum expectandum esse contendunt, Bartolus in d. Auth. Ei qui, Baldus in l. Eos, colum. 2. C. de Appella. & ibi Salicetus, nu. 6. Alex. ad Bart. in d. Auth. Ei qui. Felynus in cap. Ex parte, 2. col. 7. de rescript. Francus in c. Ex ratione, nu. 5. de Appellatio. his potissimum argumentis.

Primò, per lapsum primi anni certum est appellationẽ desertã non dici, si aliquod impedimentũ fuerit, vt in d. Auth. Ei qui. Cum ergo impedimẽtũ intercedere potuerit, iudicare debemus illud intercessisse, ne appellatio deserta esse censeat. Hęc enim est benignior interpretatio.

Secundò, id probari posse videtur ex ipsa Authen. Ei qui, dum ibi semel atque iterum habetur, post biennij lapsum ratam manere sententiam.

Tertiò, ex Auth. Si tamen, C. de Temp. appell. ibi. *Et propterea biennium transeat, intra quod oporteat appellationem finiri, &c.* Quibus verbis patet, biennium esse constitutum ad finiendam appellationem, Ergo ante hoc tempus sententia executionem habere non potest.

Verùm istis non obstantibus contrariam sententiam veriorem esse iudico, nempe executioni esse mandandã sententiam lapso primo anno, nisi iustum allegetur, ac probetur impedimentum, propter quod expediri causa non potuerit appellationis.

Ita docuerunt Innocentius & Imola in c. ex ratione de Appellat. Angelus in consi. 310. nu. 2. Maranta par. 6. de Appellationib. nu. 220. Senatus Pedemontanus apud Osascum decis. 28.

Probatur hęc sententia. Primùm ex l. vlt. §. Illud, C. de A temp. appellat. in illis verbis. *Iubemus eundem appellatorem, nisi obseruauerit iudicium, & causam vsque ad finem peregerit, sed etsi per eum steterit, quò minus omnia litis certamina impleantur, nec appellatione defraudari, & sententiam contra eum latam in suo robore durare, & ad effectum perduci, tanquam si ab initio minimè fuerit prouocatũ. Nisi ipse appellator euidentissimis probationibus possit ostendere, se quidem summa ope nisum, voluisse litem exercere, per iudicem autem stetisse, vel aliam inextricabilem causam subsecutam, propter quam hoc facere minimè valuit.*

Quodnam verò tempus sit, intrà quod finiẽda sit appellatio, initio legis habetur, nempe annũ esse. ibi. *Et in desidia reliquum tempus permaneat; & annale tempus post inchoatam litem præterierit, &c.*

Secundò probatur hæc sentẽtia ex Clem. *Sicut de Appellatio. Sicut appellationẽ iudicialem, sic & extraiudicialem intra annum à die interpositionis ipsius, vel à die illati grauaminis, vbi à futuro grauamine appellatur, prosequi &* B *finire tenetur appellans. Quod si, iusto impedimento cessante, non fecerit, debebit eius appellatio deserta censeri.* Hactenus summus Pontifex.

Ad primũ argumentum cõtrariæ sñiæ respondeo, negando illã consequentiã. Potuit impedimentum interuenire, ergo interuenit. Non valet argumentũ de potentia ad actũ, ad affirmandũ. l. Non hoc. C. vnde legit. Et tex. docet in d.l. Vlt. §. Illud; impedimentum esse probãdum ab appellante, non autem allegandum duntaxat.

Ad secundũ rñdeo; textum in d. Auth. Ei qui, nõ obstare, sic enim ait. *Ei, qui appellat, impertiatur annus, intra quẽ secundùm se, communiter ne cum aduersario litem exequatur, aut si iusta causa intercesserit, alius annus indulgeatur, quo transacto, lite non completa, rata manet sententia.*

Illa verba, *quo trãsacto* (scilicet biẽnio) *rata manet sententia*, nihil obstant, quia intelligitur, qñ alter annus ex iusta causa indulgetur. Sed nos dicimus indulgendũ nõ C esse, nisi probetur iusta causa ab ipso appellante.

Ad tertiũ eadẽ rñsio valet, quia qd dr in d. Auth. si tñ §. *Intra biennium oportere appellationẽ finiri*, intelligendũ est, cùm elapso primo anno, ex iusta causa bienniũ indulger; Etenim iusta causa cessante, lapso primo anno, appellatio deserta censetur, vt in d. Clem. sicut, de Appellat.

CAPVT LXXX.

Vtrum Iudex teneatur regulariter admittere appellationem ab interlocutoria.



Iudicem, à cuius interlocutione appellatur, regulariter nõ teneri appellationẽ interpositã admittere, Authores sunt Glo. & Frãcus in c. de Priore, de Appellatio. & Angelus in l. Quoniam iudices. C. eod. tit.

Quorũ illud est argumentũ; quia si appellationi deferre teneretur, appellatione admissa, vlteriùs de causa co- D gnoscere nõ posset, c. cum Appellationibus, de Appellat. lib. 6. Certum est autem ipsum Iudicem appellatione interposita non obstante, in causa cognoscenda procedere posse, antequam inhibeatur, vt in c. Romana. §. si verò, & c. non solum, de Appellation. lib. 6.

Verùm istis nil morãtibus cõtrariã sñiam amplector, Deciũ secutus in d.c. de Priore, & Romanũ in cons. 501. Sic autẽ statuo. Si talis causa fuerit allegata, ab eo, q prouocauit, q̃ si vera esset, appellatio meritò fuisset interposita, iudicẽ debere appellationi deferre. Moueor ex c. debitus, de Appellationib. vbi sũmus Põtifex monet appellãtẽ, vt causam probabilẽ appellationis exponat, *talẽ videlicet* (inquit) *quæ si foret probata, deberet legitima reputari, & tũc superior de Appellatione cognoscat, & si minus rationabiliter eũ appellasse constiterit, illũ ad inferiorẽ remittat.* His verbis colligitur, si causam adferat appellãs iustã, ac probabilem, Appellationem esse admittendã, aliàs secus.

Idem clariùs colligo ex c. Cordi, de Appellation. lib. 6. vbi

vbi summus Pontifex ita dicit. *Sancimus igitur, vt si quis in iudicio, vel extrà super interlocutoria, vel grauamine aliquo ad nos duxerit appellandum, causam appellationis in scriptis assignare deproperet, petat apostolos, quot ei præcipimus exhiberi. In quibus appellationis causam Iudex exprimat, & cur appellatio non sit admissa, vel si appellationi forsan, ex superioris reuerentia sit delatum, &c.*

His verbis summus Pontifex apertè indicat, appellationem esse admittendam, si iustam causam, vt suprà dictum est, appellans allegauerit; nam, si Iudex non teneretur illam admittere, non teneretur etiam causam allegare summo Pontifici, cur eam non admitteret.

Secundò moueor ex c. Romana. §. Quod si obijciatur, de Appellat. lib. 6. *Quod si obijciatur,* inquit tex. *ex iniusta causa, seu minus legitima, ante sententiam appellationē interpositam extitisse, & ex eo non esse appellationem huiusmodi admittēdam, nequeunt prædicti, &c.* Quibus verbis apparet appellationem admittendam non esse, vbi ex legitima causa interposita non est. Igitur admittenda erit, si ex causa legitima interponatur.

Causam verò legitimam appello, vt iam dixi, quæ scilicet, si probata esset, legitima censeretur, vt in d. cap. Vt debitus, de Appellatio.

Postremò Appellationibus friuolis deferendum non est, c. Cum Appellationibus, de Appellat. lib. 6. Ergo legitimis est deferendum. Quare cùm ab interlocutoria Iure Canonico liceat appellare, Iudex appellationem admittere debet, si fuerit legitima, & non friuola, hoc est, ex causa minus probabili interposita.

Ad argumentū contrariæ sententiæ respondeo; Iudicem à quo est appellatū, non posse de causa cognoscere, postquā appellationem admisit, quia dicitur à se Iurisdictionem abdicasse, vt in d. c. Cum appellationibus, de appellation. lib. 6. Sed si appellationē non admittat, tūc procedere in causa potest, antequā inhibeatur. Quod si appellationis causam, verā esse constiterit, processus reuocabitur; ita loquuntur Canones in argumento citati. cap. Non solùm. de appellatio. lib. 6. Si verò minus rationabiliter appellatū fuerit, appellās ad Iudicē inferiorem remittendus erit, à quo scilicet appellauit, & in expensis condemnandus, vt in c. Vt debitus, de Appellationibus.

CAPVT LXXXI.

Vtrum appellans probare debeat, se iustè appellasse, & perperàm fuisse iudicatum; an verò appellatus, iustè pronunciatum, & perperàm appellatum.

APpellanti onus incumbere probādi se iustè appellasse, indicare videtur tex. in l. Hi qui ad Ciuilia. C. de Appellatio. in illis verbis: *Cùm igitur ad munus vocatus appellaueris; apud Præsidem Prouinciæ, iustè te appellasse, ostende.* Sed contrarium Imperator docet in §. Illud, in Auth. de his qui ingrediuntur ad appellan. Ait enim: *Ita potiantur victores sententijs, si eas rectè habere monstrauerint.*

Bart. in d. l. Hi qui. tres casus distinguit. Primus cùm quæritur, an ritè, hoc est, legitimo tempore fuerit appellatū; & tunc appellanti onus incūbit probandi. Secūdus cùm quæritur, an iustè fuerit appellatū, & tunc si ex negatione fundatā habeat intentionē appellans, ei sufficit dicere, se iniustè condemnatū, & acta exhibere. Si verò ex testibus vel instrumentis pendeat probatio, tūc probandi onus ad eū pertinet in causa appellationis, ad quē pertinet in causa ipsa principali, l. Per hanc. C. de temp. Appellat. l. Eos. §. 1. C. de Appellat. Si tamen ex litigatoribus vnus tantum appellationem prosequatur, altero absente, tunc is probare debet, qui prosequitur. §. Illud, in Authen. de his qui ingrediuntur ad Appel.

A Bartolum secuta est Capella Tholosana decis. 341. Sed quod attinet ad primū distinctionis membrū, contrariū decidit Rota decis. 316. Itē si possessor in nouis, vbi decidit, non incumbere id onus appellanti, vt doceat se intrà decē dies appellasse, sed aduersario, vt contrariū demonstret, Idem docet Francus in c. 1. nu. 11. de Appellatio. & in c. Bonæ. col. 8. vers. Octauò debet appellans, eod. tit.

Fundamentum est, quia tempus appellāri currit à die scientię, non autem à die sententiæ latæ, c. Concertationi, de appellat. lib. 6. Ignorantia verò præsumitur. l. Verius. ff. de Probation. Ergo probādum est, appellantē sciuisse, sententiam datam, & ex eo tempore intrà decennium non appellasse.

Quod verò Bart. dixit in secundo membro distinctionis, si vnus tantū ex litigatoribus appellationē prosequatur, altero negligente, onus ad eū spectare probandi, se iustè appellasse, visum est iniquū Præposito, in c. Vt debitus, de appella. & Aufrerio in Additione ad Capellā Tholo- B sanam dicta decisione 341.

Ego verò sic statuo Bart. rectè locutū esse, si rectè intelligatur. Aut enim appellās fuit p̄sens s̄niæ latę, & tunc cùm scientiā habeat, tenetur appellare intrà decē dies, & id probare se fecisse, neque enim præsumitur, argumēto l. Quicunque. §. Qui à pupillo. ff. de Publiciana: Aut absens fuit, & tunc diuersa sententia locum habere potest.

Quod verò attinet ad alterū caput seu membrū distinctionis Bartoli, simili modo distinguendū est, vt si quidē is, qui prosequitur appellationem, altero absente, ex sola productione sententiæ contrà se latæ pręsumptionē habeat pro se, veluti, si tanquā debitor fuerit condēnatus, & se debitorē esse neget, tunc probare non debeat se iustè appellasse; quia aduersarius eius, qui est actor, probare debet, l. Actor qđ asseuerat. C. de Probat. & ita accipiendus est tex. in §. Illud, in Auth. De his, qui ingrediuntur ad Appellatio. Si verò appellās pro se nō habeat pręsumptionem, ac, vt dicitur vulgò, intentionē fundatā, tunc is pro- C bare debet, se rectè appellasse. Veluti si actor, qui se creditorē esse cōtendit, in prima sentētia succubuerit, & ab ea appellauerit, nō habet intentionē fundatā, sed probare debet se creditorē, atq; adeo se iustè appellasse. Ita accipiēdus est tex. & doctrina Bart. in d. l. Hi qui ad Ciuilia. C. de Appellat. Etenī appellatio rē in eū statū reuocat, in quo erat ante sentētiā, l. Appellat. C. de Appellat. Sed ī prima instātia ante latā ipsam sentētiā à primo Iudice, actori onus probandi incūbebat, ergo & in causa appellationis incūbet. Vide Menochiū de Pręsumpt. lib. 2. c. 95.

CAPVT LXXXII.

Vtrum sit locatio, an verò alius contractus, cum pro mercede pecunia non datur, sed aliud.

D COmmunis est, & vera sententia, locationē esse, cùm pro mercede pecunia datur, si verò aliud q̄ pecunia, aliū esse cōtractum. Ita docet Glo. in l. 5. §. 1. ff. de Pręscript. verb. in l. Si olei. C. Locati. & in l. 1. §. Si quis seruū. ff. Depositi. & Bart. & alij in dictis locis. Ant. Gomes. de cōtract. c. 3. n. 3. & recētiores, Balduin⁹, Eguinari⁹, & alij ī Inst. de locato, ī prin.

Argumenta sunt ista. Primum ex d. l. 5. §. At cum do. ff. de Præscript. verb. *At cum do vt facias,* inquit textus, *si tale sit factum, quod locari soleat, puta, vt tabulam pingas pecunia data, locatio erit, sicut superiore casu emptio, si res sit, nō erit locatio, sed nascetur, vel Ciuilis actio, in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio.*

Secundum est ex d. l. 1. §. Si quis seruum. ff. Depositi. in illis verbis: *Quod si opera eius serui cum custodia compensabantur, quasi genus locati & conducti interuenit; Sed quia pecunia non dabatur, præscriptis verbis datur actio.*

Contrariam sententiam defendit Ioannes Corrasius lib. 2. Miscellan. cap. 12. nec non Arius Pinell. ad legē 2.

C.de Rescin.vend.in 2.parte rubr.cap.3.nnm.29. A

Argumenta sunt ista. Primum ex l. Si olei. C.Locati. *Si olei certa ponderatione*, inquit textus, *fructus annis locasti, de contractu bonę fidei habito propter hoc solum, quòd alter maiorem obtulit ponderationem, recedi non oportet.*

Secundum est ex l. Et hæc distinctio.§.vlt.ff. eod. tit. in illis verbis: *Si proponatur inter duos, qui singulos proprios fundos haberent, conuenisse, vt alterius fundũ, ita conductũ haberet, vt fructus mercedis nomine pensarētur, &c.*

Tertium ex l.Licet.C.eod.tit.ibi: *Certis annuis quantitatibus*. quæ verba non magis ad mercedem in pecunia, quàm in fructibus applicari possunt; pro qua sententia facit etiam textus in l.Excepto.C.eodem tit.

Quartũ est ex l. Si merces. §. Vis maior.ff.eod.tit.ibi: *Apparet autem de eo nos Colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit, alioquin partiarius Colonus, quasi Iure societatis, & damnum, & lucrum cum domino fundi partitur.* Quibus verbis apparet prædium conduci posse, ita vt pecunia, vel fructus præstentur. B

Quintum ex §. Adeo.in Inst.de conduct. & locat. ibi: *Quamdiu pensio, siue reditus præstentur, &c.*

Ad text.in l.5.§. At cum do, respondet Corasius, verbũ *pecunia*, eo in loco omnes res significare, iuxtà l.vlt. C. de constituta pecu. Aliter etiam Pinellus respondet, nempe illa verba; *Si res sit*, referri ad differentiam facti, vel rei in locationem deductę, non autem ad mercedem ipsius. Sed hæc & similia, quæ isti adferunt, nō tanti ponderis mihi esse videntur, vt quempiam à communi sententia amplectenda deterreant. Ea enim satis luculenter probatur ex duabus legibus allegatis. Et quod Corasius dicit, planè est improbabile, nempe pecuniæ verbum, in d.l.5.§.At cum do, omnes res significare. Nam eo in loco pecunia oppponitur rei, siue alijs rebus: *Pecunia data*, inquit textus, *locatio erit, Si res sit, non erit locatio*, hoc est, si res detur, quæ non sit pecunia, non erit locatio. Confirmatur hæc interpretatio, Nam textus dicit; *Pecunia data, locatio erit, sicut superiori casu emptio.* C Constat autem in emptione requiri pecuniam numeratam. Minus verò probabilitatis habet Pinelli sententia, aliò referentis illa verba: *Si res sit*, contra apertam Iurisconsulti mentem hoc discrimen statuentis, vt si quidem pecunia detur, sit locatio, si verò aliud quàm pecunia, non sit locatio.

Itaque cùm satis clara sint loca, quibus sententia communis fulcitur, Ego conuenientius esse Iudico, alias leges, quæ obscuriores esse videntur, declarandas esse ex magis claris & perspicuis, quàm è contrario.

Igitur quod attinet ad l.Si olei. Respondeo, illud verbum *Locasti*, ibi impropriè vsurpatum esse: nec mirum, quia etsi pecunia non detur, videtur tamen esse quoddã genus locati & conducti, vt in d.l.1.§.Si quis seruum.ff. Depositi.

Ad l.Et hæc distinctio.§.vlt.respondeo, Non hoc velle Iurisconsultum ibi, vt locatio sit, cùm fructus dantur pro mercede, sed quando merces constituitur in pecunia numerata, ita tamen vt fructus mercedis nomine com- D pēsentur. Aut si secus Iurisconsultus dixerit, nō erit propriè locatio.

Ad tertium respondeo, illa verba, *Certis annuis quantitatibus*, accipienda esse de pecunia, si propriè sit locatio, non autem de alijs rebus, vbi locatio propria non sit & vera, quæ responsio valet etiam ad d.l.Excepto.

Ad quartum respondeo. Inter Colonum partiarium, locationis contractum propriè non esse, sed potius societatis, vt habetur in d.l.Si merces.§.Vis maior.

Quintum nihil obstat, quia Imperator in d.§.Adeò, loquitur de contractu emphyteusis, in verbis, quæ ponderantur.

Cætera quæ Pinellus adducit loco annotato, mihi videntur esse leuiora, quàm vt confutatione egeant.

A

CAPVT LXXXIII.

Vtrum, si quis vendiderit agrum cum pacto redimendi intrà quinquennium, & ad illud tempus illum conduxerit, deinde finito tempore, in conductione manserit, censeatur tempus redimendi prorogatum esse.

IN proposita specie renouatam videri locationem & conductionem cum eodem redimendi pacto rñdit Alex.in cons.28.lib.4. quem refert, & sequitur Menoch. de præsumpt.lib.3.cap.85.nu.21. Et fundamentũ est in l.Item quæritur.§.qui impleto ff.Locati.in illis verbis. *Etiam pignorũ videtur durare obligatio, &c.* Itē quia tpis prorogatio censetur facta cum eisdem qualitatibus ex regula desumpta, ex l.Lecta.ff.Si certum petatur; Pręsertim verò quia pactũ huiusmodi, videtur esse pars precij.l.Fundi partem.ff. de contrahen. emptio. B

Verùm istis nil morantibus cōtrariam sniam veriorē esse existimo, nempe locationē quidem renouatam censeri, sed nō pactum redimendi ad longius tps prorogatũ videri. Ita respondit Alexander sibi contrarius in cons. 76.lib.5.Gozadin.ad l.2. C.de Rescin. vendic.quæst.31. Cagnol.ibid.q.58. Alios refert nouissimè Iosephus Mascardus.de Probation.vol.2.concl.992.num.4.& 5.

Probatur hæc sententia ex regula generali. Quoties obligationi certũ tps est constitutũ, si post tps agat, obstat exceptio.l. Eũ qui ita stipulatur.§ Qui ita.ff.de verb. oblig Cùm ergo venditor stipulatus fuerit, sibi ius ac potestatem redimendi intrà quinquenniũ concedi, elapso quinquennio redimere volenti obstat exceptio.

Ad textũ in d.l.Item quærit.§.qui impleto, rñdet, illum textũ loqui de obligationibus & hypothecis ad locationem ipsam pertinentibus. Ita vt renouata locatione, renouatæ ēt intelligantur cæteræ obligationes, quæ C ipsam locationē comitantur. Quæ rñsio valet etiam ad regulam l.Lecta.ff.Si certum petatur. Quod verò dicitur pactum esse partem precij, nihil obstar, quia intelligitur esse pars precij, secundùm tempus conuentioni adiectũ, Quare tempore conuentionis elapso, is, qui vendidit, summa ratione redimendi facultate priuatur.

CAPVT LXXXIIII.

Vtrum, sicut locatio finito tempore, renouata dicitur ex vtriusque partis taciturnitate, iuxta l.Item quæritur.§. Qui impleto ff.locati, ita etiam Emphyteusis renouata intelligatur.

REspondet Ias.in l.1.nu.66.C. de Iure Emphyt. renouatam nō censeri, quia Emphyteusis requirit scripturam, vt in l.1.C.de Iure Emphyt. vbi autem scriptura requiritur, tacita recondu- D ctio locum non habet, vt in d.§.qui impleto, in vltimis verbis. Eandem sententiam habuit Alex.cons.76.lib.5. Rum.cons.61.nu.6. lib.1. Crauetta cons 87.nu.3.Iacob. Menoch.de Præsumpt.lib.3.cap.85. num.36.

Addit Alex.hanc rōnem. Quòd si Emphyteusis renouata intelligeretur id esset, argumento à locatione sumpto, vt in d.§.qui impleto, sed tale argumentum sumi nō potest, quia diuersa est ratio inter locationem & Emphyteusin. Per Emphyteusin ius in rem, atq; adeò vtile trãsfertur dominium. Per locationem verò non æquè.

Contrarium placuit Ludouico Romano in cons.103, & Alciato in tractatu de præsumption.regula 2. Præsumptione 17.nu.3.

Mouet Romanus non solũ argumento de locatione, sumpto ex d. §. qui impleto. verum ēt quia datur tacita Emphyteusis renouatio, si enim Emphyteuta canonem non soluat per triennium, exclusus ac priuatus iure Emphyteutico dicitur, & tamen si postea soluat, Dño conniuente,

niuente, renouatio Emphyteuſis tacitè facta dicitur. A

Quod verò dicebatur ad Emphyteuſim ſcripturam requiri, & icciroo tacitè renouari non poſſe, reſpondet Romanus conſuetudine haud quaquam eſſe id receptū.

Verior videtur mihi cõmunis ſentẽtia, quia quidquid Romanus de conſuetudine dicat, quæ in locis illis eſt obſeruanda, in quibus viget l. de quibus. ff. de legibus illud certum eſt, de Iure ſcripturam eſſe neceſſariam ad Emphyteuſin conſtituendam, propter illa verba l. 1. C. de Iure Emphy. ibi. *ſcriptura interueniente*, vt tradunt Iulius Clar. lib. 4. ſententiar. q. 4. & Ioſeph. Maſcard. de Probationib. nu. 2. concl. 602. qui alios multos commemorant. Conſequenter tacito conſenſu abſque ſcriptura conſtitui non poteſt.

Non obſtat, quod Romanus adducit de Emphyteuta priuato propter canonem non ſolutum Domino, renouatio enim Emphyteuſis per canonis receptionem fieri dicitur, non principaliter, ſed per conſequentiam. Nam per receptionem canonis pœna remiſſa videtur, remiſſa B autem pęna manet ſaluum Ius Emphyteutæ, quod prius habuit, ante ſcilicet quàm priuatus eſſet, & multa permittuntur in conſequentiam, quæ principaliter non conceduntur. l. 1. ff. de Autho. tuto.

CAPVT LXXXV.

Vtrum conductor gratia colligendorum fructuum ſumptus in rem conductam factos, repetere à locatore poſſit, quando ad perpetuam rei vtilitatem facti ſunt.



REſpondit Paulus Caſtrenſis in cõſi. 270. lib. 2. Tales ſumptus repeti non poſſe. Primò, quia videntur eſſe facti, gratia colligendorum fructuum. l. Sumptus. ff. de rei vendic. l. Diuortio. §. Impendia. ff. ſoluto matr. Secundò, quia conductor eſt obligatus omnia facere, quæ C pertinent ad vtilitatem & culturam agri. l. Item ſi fundi. ff. de Vſufructu. l. Si merces. §. conductor. ff. locati. Tertiò, quia cõductor ipſe eam ob cauſam vberiores fructus percipiet, argumento l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. & l. Si merces. §. Vis maior. ff. locati.

Verùm iſtis non obſtantibus contrariam ſententiam amplector vnà cum Ruino in conſi. 135. lib. 3. & Rolando à Valle in conſi. 28. lib. 1. Moueor hoc argumento. conductor repetere ſumptus poteſt qui cadunt in perpetuam vtilitatem rei conductæ l. Colonus. l. Dominus horreorum. §. 1. ff. locati. Tales ſunt ſumptus de quibus agitur, Ergo, &c.

Non obſtat primum argumentum, quia intelligitur de ſumptibus qui ſolent fieri vt plurimum, veluti in arãdo, ſerendo & ſimilibus, ſecus eſt in his ſumptibus, qui pertinent ad perpetuam rei vtilitatem, nec ita ſoliti ſunt D fieri, neque neceſſarij.

Ad ſecundum, negatur conductorem obligatum eſſe ad tales ſumptus faciendos; licet enim teneatur agrum colere, non tamen obligatus eſt, ad ſumptus ingentes faciendos, quò longè melior & precioſior reddatur.

Ad tertium reſpondeo, rationem habendam non eſſe eius vtilitatis & commodi, quod conductor percipiet, quia temporaneum eſt, & non perpetuum, & ſi ratio habenda eſſet, nunquam ſumptus tales repeti poſſent, quoniam nunquam ferè accidere poteſt, vt res locata melior & precioſior reddita, maiora commoda & emolumenta non adferat, & tamen certum eſt, huiuſmodi ſumptus repeti poſſe, quod ſumma ratione conſtitutum eſt, vt ſcilicet locator, qui eſt Dominus rei, & qui perpetuam vtilitatem eſt percepturus, vnus illud ſuſtineat refundendorum ſumptuum conductori, l. Secundùm naturam. ff. de reg. Iur.

CAPVT LXXXVI.

Si conductor ſuſcipiat in ſe periculum caſus fortuiti, & caſus inſolitus contingat, vtrum ad illum, an verò ad locatorem pertineat.



REſpondendum videretur ad locatorem pertinere, quia is, qui ſuſcipit in ſe periculum caſus fortuiti, cenſetur cogitare de ſolito, non autem de inſolito, ex notatis per Bart. in l. Sed etſi quis §. quæſitum. ff. Si quis cautionibus. Ripam in Tracta. de peſte. rubr. de priuilegijs contractuum tempore peſtis, nu. 97. Boſſium de remiſſione conductori faciẽda, nu. 66. vbi dicit hanc ſententiam communem eſſe. Menoch. de arbitr. Iud. caſu 80. Andr. Geyll lib. 2. practi. obſeru. cap. 23. & probatur ex l. Fiſtulas. §. Frumenta. ff. de contrah. emptione.

Contrarium tamen mihi videtur verius, ex l. Si quis fundum. ff locati. vbi dicitur, ſtandum eſſe pacto, ſi quis locauerit fundum ea lege, vt etiam ſi quid vi maiore accidiſſet, præſtaretur ei merces. Vis autem maior intelligitur omnis vis tempeſtuoſæ calamitatis, cui reſiſti nõ poteſt, vt in l. Ex conducto. §. Si quis tempeſtatis. ff. eodem. Vnde ſaltem in genere, de omni caſu fortuito, ſiue ſolito, ſiue inſolito, cogitatum videtur ea pactione. Nec dicitur caſus fortuitus, niſi ratò contingat, vt dicebat Bald. in d. l. Sed etſi quis. §. Quæſitum. ff. Si quis cautio. qui propterea diſceſſit à ſententia Bartoli, ſicuti ab eadẽ diſceſſerunt Angel. Fulg. Caſtren. & Alex. in d. §. quęſitum. Imola. in c. 1. de locato. Iaſon. in conſi. 107. lib. 1. Crauetta in conſi. 294. nu. 8.

Et revera ille tex. in d. §. Frumenta, nihil facit pro altera ſententia. Eius verba hæc ſunt. *Frumenta quæ in herbis erant, cùm vendidiſſes, dixiſti, te, ſi quid vi aut tempeſtate factum eſſet, præſtaturum. Ea frumenta niues corruperunt. Si immoderatæ fuerunt, & contra conſuetudinem tempeſtatis, agi tecum ex empto poterit.*

Senſus legis eſt, eum qui vendidit frumenta in campis exiſtentia, ſi promiſit emptori ſe præſtaturum id, quod vis, ac tempeſtas mala damni attuliſſet, eum ex hac promiſſione teneri, ſi damnum niues immoderatæ intulerunt, & contrà conſuetudinem ſæuientes, non ſi ordinariæ, mediocres & moderatæ ſunt; quia cùm tempore hyemis ningere ſoleat, non cẽſetur emptor damnum ex moderata niue ac ſolita tempeſtate timuiſſe, ſed ex inſolita, nec venditor præſumitur voluiſſe obligare ſe ex cauſa cuiuſcunque damni euenientis. Quæ res nihil iuuat ſententiam dictam, imò alteram, quam ſequimur, potiùs confirmat.

CAPVT LXXXVII.

An ſi domus conducta comburatur, locatoris damnum ſit, vel conductoris.



QVæſtio eſt ſanè difficilis, quam Doctores tractant in §. Præterea. Inſtit. quibus modis re contrahi. oblig. in l. Data opera C qui accuſa. non poſſunt & in l. quæ fortuitis. C. de pigno. actio. Ex conſulentibus. Alex. in conſi. 50. lib. 1. Angelus 197. Cæpolla conſi. crim. 69. Roland. à Valle cõſi. 95. lib. 2. Ex alijs ſcriptorib. Grãmaticus dec. 5. Ioſephus Ludouicus deciſ. Peruſina 25. Menoch. de Arbitr. Iud. caſu 390. Andr. Geyll. lib. 2. pract. obſeru. ca. 21. Ioſeph. Maſchardus lib. 2. de probationib. in verbo Incẽdiũ. Aliquid per Couuar. relection. to. 1. 2. par. ca. 6. n. 14.

Atque in duobus articulis omnes conueniunt, in vno autem diſcrepant. Inter omnes conuenit, ſi fortuito caſu incendium exortum ſit, conductorem non teneri, ex l. Ex conducto, §. Si vis, in fine. ff. locati. ex l. Contractus. ff. de reg. Iur. & ſimilibus.

A Item conuenit inter omnes è contrario conductoré teneri, imò puniri etiam, vbi culpa, vel dolo eius incẽdium factum sit. ex l. Si quis fundum. §. Imperator. ff. eod. l. Sicut certo. §. nunc videndum, ff. commodati. l. Capitalium, §. Incendiarij. ff. de pœnis. De genere autem pœnæ consulendus est Menochius loco nuperrimè citato.

Controuersia autem inter Doctores est in eo. Quid si nesciatur, vtrum culpa, vel casu ortum sit incẽdium? Aliqui enim, quorum sententia est communior, dicunt conductorem non teneri, & damnum ad locatorem pertinere. Alij verò contrà, eum teneri, nisi de diligentia sua doceat. Et hæc posterior sentẽtia videtur mihi verior, ea ratione, quia incendium plerunq; culpa inhabitantiũ fit, vt ait Iurisconſ. in l. 3. ff. de officio præfecti vigiliũ. Respondent omnes id verũ esse, sed culpam hanc leuissimã esse, de qua cõductor non tenetur, allegant Glo. vtrunq; dicẽtem in §. præterea. Inst. quibus modis re contrah. oblig.

B Sed non videtur bona responsio, quia Glo. illa hoc dicit absque lege & ratione. Verba Glo. hæc sunt. *Furtum fieri non potest sine leuissima culpa, vt ff. Pro. Socio. l. Cum in duobus. vel incendium nasci absque leuissima culpa, licet nõ noceat (talis leuissima culpa) inculpabilibus, vt ff. de off. præf. vigil. l. 3. §. 1. & ff. de peric. & cõmodo rei vẽdita. l. si vẽdita & suprà proximo §. Sic Accurs.* Hic §. quẽ citat nihil facit.

Ad probandum itaque incendiũ leuissima culpa inhabitantiũ plerunque oriri, & cõsequenter non nocere, adducit tex. in d. l. §. 1. ff. de off. præf. vigi. qui nõ loquitur de leuissima culpa, sed de culpa simpliciter. Item l. si vendita. ff. de pericu & cõmo. rei vend. Sed ille textus non solùm id non dicit, verùm etiam mirè adiuuat sententiam nostram. Verba eius hæc sunt. *Si vendita Insula combusta esset, cùm incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondi, quia sine Patrisfamilias culpa fieri potest, neque si seruorum negligentia factum esset, continuò Dominus in culpa est. Quamobrem si diligentiam venditor adhibuisset eam in insula custodiẽda, quam debent homines frugi & diligentes præstare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.*

C Sensus legis est, incendium quidem regulariter absq; culpa non fieri, & plerunque inhabitantium culpa, vt alibi dicit IC. sed non statim Patremfamilias esse condemnandum, qui si diligentiam adhibuit, non tenetur. Diligentiæ ergo probatio excusat patremfamilias, quod argumento est, ad eum alioqui incendij damnum pertinere, propterea quòd in culpa præsumatur, vt habet sententia nostra, scilicet, nisi probet diligentiam.

Nonnulla alia Iuris loco citãtur à Menoch. lo. annot. nu. 9. ad probandum, ex leuissima culpa conductoré non teneri. nimirum l. Sicut certo. §. nunc videndum ff. commodati, l. In iudicio. C. locati. & l. Contractus. ff. de reg. Iur. sed nullum in his verbum de leuissima culpa.

Sed dicit Andr. Geyll loco proximè citato. Ad hoc, vt quis de incendio teneatur, & condemnari possit, necesse est probare culpam certi hominis, quia licet incendium culpa inhabitantium factum præsumatur, nõ tamen præ- D sumitur culpa certæ personæ, per tex. inquit in l. Si vendita. ff. de pericu. & cõmodo rei vend. vbi casus apertus, quòd incendium sine culpa Patrisfamilias fieri possit, ergo vt teneatur conductor ex generali illa præsumptione, quæ ex habitatione suboritur, necesse est probare culpã certæ & determinatæ personæ, quæ si nõ probetur, remanet incertitudo, & per consequens sententia condemnatoria sequi non potest. l. Licet. §. vlt. ff. Nautæ, caupones & Stabul. ibi. *Vt certi hominis factum arguamus.*

Respondeo; Licet d. l. Si vendita, affirmet incendium fieri posse absque patrisfamilias culpa, non rectè tamen infertur patrisfam. culpam non præsumi. Si non præsumeretur, non esset ei necessè probare diligentiam.

Nec vera est illa propositio, sic generatim sumpta, sequi non posse condemnationẽ, nisi culpa probetur certæ & determinatæ personæ. Nã contrarium docet tex. in l. Ita vulneratus. vers. his consequens est. ff. Ad l. Aquiliam. vt per Menochium de Arbitr. Iud. casu 361. nu. 19.

A Quòd verò dicitur in d. l. licet. §. vlt. locũ habet in caupona publica, vbi sunt plures hospites & viatores, quorũ culpa euenire potest incendium, vt meritò caupo non teneatur, nisi certi hominis factum arguatur, si enim apparere posset, culpane cauponis, aut ipsius familiæ, incendium ortum fuerit, an verò hospitum & peregrinorum.

CAPVT LXXXVIII.

Si quis locauerit rem, & conductori obligauerit omnia sua bona, vt plerunque fit in Italia, deinde rem vendiderit, vtrum emptor possit conductorem expellere.



Initur locatio, si locator rem vẽdiderit, l. Emptorem. C. locati, sed tamen ex cõmuni doctorum sententia si in instrumento locator obligauerit omnia sua bona cõductori, vel B specialiter ipsam rem locatam, pro contractus obseruatione, poterit conductor rem retinere vigore talis obligationis, donec sibi quod sua interest, præstetur, ob id quod re locata vsus non est, sicuti adnotarunt Bartolus in d. l. Emptorem, & alij, vt per Couuar. lib. 2. Variar. resol. cap. 15 nu. 5. Et probatur hæc sententia in l. Si creditor. §. vlt. ff. de distract. pignor.

Controuersia igitur est, si emptor ac singularis successor offerat ipsi cõductori id, quod interest, an possit eum expellere? Et posse cõmunis est Doctorũ sentẽtia, de qua testatur Negusantius de Pignorib. primo mẽbro secũdæ partis, nu. 6. & Couuar. loco proximè citato. Etenim conductori, cui non licet facto locatoris vti, re conducta, nil aliud debetur, nisi quod sua interest, eũ posse vti re cõducta, l. Ex cõducto. ff. locati, & l. Si merces. §. 1. & l. qui fundũ, eod. tit. Si ergo ei tale interesse offeratur, nihil habet quod cõqueratur. Porrò à tertio offerri posse probatur, ex l. Paulus. §. qui pign. ff. quib. modis pignora vel hypoth. C soluantur, & ex l. cum secundus. ff. de distractio. pignorũ.

Contrarium respondit Bart. Socinus in cons. 90. lib. 4. & ad superius argumentum respondet, negando conductorem pro obseruatione contractus, agere posse tantum ad interesse. Imo verò locator (inquit Socinus) tenetur, & compelli potest præcisè ad præstandam patientiam vtendi, vt in l. æde C. locati, & in l. Si duo. §. Si cum inquilinus. cum ibi notatis. ff. vti possidetis qui locus nihil penitus ad rem facit, & nihil de hac re dicit.

Ad l. æde. respondeo, nihil facere. Dicitur ibi cõductorem expelli non posse, si pensionẽ soluat, quod facilè concedo, sed non efficitur, quin Dominus possit eam rem alteri vendere, vt in d. l. Emptorem. C. eod. tit. Et consequẽter quin ab emptore expelli possit, vt ibi dicitur.

Secundò dicit Socinus, communem sententiam non procedere, quando stipulatio in contractu locationis interposita est, quia illa corroborat contractum & maiorẽ D ei efficaciam præstat iuxta l. Ex placito. C. de rerum permutation. cum similibus.

Rñdeo, stipulationem cõtractui robur addere, quoad hoc, vt actionẽ producat, in reliquis naturã sequi cõtractus, sup quo interponitur. l. 2. §. Si qs sub cõditione. ff. vt legatorũ nomine caueatur, & ex l. Si stipulatus ff. de Vsuris, & simil. Quare cùm natura locationis sit, vt nõ impediat alienationẽ rei locatæ, dominijq; eius in aliũ translationẽ, vt d. l. Emptorẽ, sequetur, stipulationẽ haudquaquã immutare ius emptoris, & singularis successoris posse.

Tertiò Socinus dicit, memoratam conclusionem non habere locum, vbi iuramentum in locatione interpositũ est, simul cum bonorum obligatione, quia illud præcisè obligat ad obseruanda promissa. Et Socinum sequi videtur Couuar. loco suprà citato, licet subdat dubiam esse hanc Socini sententiam, cùm hic non tractetur de vinculo iuramenti respectu iurantis, vel successoris eius vniuersalis, qui iuramento stare tenetur, sed respectu singularis successoris, qui non tenetur stare iuramento.

Sed

Sed mihi vr̃ vera Soc. sententia, quia cùm iuramentũ obliget præcisè ad factum, vt in l. Si pecuniã. ff. de cond. causam. vbi Glo. Ias. & alij. Poterit conductor rem conductã retinere. Et si singularis successor dicat, quod tua interest, paratus sum dare, respondebit ipse, obligatus est mihi locator, ac rei dñs præcisè ad factum, hoc est, ad patientiam præstandam vtendi, fruendi, in eamq; causam obligauit bona. Quare competit mihi retinendi ius, quia tu non potes melioris esse conditionis, quàm locator, à quo causam habes, vt in l. Si mulier. §. 1. ff. ad Senatuscõsultum Velleianum. Vide etiam de hac re Roland. à Valle, cons. 6. lib. 1. num. 10. & 29.

CAPVT LXXXIX.

Si particulare damnum contingat, ex quo tota rei emphyteutica substantia non depereat, vtrum ad Emphyteutam pertineat, etiam quando non exiguam pensionem soluere tenetur domino, sed magnam & respondentem fructibus.

SI particulare damnum contingat, illud spectare ad Emphyteutam certum est, l. 1. C. de iure Emphy. sed controuersia est, quid si damnum notabile, puta insignis sterilitas contingat, & talis sit Emphyteuta, qui nõ exiguam, sed magnã pensioné soluere teneatur, vtrum idem statuendum sit?

Duplex est interpretum sñia. Prima est; hoc in casu locum non habere, & remittédam esse pensionem Emphyteutæ, sicut conductori remittitur. Ita respódit Alex. in cons. 112. lib. 1. Francisc. Aretin. cons. 55. nu. 110. Carol. Rui. 77. nu. 7. lib. 1. Rolan. à Valle 96. nu. 26. lib. 1. Io. Sicardus, in d. l. 1. nu. 28. Clar. lib. 4. sententiarum. § Emphyteusis, q. 8. vers. Sed nũquid propter sterilitaté. Hipp. Rimi. cons. 49. nu. 14. lib. 1. Et hãc sñiam benigniore sibi videri dicit Andr. Geyll. lib. 2. pract. obseru. c. 23. nu. 24.

Altera est sñia penitùs contraria, non esse remittendam pensionem Emphyteutæ, sed omne damnum particulare ad ipsum pertinere, siue modicam pensioné soluat, siue magnam. Ita respondit Natta in cons. 49. & 194. & alij, vt refert & sequitur nouissimè Aurelius Corbulus in Tract. de Iure Emphyt. cap. 15. amp. 12.

Videbatur mihi prima sententia verior, primò ex l. Si vno. ff. locati. Vbi dicitur cõductori fundi vectigalis propter sterilitatem remittendam esse pensionem. Si conductori fundi vectigalis remittenda est. Ergo & Emphyteutæ, is enim ab eo cóductore vix differt, vt docet Glos. in rubr. ff. Si ager vectig. vel Emphyt. peta.

Secũdò ex eo, quod habet in §. Lex itaq; in Auth. De nõ alienãdis reb. Eccl. & in Auth. perpetua. C. de sacros. Eccl. Dr̃ in illis legibus concedi posse rem Ecclesiasticã in Emphyteusin cũ diminutione sextæ partis mercedis iustæ, & hoc pp fortuitos casus, qui ad Emphyteutã spectant. Ergo si iusta pensio ab Emphyteuta soluatur, videtur dicendum, casus fortuitos ad eum non spectare.

Tertiò. Nã cessante rõne legis, cessat lex. l. Adigere. §. quis. ff. de Iure patro. Sed ratio cur damnũ particulare spectet ad Emphyteutam, illa est, quia is modicam pensionem soluit in recognitionem dominij, non autem in compensationem fructuum, quos percipit ex re Emphyteutica. vt docet Bart. in d l. 1. in 2. oppositione, C. de Iure Emphyt. Ergo si magnam pensionem præstet æquiualentem fructibus, secus est dicendum.

Postremò quia illa non est propriè Emphyteusis, in qua magna pensio soluitur fructibus attemperata, sed est potiùs locatio. Emphyteusis. n. est propriè, cùm res datur ad meliorandum, modica aliqua pensione data. Id patet ex verbi etymologia, ex qua sumi potest argumentum, vt docet Bart. in l. Oẽs populi. in 6. q. ff. de Iust. & Iu.

Ceterùm re diligentiùs considerata & perspecta, contrariam sententiam veriorem esse puto; Non esse remittendam pensionem Emphyteutæ, propter sterilitatem, licet magnam pensionem soluat. Moueor ex d. l. 1. vbi dicitur damnum ex quo tota rei substantia non perit, ad Emphyteutam spectare, sed damnum propter sterilitatem contingens, non est tale, vt tota res intereat. Ergo ad Emphyteutam spectat.

Non obstant argumenta in contrariũ adducta. Quòd enim attinet ad l. Si vno. Rñdeo non esse veram Assumptionem, quòd Emphyteuta non differat à conductore fundi vectigalis. Illa sententia Glo. nullo iure probatur. Contrarium patet esse verum ex traditis per Franc. Cona. lib. 7. comment. iu. cap. 12. num 7. & per Alciat. lib. 3. dispunctionum, cap. 10. & lib. 1. parerg. cap. 36.

Ad secundum respondeo, non esse bonam consequentiam illam. Res Ecclesiastica in Emphyteusin concedi potest cum diminutione sextæ partis pensionis propter casus fortuitos, qui ad Emphyteutam pertinent. Ergo si iusta pensio præstetur ab Emphyteuta absque vlla dimi-
B nutione, casus fortuiti ad eum non spectabunt. Consequentia debet sic fieri. Ergo si casus fortuiti ad Emphyteutam non spectent, res Ecclesiastica concedi nequit, cum diminutione illius sextæ partis. Quid enim prohibet, quò minus Emphyteuta damnum ex fortuitis casibus patiatur, secundum naturam contractus, & ad iustã & magnam pensionem soluendam obligetur expressa conuentione?

Ad tertium argumentum rñdeo. Ratio cur particulare damnum ad Emphyteutam spectet, illa est, quia soluit pensionem in recognitionem dominij, non auté in compensationem fructuum, sicut conductor, concedo. sed dum dicitur, quia modicam pẽsionem soluit. nego. Quid enim impedit, quò minus soluat in recognitionem directi dominij, etiam magnam & iustam pensionem?

Ad quartum & vltimum. Emphyteusis dr̃ propriè cũ res datur ad meliorandum. Concedo. Sed cùm dr̃ constituta modica pensione annua, id nego. Nec argumentum
C illud probat. Et quod dicatur Emphyteusis, licet magna & iusta pensio soluatur, probat tex. in §. quia verò leuis in Authen. de non alienand. reb. Eccl.

CAPVT XC.

Si res Emphyteutica sit ab hostibus occupata, vtrum remittenda sit pensio Emphyteuta.

ILlud etiam est in controuersia. Vtrum si res Emphyteutica sit ab hostibus occupata, remittenda sit Emphyteutæ pensio?

Variæ ac diuersæ sunt doctorum sententiæ. Alij enim docent locum esse remissioni; & hæc videtur magis communis sententia legistarũ, vt inquit Abbas in c. Potuit de loca. Ias. in l. 1. nu. 91. C. de Iure Emphyt. Iul. Clar. lib. 4. Sententiar. §. Emphyteusis, quæst. 8. vers. Sed quid in Emphyteuta. Andr. Geyll.
D lib. 2. pract. obseru. cap. 23.

Alij contrà, non esse locum remissioni, quia casus fortuiti ad Emphyteutam spectant, vt in §. Lex itaque, in Authen. de reb. Eccles. non alien. Bellum autem dicitur casus fortuitus, l. In rebus. ff commod. Et quia tota res non perit, licet fructus pereant, fructus enim dicuntur pars rei, l. Fructus pendentes. ff. de rei vendic. Ita Card. Florentin. respondit, vt refert Abbas loco annotato, & ita etiam respondit Collegium Patauinum, vt refert Iason, vbi suprà. Idem voluit Conanus lib. 7. comment. Iuris, cap. 12. num. 7.

Alij distinguunt, vtrum pensio modica soluatur, an verò magna, & primo casu locus non sit remissioni, secundo casu sit locus. Ita Collegium Mediolanense, vt post Cuma. refert Clarus loco suprà dicto.

Alij distinguunt, vtrum bellum sit iustum, an iniustũ, primo casu locus sit remissioni, quia bona capta ab hostibus effecta sunt capientiũ, Secundò verò casu nõ, quia

spes

spes est recuperationis.Ita Ang.in d.l.1.tit. nostro & ibi. A Io.Sicatd.num.31.

Alij denique aliter,præsertim Aurelius Corbulus,qui distinguit in plures casus hanc quæstionem de Iure Emphyt.cap.15.ampl.18.

Mihi oĩum optima, verissimaq; cõis sentẽtia videtur, quòd scilicet Emphyteutæ remittenda sit pensio, quando propter tumultus & calamitates fundum ingredi nõ potest: Et moueor,quia eo in casu fundum possidere nõ dicitur l.Cum vnus,§.vlt.ff.de bonis auth. Iud. possi.ibi. *Aut propter latronum potentiam non potest possideri, rectè dicitur,non esse quod possideatur.* Si enim fundum non possidet,ergo pensionem soluere non tenetur fundi nomine, & perinde est, ac si fundus non extaret & perijsset, respectu temporis,quo possideri non potest.

Vnde nihil mouet, quod dicitur hoc in casu fundum extare, & non perijsse, quia idem est, ac si non extaret. Nec enim Dominus patientiam vtendi & fruendi præstare potest, nec quicquam omnino habet Emphyteuta B ex eo fundo ampliùs,quàm si verè non extaret.

Non obstat, quod dicitur casus fortuitos ad Emphyteutam pertinere, vt in d.§.Lex itaque. Qm̃ id concedo, nisi tota res pereat,vt in l.1.tit.nostro. Hoc verò casu,idẽ omnino est, ac si perijsset pro eo tempore, quo impeditur possideri, & in potestate hostium reperitur.

CAPVT· XCI.

An Emphyteuta Ecclesiæ teneatur soluere collectas, & tributa fiscalia Domino temporali.

Controuertitur etiam, vtrum Emphyteuta Ecclesię obligatus sit ad soluẽdas collectas, & onera fiscalia. Respondet Bart.in l.Priuatæ.C.de Excusa.mune.lib.10. Emphyteutã Ecclesiæ nõ teneri,ne grauetur duplici onere soluendi,scilicet Ecclesię pensionẽ,& fisco tributum. Eandem sñiam secutus est Ias. in l.1.num.31. C.de Iure C Emphyt.eamq́; tutiorem dicit Bossius, in tit. de Principe,& priuilegijs eius,nu.128.Eandem alijs citatis nouissimè amplexus est Marcus Antonius Eugenius,in cons. 96.num.22.lib.1.

Sed contrarium docuit Andr.Iser.in tit. Quæ sint rega.in verb.plaustrorum, dicens, inspiciendam esse personam Emphyteutæ,qui cùm sit obnoxius collectis,tenetur eas soluere etiã pro re Emphyteutica Ecclesiæ, quia res à persona conditionem accipit,non contrà,l.1.C.de Imponenda lucratiua descript.lib.10.

Idẽ rñderunt Alex.in cons.101.lib.1. Natta,cons.114. nu.18.Et ad rationẽ illam Bart. rñdent,eam nullius esse momenti,quia duplici onere aliquis grauari potest diuerso respectu,vt patet ex multis,sed præcipuè ex l. Si pendentes.§.Si quid Cloacarij.ff.de Vsufr.vbi cõductor fundi vectigalis soluere tenetur vectigal municipio, & tributũ fisco. Et si bona esset rõ hęc,nullus Emphyteuta,ẽt priuati,obligatus esset ad collectas. Is.n.pensionem sol- D uit Dño,vnde ne duplex onus subiret,nõ teneret̃ soluere tributum fisco,quod tñ est cõtrà,l.2.C.de Iu.Emphyt.

Ego puto veriorem esse Bart. sñiam duplici ratione. Primò,quia vr̃ hæc satis bona regula, in hac materia, vt quoties Dñs ad collectas non tenetur, non teneatur etiã Emphyteuta. l.Priuatæ. C. de excusa. mune. lib.10.vbi Emphyteuta fisci non tenetur, quia fiscus est immunis. Sed Ecclesia non tenetur ad collectas.l.2. C. de Episcopis & Cler.c.1.de Immu.Eccl.lib.6. cum vulg. Ergo nec Emphyteuta tenetur. Altera ratio est, quia vbicunque aliquis possidet rem immunem à collectis & tributis, is collectas & tributa pendere non teneatur.l.1. C. de imponenda lucratiua descript.lib.10.ibi.*Contraq́, si cuiuslibet,&c.* Sed Emphyteuta Ecclesię possidet rem immunẽ à collectis, quia bona Ecclesiæ sunt immunia.l.Placet. C.de Sacrosanct. Eccles. ibi. *Ne prædia vsibus cœlestium* A *secretorum dedicata, sordidorum munerum fęce vexentur,&c.* Et c. Non minus de Immu.Eccl.cum similibus. Ergo non tenetur ad collectas.

Ad argm̃ rñdeo. Quod dr̃ rem à persona cõditionem recipere,concedo,si intelligatur iuxtà terminos.d.l.1.C. de Impo.lucra.descript. à qua desumitur pronunciatum. Dr̃ ibi, Curiales esse immunes à collectis, & q; si bona collectis subiecta perueniant ad eos,sint immunia, sed si ad alios,secus;quia inquiritur personæ conditio. Iste non est casus noster,quia Ecclesiæ bona ab ipso principio,natura,sua sunt exempta & libera, vnde ad quemcuq; perueniãt,sarcinam collectarum effugere debent, vt inquit tex.in d.l.1.vers.Contraq; si cuiuslibet. C. de imponenda lucratiua descript. Posset autẽ argm̃ procedere, & simul ẽt cõtraria Doctorum sñia,si res ab Ecclesia in Emphyteusin cõcessa,fuisset ab aliquo priuato Ecclesiæ vendita, ac ppea collectarum oneri subiecta, tũc.n.locus esset decisioni dictæ legis, quod à primordio tituli, poste- B rior formetur euentus,i cùm res à principio est descripta in libro fisci,cum alijs rebus, quæ collectarum oneri subiacent, si perueniat ad Ecclesiam, quæ immunis est, ipsa res euitabit onus collectæ,sed si ab Ecclesia trãferat̃ ad alium non exemptum, redibit ad naturam suam, pp personam possessoris,& sic ad collectas erit obligata.

CAPVT XCII.

Emphyteusi finita absque culpa Emphyteuta, vtrum meliorationes repeti possint.

Dicitur in l.2.C.de Iure Emphyt.Emphyteutam in solutione canonis cessantẽ,per triennium, iure suo cadere, emphyteuticamq́ue rem reuerti ad Dominum, vnà cum meliorationibus factis. Nunquid hoc procedat etiam, quando Emphyteuta cadit Iure suo, absque culpa,vt verbi gratia, si res Emphyteutica concedatur vsq; C ad certum tempus,certamue generationem, & illud sit elapsum,ac generatio extincta.

Respondit Bald. in l.Senatus §.Marcellus.ff. de legatis.hoc casu meliorationes ad Emphyteutam pertinere, eiusue hæredes,non autem ad Dominum. Sequitur Ias. d.l.2.C.de Iure Emphyt.num.27. Deci. qui alios citat in cons.518.Probatur hæc sententia multis similibus.

Primò ex eo,quod habetur in cap.1.§.Si Vasallus. tit. Hic finitur lex,& consuetudines regni incipiũr.vbi tex. dicit.*Si vasallus in feudo aliquod ædificium fecerit, vel ipsum sua pecunia meliorauerit, & contingat postea, vt sine filio masculo decedat dominus, aut patiatur ædificium auferri,aut soluat precium meliorationis.*

Secundò ex eo, quod dicitur in l.Diuortio·§.impendia.ff.soluto matr.vbi tex. loquens de meliorationibus à marito factis in fundo dotali,sic ait. *Planè si nouã villam necessariò extruxit,vel veterem totam sine sua culpa collapsam restituit,erit eius impensæ petitio.*

D Tertiò ex l.Domos.ff.de legatis. *Domos hæreditarias exustas* (ait lex) *& hæredis nummis extructas ex causa fideicommissi,post mortem hæredis restituendas,boni viri arbitratu sumptuum rationibus deductis,&c. respondi.*

Quartò ex l.Eum ad quẽ.C.de Vsufr.vbi de meliorationibus vsufructuatijs sic dr̃. *Proinde,si quid vltrà,quàm impendi debet,erogatum potes docere, solenniter reposces.*

Quintò & vlt ex l. Sed addes.§.Si inquilinus.ff.locati,vbi tex.ait. *Si inquilinus ostium, vel aliã quadã ædificio adiecerit,quæ actio locum habet? Et est verius,quod Labeo scribit,competere ex cõducto actionẽ, vt ei tollere liceat,&c.* scilicet eiusmodi adiectiones & meliorationes.

Verũ istis nõ obstantibus cõtrariã sñiam veriorẽ esse puto,vnà cũ Francisco Sarmiento lib.3.select.interpret. c.4. nimirum eiusmodi meliorationes ad Dominũ pertinere,non autem ad Emphyteutã, vel eius hæredem.

Et moueor,qa Emphyteuta ex natura cõtractus Emphyteu-

phyteutici, tenetur fundum, ac rem meliorare, vt verbũ ipsum ostendit, quod significat meliorationem siue plantationem. Cõsequenter non potest meliorationes factas repetere, facit enim id, quia tenetur, vnde res non potest parere liberationem & repetitionem. l. Qui hominem. §. vult. ff. de solution.

Confirmatur argumentum ex l. Colonus. & ex l. Dominus horreorum. §. in conducto. ff. loca. quibus in locis dicitur, conductorem demum impẽsas ac meliorationes factas repetere posse, si non tenebatur ex lege contractus eas facere. Vnde cum Emphyteuta ex lege contractus teneatur, idem est dicendum, quia tantundem operatur natura contractus, quantum expressa contrahentium conuentio. l. quia tantundem. ff. de nego. gestis.

Ad similia in contrarium adducta, vno verbo responderi potest, ea non loqui, nec procedere, quãdo is, qui meliorationẽ facit & impensas, tenetur ex natura cõtractus eas facere, vel ex conuentione & pacto. Quamobrẽ nec conclusio etiã procedit in ijs expensis, quas Emphyteuta facere nõ tenetur ex natura contractus, veluti sunt ædificia. Vide Arium Pinell. de rescin. vend 2. par. c. 3. nu. 10.

CAPVT XCIII.

Emphyteuta non soluens pensionem per triennium, an cadat ipso iure ab omni iure quod habet, an verò ita demum, cum lata erit sententia.

Dicitur in l. 2. C. de Iure Emphyt. Emphyteutam cessantem in solutione per triennium, cadere Iure suo, si Dominus voluerit. An ipso Iure cadat, an verò per sententiam. Hanc quæstionẽ tractat Specul. in tit. de Emphy. q. 41. & concludit non ipso Iure priuari, sed per sententiam Iudicis.

Sequuntur eandem sententiam Paul. Castr. in consi. 68. lib. 2. Lud. Rom. in consi. 212. & alij quos refert Tiraq. in rep. l. Si vnquam. C. de Reuo. don. in verbo reuertatur, nu. 187.

Argumenta verò sunt hæc, vbicunque lex vtitur verbis futuri temporis, nõ autem præteriti vel præsentis, priuatio non inducitur ipso Iure, sed per sententiam, vt docet Glo. in l. Iubemus. §. sanè. C. de Sacrosanct. Eccl. in vers. priuetur, & in l. in criminal. in vers. habeatur. C. de Iurisd. om. Iud. sed lex vtitur verbis futuri tẽporis, dicit enim in §. Si verò quis aut locator, in Authen. de alien. & Emphy. Emphyteuta qui nõ soluit canonẽ *extraneus fiet à Iure suo*. & l. 2. C. de Iure Emphy. vtitur verbo illo, *Cadat Iure suo*, quod videtur tempus futurum designare.

Secundò probatur ex d. l. 2. eod. tit. dicitur enim Emphyteutam cadere iure suo, si Dominus voluerit. necessaria ergo est Domini petitio, & consequenter sententia Iudicis.

Tertiò facit argumentũ à simili. Nam vasallus feudo priuatur, si id irrequisito Domino alienauerit, vel alias ob causas à lege definitas, & tamẽ ipso Iure non cadit: sed per sentẽtiã, vt in c. 1. de feudo sine culpa nõ amitten. c. 1. §. Sancimus, quo tempore miles inuestitu. petere possit.

Quartò, quia etiã lex dicit cõpensationẽ ipso Iure fieri l. vlt. C. de compensa. & tamen sententia Iudicis requiritur. l. Quod in diem. §. 1. ff. de compensa. l. Si autem. § vlt. ff. de nego. gest. Ergo idem dicendum in Emphyteuta.

Postremò facit tex. in l. Lex vectigali. ff. de pignorib. vbi præsupponitur à Iudice pronũciari, super huiusmodi priuatione Iuris, cùm aliquis conduxit fundũ vectigalẽ, & debitũ vectigal non soluit. ibi: *Si cum in exolutione vectigalis, tam debitor, quàm creditor cessassent, & propterea pronũciatum esset, fundũ secundùm legem, Domini esse, &c.*

Contrariam sententiam habuerunt alij, quos refert & sequitur Ias. in d. l. 2. C. de Iure Emphy. num. 14. Alex. in cõs. 6. lib. 3. Deci. 146. & alij multi quos refert & sequitur

A Aurelius Corbulus de Iure Emphy. cap. 15. Ampl 45.

Argumẽta huius cõtrariæ sententiæ hæc sunt. Primò, quia l. 2. C. de Iure Emphyt. dicit Domino licere Emphyteutam expellere, qui per triennium cessauit in solutione. Si enim licet Domino eum repellere, sequitur sententiam Iudicis non esse necessariam.

Secundò, quia eadem l. 2. vtitur verbis illis, *Cadat omnino*, & eodem modo loquitur tex. in §. scire. in Auth. de nõ alienan. reb. Eccl. Verbum autem illud est præcisiuũ, & significat ipso iure, vt tradit Ludo. Roman. in sing. suo omnium primo, ex Glo. in l. 1. §. si pecuniã; in verbo omni. ff. depo. Idem docet Mattesil. sing. 10.

Tertiò, quia tex. in l. Lex vectigali. ff. de pignor. dum loquitur de sententia Iudicis super eiusmodi priuatione, dicit pronunciationem fieri declaratoriam priuationis, & propterea (inquit textus) *pronunciatum esset, fundum secundùm legem, Domini esse, &c.* Quod si non induceretur priuatio ipso Iure, tunc per sententiam esset inducenda,

B & ita concipienda foret, ac si Iudex priuaret Emphyteutã, & doctrina Bald. in c. 1. §. 1. quib. mod feud. amittatur.

Hanc posteriorem sentẽtiam ego sequor, verioremq; de iure puto. quia d. l. 2. C. de Iure Emphy. dicit, Emphyteutam cadere Iure suo, si Dominus voluerit, quòd autẽ sententia Iudicis requiratur, nullum verbum in textu, vt parum sit credibile, id Iustinianum omissurum fuisse, si necessarium esset. Illud tamen moneo, hanc sententiam intelligendam esse, quãdo certum est & in confesso, Emphyteutam in solutione cessare. Quod si dubium esset, tunc ad hoc vt constaret, Iudicis pronunciatione, ac sententia opus esset, ex notatis per Iasonem in l. Si quis maior. nu. 25. C. de Transaction. & fusiùs per Menochium cons. 99. nu. 169. lib. 1.

Non obstant argumenta in contrarium, quia quod attinet ad primum, de verbis futuri temporis, verum esse fateor, illud quod dicitur, verba futuri temporis, legis designare priuationem, non ipso Iure, sed per sententiam.

C Sed non procedit, quando talia verba sunt coniuncta, cum verbis designantibus ipso Iure induci priuationem, vt est dictio, *mox, statim, omnino*, & similia. Bartol. in d. l. Iubemus. §. sanè. C. de sacrosanct. Eccl. & in l. Imperatores. ff. de Iure fisci. Sic autem est in quæstione nostra. vt dictum est suprà.

Ad id autem quod secundo loco dicebatur, Emphyteutam non priuari iure suo, nisi dominus voluerit, consequenter necessariam esse petitionem eius, ac subinde Iudicis sententiam. Respondeo, negando consequentiam. Necessaria quidem est domini petitio & declaratio, sed quid prohibet, quo minus domino voluntatem suam declarante, priuatus Emphyteuta dicatur absque, alia Iudicis sententia?

Ad tex. d. l. Lex vectigal. respondeo, ibi quidem iudicialis pronunciationis fieri mentionem: sed nullum verbum quòd talis pronunciatio sit necessaria. Et nos quoque fatemur euenire posse, vt Iudicis pronũciatio in hac

D re sequatur, negante, exempli gratia, Emphyteuta, se in solutione canonis cessasse, & domino eum non soluisse dicente, tunc & Iudex adeundus est, & sententia expectanda, quæ disputationem dirimat, licet ante eius prolationem Emphyteuta intelligatur priuatus, si nõ soluerit.

Quod autem adducebatur de Vasallo, non adeò exploratum est, siquidem Iasone teste in l. 2. C. de Iure Emphyt. numero 16. multi contrarium docent, ipso Iure, scilicet, vasallum feudo priuari. Et licet sententiæ Iudicis fiat mentio in legibus in contrarium allegatis, illud est propter controuersiam inter dominum, & vasallum, quæ vbi existit, necesse est, vt competentis Iudicis sententia definiatur.

Eadem responsione tollitur vltimum argumentum de compensatione. Nam compensatio ipso Iure inducitur, sed in legibus allegatis, iudicialis sententiæ facta mentio est, propter controuersiam inter partes, vtrum locus esset compensationi, existentem.

CAPVT

CAPVT XCIV.

Emphyteuta cessante in solutione, & domino declarationem suæ voluntatis differente, fructus interim percepti ad quem pertineant; An ad dominum, an verò ad Emphyteutam?



Vid si Emphyteuta cessauerit in solutione canonis, & antequam dñs declarauerit, se velle eũ Iure suo cecidisse, fructus perceperit, an teneatur ad restitutionem eorum? Videbatur mihi prima facie respódendũ, teneri. Primò, quia posteaquã cecidit, dicitur esse malæ fidei possessor. Possessor auté malæ fidei fructus non facit suos, sed restimere tenetur. l. Si fundũ. C. de rei vendicat.

Secundò ex eo, quod in vsufructuario cõstitutum est, is enim ad restitutionem fructuum tenetur, quos finito vsufructu percepit. l. Si Pater. C. de Vsufruct.

Tertiò ex eo, quod dicitur de Vasallo. Nã si committat crimen feudi priuatione dignum, restituere tenetur fructus, quos percepit, antequã lata sit in eum sententia priuationis, l. 1. vbi Castren. notat. C. de his quib. vt indig.

Quartò, Nam Emphyteuta priuatur iure suo si dominus voluerit: hæc autem verba, *si dominus voluerit*, conditionem important: sed hæc est natura conditionis, vt retrotrahatur. l. Si filiusfa. ff. de verb. obli. domino ergo declarante se velle, idem est, ac si statim cùm cessauit, priuatus fuisset; quo casu fructus, haud dubiè, ad dominum pertinuissent.

Quintò, Nam & filio legitimæ supplementum debetur cum fructibus. §. prohibemus. in Anthen. de Triente & Semisse. l. Scimus. C. de inoff. testam. si voluerit. vt declarat ibi Glo. in verbo, ipso Iure. Et tamen cùm declarat se velle fructus consequi, debet à die mortis Patris, non à die declarationis, vt tradunt Bald. in l. Papinianus, §. Vnde si quis. ff. de inoff. testam. & Cornel. in consi. 265. circa finem, lib. 3.

Sextò, Rei legatæ dominium in legatarium transit, si velit, hoc est, si acceptauerit legatum, & tamen si acceptauerit, ex die aditæ hæreditatis, res eius esse intelligitur, non autem ex die acceptationis. l. Si tibi homo. §. Cum seruus. ff. de leg. 1. Sic ergo & in quæstione nostra, res emphyteutica ad dominum pertinet ex die, quo emphyteuta in solutione cessauit, non autem ex die, quo dominus voluntatem suam declarauit.

Septimò, mouebat me Iuris regula, quòd principalis causa inspicienda sit, & ab ea dispositio regulam sumere debeat. l. Si hæres testamẽto. ff. de act. empt. l. Vxorem. §. Agri plagam. ff. de leg. 3. Causa autem principalis, ob quã priuatur Emphyteuta, est, quia non soluit canonem, vnde illa videbatur inspicienda, & ex ea iudicandum, priuationem inductam esse, consequenter ex eo die fructus ad dominum pertinere, ad quem res pertinuit, non autẽ ad Emphyteutam iam exclusum, & priuatum iure suo.

Octauò, vbi lex imponit pœnam ipso iure, propter aliquod factum, illa non habet locum, nisi sequatur Iudicis declaratio, per quam constet de tali facto, vt tradit Ias. in l. Si quis maior. nu. 25. C. de Transact. & alijs. & tamen etiam ante declarationem pęna effectum habet. l. vlt. C. ad leg. Iul. Maiest. Deci. in cõs. 235. Sic igitur in quæstione nostra etiam ante declarationem domini, videbatur locus esse pœnæ, & priuationi Iuris emphyteutici.

Postremò, nõ parũ mouebãt Authoritates eorũ, qui in terminis quæstionis nostræ id affirmarunt Iuris esse, ita enim rñderunt Ang. in §. si verò in perpetuũ. in Auth. de non alien. reb. Eccl. Spec. tit. de emphyt. q. 10. Bald. in l. Si pater in 3. notabili. C. de Vsufr. Soc. sen. in cõs. 176. nu. 10. lib. 2. Ias. in l. 2. C. de Iure emph. nu. 17. Fel. i c. de quarta. nu. 33. de Præscrip. Cępolla in cõs. ciuili 25. nu. 7. Ripa in l. 1. §. si hæres. nu. 26. ff. ad Treb. & alij, vt p Tiraq. in rep. l. Si vnquã. in verbo reuertatur. nu. 271. C. de Reu. dona.

A Verùm re maturiùs considerata & discussa, contrariã sententiam veriorem esse iudico, secundùm quam indicauit Rota Bononiensis, vt per Petr. Beninten. decis. 37. Sequitur Aurelius Corbulus in tract. de Iure emphyt. cap. 15. Ampl. 38. licet distinguere videatur inter dominum scientem & ignorantem.

Sed mihi videtur indistinctè in proposita quæstione fructus ad Emphyteutã spectare, non aũt ad dominum.

Moueor hac ratione, quia fructus ad eum spectant, qui rei est dominus. l. ex diuerso. §. 1. ff. de rei vend. Sed antequam dominus declaret se velle, Emphyteuta non est priuatus Iure suo, sed dominium rei retinet. Ergo fructus ad eum spectant.

Minor probatur ex l. 2. C. de Iure emphyt. vbi dicitur Emphyteutam cadere Iure suo ob canonem non solutũ, *si Dominus velit*. Ergo antequam dominus velit, non dicitur cadere, illa enim verba, *si dominus velit*, important cõditionem, antequam añt conditio eueniat, actus sub con- B ditione factus, non habet effectum. l. Cedere diem. ff. de verb. sig. l. Legata sub cõditione. ff. de cond. & demonstr.

Non obstant argumenta in contrarium. Quod enim attinet ad primum, nego Emphyteutam esse malæ fidei possessorem, ex eo tẽpore, quo cessauit in solutione, quia non dicitur priuatus iure suo, nisi dominus velit. Ergo ante domini declarationem, non est priuatus, & sic est bonæ fidei; potestque probabiliter credere dominum velle ei pœnam remittere.

Non obstat secundum, quia fateor finito vsufructu ad dominum fructus pertinere, nõ autem ad vsufructuariũ. Sed nego in quæstione nostra finitum esse, & extinctũ ius Emphyteuticum ex sola cessatione in solutione.

Ad Castr. in l. 1. C. de his quib. vt indig. respondeo, dato quod verum dicat, non enim disputo, doctrina eius nititur eius legis decisione. Ideo autem in casu dictæ legis fructus interim percepti ad fiscum pertinent, quia statim hæres priuatus fuit, nec expectanda fuit conditio à lege, C expressa, vt in quæstione nostra. Cõditio scilicet, si fuerit.

Ad quartum argumentum de conditione, quòd retro trahatur, respondeo duobus modis. Primò, id non habere locum in quæstione nostra, quia illud procedit ex fictione legis, & vbi agitur de pœna, cessat fictio legis, l. Sciendum, cum l. sequ. ff. ex quib. cau. maio.

Secundò respondeo, id quod dicitur, conditionem retrotrahi, locum habere, quando à casu pendet, secus cum à potestate contrahentiũ. l. Potior. & ibi. Bart. ff. qui pot. in pign. habeantur. Sed cõditio illa, si dominus voluerit, pendet à voluntate domini, potest enim velle & nolle. Ergo non trahitur retrò. Item in præiudicium tertij, conditio non trahitur retrò, vt probat tex. & ibi Bald. in vlt. col. in l. 1. C. an seruus ex suo facto. Alex. in consilio 228. numero 3. libro 6. Tiraq. tract. de Iure constit. 2. parte. ampl. 21. nu. 6.

Ad quintum & sextum argumẽtum Concedo supplementum legitimæ ex die mortis Patris filio deberi, nec- D non legatæ rei dominium ex die aditæ hæreditatis legatario acquiri. Sed ex his nego ad quæstionem nostram rectè inferri. Est enim differentia inter conditionem à lege expressam, & eam, quæ tacitè subintelligitur. Conditio expressa suspẽdit dispositionis effectũ, ita vt locũ habere non possit, antequã illa purificetur, sed conditio tacitè subintellecta, dispositionem non suspendit. Vtrumque docet tex. in l. Si ita legatum. § Ille si volet. ff. de leg. 1.

Quòd attinet ad legitimam & eius supplementum, itemque ad rem in testamento legatam, verum est hæc non acquiri, nisi filius & legatarius velint, posset enim filius, si vellet, repudiare legitimam. Sed hæc conditio tacita, & à lege subintellecta, meritò non suspendit acquisitioné legitimæ & legati, sed ex die mortis legitima deberi dicitur, & legatum ex die aditæ hæreditatis acquiri.

Secus est in conditione expressa à lege, qualis est in quæstione nostra, dicit enim lex, Emphyteutam cadere Iure suo, si dominus voluerit. Hæc cõditio à lege exprimitur,

mitur,

mitur, vnde dispositionem & actum, id est, priuationem Emphyteutæ suspendit, donec impleatur, meritò ex die quo purificata est huiusmodi conditio, & sic ex die, quo dominus, se velle, dixerit, priuatio effectum habet.

Ad septimum, quod causa principalis sit attendenda, concedo, si talis sit causa, quæ possit effectum producere, sed causa illa, nempe negligentia soluendi canonem, sola non potest effectum producere, nisi concurrat domini voluntas, meritò ante voluntatem domini Emphyteuta cadere non dicitur iure suo, consequenter fructus lucratur interim perceptos.

Ad octauum de pœna ipso Iure imposita, concedo etiã ante declarationem Iudicis pœnam effectum habere, ratio est, quia declaratio Iudicis non requiritur ad essentiã rei, id est, ad hoc, vt pœna lege imposita locum habeat, quasi pœnæ locus non sit, si declaratio Iudicis sequatur, imò verò locus est pœnæ ipso Iure ante Iudicis declarationem, quia declaratio requiritur, non vt pœna imponatur, quæ iam imposita est, sed vt constet de facto, propter quod pœna irrogatur. Sed in quæstione nostra, declaratio & voluntas domini, est de essentia priuationis Emphyteutæ, vnde ante declarationem non est locus.

Ad postremum argumentũ ex authoritate sumptum, respondeo, argumentum ab authoritate Doctorum, probabile esse, non autem necessarium, rationique & legi cedere, vt latè docent Doct. in l. 1. ff. Si cert. pet. Euerard. in locis legalibus loco ab Authoritate.

CAPVT XCV.

Vtrum dominus authoritate propria expellere possit Emphyteutam, propter Canonem non solutum per triennium.

ARdua est quæstio propter multiplices Doctorum sententias. Aliqui enim dicunt, nõ posse dominum authoritate propria eum expellere, quia nemo potest sibi ius dicere, vt in tit. C. Ne quis in sua causa iudicet, & ius sibi dicat. & l. Non est singulis. ff. de reg. Iur.

Alij verò affirmãt dñm id facere posse, argumẽto l. 2. C. de Iure Emphyt. in qua dr, domino licere Emphyteutam expellere. Item, quia idem in locatore cõstitutum videtur, vt conductorẽ expellere possit ob pensionem non solutam. l. Æde. C. Locati. l. Quæro. §. Inter locatorem. ff. eod. Et postremò ea ratione, quia dominus rem Emphyteuticam possidere dicitur ciuiliter, vt docet Glos. in l. 3. §. Ex cõtrario. ff. De acquir. poss. is autem, qui ciuilem habet possessionem, authoritate propria ingredi potest naturalem ab alio occupatã. l. Clam possidere. § Qui ad nundinas. ff. eod. & hæc videtur magis communis sententia. Vide Iasonem in l. 2. C. de Iure Emphyt. nu. 105. Decium in cons. 146. nu. 7. Alex. cons. 105. nu. 18. lib. 3. c 13. nu. c 1. libro 1. Clar. libro 4. sentent. §. Emphyteusi, quæst. 44. & quæst. 11. Corbulum de Iure Emphyt. cap. 15. quæst. c 2.

Alij dicunt domino licere Emphyteutam in possessione turbare, sed non expellere. Ita Bart. in l. 2. C. de Iure Emphyt. nu. 3.

Alij distinguunt hoc modo. Aut certum est Emphyteutam non soluisse Canonem, vt quia id fatetur, Aut dubium est, quia fortè ipse negat. Primo casu, licet domino propria authoritate eum expellere, secundo autem casu non licet. Specul. tit. de Emphyt. q. 48. Alij aliter dicunt, & distinguunt.

Mihi verior videtur eorum sententia, qui negant domino licere propria authoritate Emphyteutam expellere. Imprimis, quia nemo potest sibi ius propria authoritate dicere, vt dictum est.

Secũdò ex l. Creditores. C. de pig. vbi Imp. ita dicit: *Creditores, qui non reddita sibi pecunia, conuentionis legem ingressi, possessionem exercent, vim quidem facere non videntur. Attamen authoritate Præsidis possessionẽ adipisci debẽt.*

A Si creditor non potest absque Iudicis authoritate possessionem ingredi, licet ex lege conuentionis potestas ei facta sit, ergo nec dominus potest authoritate propria expellere Emphyteutam, etiamsi maximè potestatem habeat eum expellendi, ex lege contractus.

Tertiò ex eo, qđ constitutũ est in dote, soluto. n. matrimonio dos ad mulierem reuertitur, & potest mulier eã vendicare. l. in reb. C. de Iure do. & tamẽ propria authoritate id facere non potest. l. Dotis. C. solu. matr.

Quartò & vltimò, quia possent ex eiusmodi expulsione, authoritate propria facta, oriri scandala, rixę & delicta, quæ omnia leges euitare student, vt in l. Æquissimum. ff. de vsufr. inde enim iniurias nasci non oportet, vnde iura oriuntur. l. In fundo. ff. de rei vend.

Ad argumenta in contrariũ, facilè rñderi potest. Nã quod attinet ad primum & scdm, concedo esse domino permissum, vt si velit, Emphyteutam expellat, sicut & conductorẽ locatori expellere licet, sed nego id propria

B authoritate fieri posse, nec id allegatæ leges dicunt.

Quod verò dr, ei, qui ciuilem habet possessionem, licet authoritate propria ingredi naturalem ab alio occupatam. Ergo dño licebit Emphyteutam expellere. hoc argumentum, quod vrget omnium maximè pro hac sententia. Ias. in l. 2. C. de Iure Emphyt. num. 105. tollitur ex notatis per eundem Iasonem in d. l. Clam possidere. §. Qui ad nundinas, nu. 24. ff. de acq. poss. vbi dicit, domino non licere Emphyteutam expellere authoritate propria, quia Emphyteuta naturaliter possidens, initium habet iustum suæ possessionis, & is expelli potest, qui possessionem naturalem iniustè occupauit, sicut loquitur ille tex. in d. §. Qui ad nundinas, & aliæ leges concordantes à Iasone ibi allegatæ.

CAPVT XCVI.

C *Vtrum Emphyteuta, qui per triennium Canonem totum non persoluit, sit priuandus Iure suo.*

EMphyteutam, qui totum Canonem nõ soluit per triennium, Iure suo emphyteutico priuandum esse docuerunt Specul. in tit. de Emphyteut. q. 29. Paulus Castr. ad l. In executione. § Item si ita. ff. de verb. oblig. Ias. in l. 2. nu. 54. 55. C. de Iure emphyt. Decius in Authen. qui rem. C. de Sacros. Eccles. & alij, quos refert & sequit̃ Aurelius Corbulus de iure Emphyt. c. 15. Ampliatione 5.

Argumenta verò sunt ista. Is, qui tenetur aliquid præstare sub pœna, in pœnam incidit, nisi totum præstet, d. l. In executione. §. Item si ita. ff. de verb. oblig. ibi: *Nisi totus detur, pœna committitur centum.* Sed Emphyteuta tenetur Canonem præstare domino sub pęna priuationis iuris sui, ergo nisi totum præstet, in pœnam incidit.

Secundò, quęlibet conditio indiuidua est, nec pro parte impleri potest. l. Cui fundus. ff. de cond. & demonstr.

D Sed Emphyteuta ius suum sub illa conditione habet, vt Canonem domino pendat, ergo nisi totum pendat, cadit omni suo iure.

Tertiò facit regula vulgaris. Nihil actũ vr̃, vbi superest aliquid agendum, l. pen. C. de his quib. vt indig. Vnde etiã dicimus; Non defendere eum, qui in totum nõ defendit. l. Defensor. ff. de interrog. act. Et is edere non dicitur, qui in totum nõ edit, l. Argentarius. §. 1. ff. de eden.

Quartò facit, quod habet̃ in l. Fistulas. §. Qui fundum. ff. de cõtrah. empt. ibi: *Nec si partem soluat, ex empto cum venditore aget, quoniam contractum as alienum diuidi non potest.*

Quintò, textus in l. Quamdiu. C. de distract. pignor. ibi: *Quamdiu non est creditori integra pecunia numerata, etiamsi pro parte maiore eam cõsecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem.*

Sextò, Is, qui totum Canonem non soluit, non adimplet pro sua parte contractũ, frustrà ergo petit sibi à domino

mino adimpleri, l. Quæro. §. Inter locatorem. ff. Locati.

Septimò, Emphyteuta, qui totum Canonem non solvit, impunè euadere non potest. Itaque vel totum ius suũ amittere debet, vel partem. Sed partem non debet amittere, quia dominus inuitus cogeretur cum eo habere rẽ communem contrà l. Si non sortem. §. Si centum. ff. de condict. indeb. Ergo totum debet amittere.

Octauò, pœna ista priuationis imposita est Emphyteutæ, quia cùm Canonem non soluit, dominum contẽnere videtur. Sed si non soluat totum, videtur dominum contemnere; Igitur in pœnam incidit.

Nonò facit, qđ docet Glos. in l. Res bona fide. ff. de cõtrah. empt. vbi docet. Pactum legis cõmissoriæ, quo cauetur, vt si emptor intra certum tẽps venditori precium nõ soluat, res sit inempta, locum habere etiam vbi totum nõ soluit, licet deficiat, vt inquit illa Glos. *In vno nummo.*

Postremò facit, quod docet Bart. in l. Cùm si exhibuissent. §. vlt. ff. de Public. & Bald. in l. Minorib. C. de his quib. vt indig. vbi docent, Eum, qui offm̃ habet denunciandi maleficia, puniendum esse, licet vnum tantũ maleficium denũciare neglexerit. Item id quod docet Bald. in l. Etiam, nu. 8. C. ad leg. Falcid. Eum, qui fidem accommodat defuncto testatori de restituendo aliquid incapaci, tota nihilominus hæreditate indignum reputari, ac proinde eam fisco applicandam.

Cõtrariam sententiam habuerunt Ias. sibi contrarius in d. l. In executione. §. Item si ita. ff. de verb. oblig. Guido Papæ decis. 174. Petrus Benintendus decis. 6. Paulus Picus in Auth. Præterea, nu. 12. C. Vnde vir & vxor.

Primum argumẽti est ex l. Si seruus §. Si plurium. ff. Si qs caution. ibi: *Pœnam quidem integram committi, licet vnus status non sit, Labeo ait: quia verum sit, omnes status non esse. Verum, si pro rata vnius offeratur pœna, exceptione doli vsurum eum, qui ex hac stipulatione conuenitur.*

Scdm est ex c. Suam, de Pœnis, vbi obligatus ad certã quantitatem certa die sub pęna soluendam, si partem intrà terminum soluit, ad pœnam integram non tenetur.

Tertium, ex l. Commissoriæ, C. de Pactis inter empt. & vend. qui textus iudicio meo nihil ad rem facit.

Quartum, quia pœna non debet esse maior delicto. l. Sancimus. C. de Pœnis, & pœnæ sunt interpretatione potiùs molliendæ, quàm exasperandę. l. Interpretatione. ff. eod. tit.

Ego verò tres casus distinguendos pùto. Primus est, qñ Emphyteuta non soluit quidem per triennium totũ Canonem, sed tñ tãtũ soluit, singulo anno, quod si coaceruetur, vnius anni æquat Canonis debitam quantitatem, hoc in casu existimarem, eum non esse priuandum iure suo, duabus rationibus. Priore quidem, quia solutio à debitore facta cedere debet in duriorem & grauiorem causam. l. 1. & 3. l. Si ex pluribus. ff. de Solutio. l. 1. C. eod. tit. Ergo in proposito cedere debet in causam debiti Canonis vnius anni, vt sic pœna euitetur, quæ vt incurratur, triennium requiritur. Altera est ratio, quia si exempli causa Emphyteuta sit obligatus ad soluendum annua decem, & singulo anno quinque soluerit, procul dubio soluisse dicitur plus, quàm vno anno teneretur soluere. Qualis ergo esset rigor priuare istum iure suo, qui aliqd supra vnius anni integram pensionem soluit? qui si solã vnius duntaxat anni pensionem solueret, non priuaretur. Respondet, sed frustrà, Corbulus loco superiùs annot. & Ias. in d. l. 2. num. 57. C. de Iure emphyt.

Secundus casus est, quando id, quod soluit Emphyt. nequaquam sufficit ad vnius anni integram pensionem debitam, sed tamen aliquid minimum deficit. Et hoc in casu idem statuendum puto, argumento tex. in c. Suam, de pœnis. Et quia, vt solet dici, de minimis non curat Prætor. l. Scio. ff. de in integr. rest.

Tertius est casus, quando id, quod soluit Emphyt. singulis annis, non æquat debitam vnius anni portionem, & modicum non est, sed verbi gratia, deest tertia pars vel dimidia. Hoc in casu communiorem amplector sententiam, quæ docet Emphyteutam esse priuandum iure suo, Moueor ijs argumẽtis, quæ superiùs allata fuere pro eiusdem sententiæ confirmatione.

Ad argumenta in contrarium ita respondeo. Ad primum, maior propositio est vera, minor autem falsa, quia Emphyteuta non tenetur Canonem soluere sub pœna priuationis, sed priuationis pœna est imposita in solutione cessanti per triennium. Non videtur autem cessare per triennium, cùm id, quod soluit annuatim, ad vnius anni pensionem integram extenditur.

Ad secundum concedo totum argumentũ, & sic Emphyteutam obligatum esse ad soluendum totum Canonem, sed dum infertur, Ergo nisi totum soluat, absolutè priuatur iure suo, nego consequentiam.

Ad tertium, fateor, si totum Canonem non soluat, nõ videri Canonem soluisse, sed non sequitur, ergo indistinctè priuandus est iure Emphyteutico.

Ad Quartũ, cõcedo ei, qui contractũ nõ adimplet in totum, actionem nõ competere: vt in d. §. Qui fundum, sed non sequitur eum iure suo priuandum, quia sic priuandus esset, licet vno duntaxat anno cessaret in solutione, quod tamen est falsum, quia requiritur triennium.

Ad quintum respondeo, creditori ius esse pignora vendendi, licet debiti pars soluta sit, quia nisi totũ soluatur, ius illi remanet pignoris pro residuo, ideo rem obligatã rectè distrahit, quæ res ab hac nostra longè diuersa est.

Ad sextum patet solutio. Neq; enim bona est consequentia; Emphyteuta pro parte sua fidem non seruauit, ergo cadit iure suo, quia si id sequeretur, vnius anni negligentia in soluendo sufficeret ad incurrendam pęnam. Illud sequitur, actionem denegari Emphyteutæ non seruanti fidem, argumento d. §. Inter locatorem.

Ad septimum dico, Emphyteutam nec toto iure suo priuandum esse, nec parte, quia non est absolutè verũ, eum in solutione cessasse per triennium, vti lex requirit. Non cessauit, inquam, vbi Canonis pars soluta singulo anno, ad vnius anni pensionem integram extenditur.

Ad octauũ nego, ita dñm contemni ab Emphyteuta totum Canonem non soluente, vt proinde iure Emphyteutico sit priuandus, neq; enim omnis ad hunc effectũ sufficit contemptus, sed requiritur cessatio triennalis.

Ad nonum rideo, nõ ita constitutum esse, in Emphyteuta, vt nisi Canonem persoluat anno quolibet, iure suo priuetur, sicut in pacto legis commissorię constitutũ est, vt nisi totum precium soluatur, res sit inempta: Dicimus enim Emphyteutam cadere iure suo, si per triennium in solutione cessauerit: Eundem verò nõ cessasse per triennium, si tantum soluit annis singulis, quod simul cumulatum, vnius anni pensionem adæquet.

Ad postremum respondeo, Constitutus officialis ad maleficia denuncianda meritò punitur, si vnum maleficium denunciare negligat. Peccat enim in officio. Sic & ille, qui fidem suam accommodauit de restituendo aliquid incapaci. Non idem iuris in Emphyteuta, quia pro omni culpa & negligentia nõ punitur, sed propter triennalem cessationem, vt dictum est, duntaxat.

CAPVT XCVII.

Vtrum, si Emphyteuta decedat pluribus hæredibus relictis, quorum vnus suam Canonis portionem soluat, alter verò non, tota res emphyteutica reuertatur ad dominum, an verò pars tantum.

Vatuor sunt opiniones Doctorum. Prima, totam rẽ ad dñm reuerti. Authores sunt Spec. tit. de locato, q. 71. Ias. ad l. 2. num. 57. 58. C. de iure Emphyt. Clarus §. Emphyteusis, quęst. 9. Quæro quid si Emphyteuta, & alij à Corbulo relati de iure Emphyteutico, cap. 15. Ampliatione 8.

Fundamentum est, quia si defunctus obligatus sit ad pecuniam soluendam sub aliqua pœna, altero ex hæredibus

redibus suã partem non soluente, pęna committitur contra omnes, & qui suam partem soluit, familiæ herciscundæ iudicio id, quod sua interest à cohærede, qui non soluit, consequitur, l. Hæredes, §. In illa, ff. Fam. hercisc. tex. in l. Stipulationum, 2. § Item si in facto, & in l. Stipulationum, 5. §. Si sortem, ff. de verb oblig. *Si sortem*, ait textus, *promiseris, & si ea soluta non esset, pœnam, etiamsi vnus ex hæredibus tuis portionem suam ex sorte soluerit, nihilominus pœna committetur, donec portio cohæredis soluatur.*

Secunda est opinio quorũdam antiquorum, quos Io. Andr. refert in additione ad Specul. loco annotato; rem emphyteuticam ad dominum reuerti pro parte non soluentis tantum.

Fundamentũ est in l. Fraudati, §. Sed si vnus, ff. de Publicanis, vbi: *Si vnus ex pluribus hæredib. rem communem causa vectigalis surripiat, portiones cæteris non auferuntur*, hoc est, si vnus ex pluribus hæredibus rei cõis vectigal non soluerit, tota res non incidit in commissum, sed portio tantum non soluentis, vt ibi declarat Paulus Castrẽ.

Tertia est opinio Bart. in Commentarijs d. l. Fraudati, vt si vnus hæredum singulis annis tantum soluerit, ꝙ spacio annorum trium ad vnius anni pensionem integrã sufficiat, tunc nullo modo res ad dominum reuertatur, quia solutio ab vno facta, cedere debet in cãm vtiliorem ad euitandam pęnam l. 1. & seq. ff. de solutio. Si verò non tantum soluerit, tota res emphyteutica ad dominum reuertatur, & sic pœna committatur contra omnes.

Quarta est sñia Imolensis in c. Potuit, nu. 47. de locato: Iure ciuili inspecto, totam rem ad dominum reuerti, secus autem inspecto iure Canonico, quo iure tantus rigor non seruatur, argumento, c. Suam, de Pœnis.

Ex his quatuor sententijs eligendam arbitror secundam, quæ docet non totam rem emphyteuticam ad dominum reuerti, sed portionem non soluentis tantum. Moueor ex d. l. Fraudati, §. sed si vnius, ff. de Publicanis, cui nemo respondet.

Moueor secundò, quoniam vbi emphyteuta moritur relictis pluribus hæredibus, tot videntur esse emphyteutæ, quot hæredes existunt; Vno ergo non soluente, alter prægrauari non debet, sed qui non soluit, suam iuris emphyteutici partem amittit.

Ad argumentũ in contrarium sic respondeo: hæredes defuncti emphyt. non esse obligatos ad pensionem soluendam, tanquam hæredes, ex persona s. defuncti, sed tanquam nouos emphyteutas, ex persona propria. Videtur enim is, qui rem concessit alicui in emphyteusin, pro se, & suis hæredibus, vel filijs, ipsis hæredibus & filijs emphyteusin dare. Quare sicut, si pluribus res in emphyteusin detur, dicuntur esse plures emphyteutæ, nec alterius negligentia in soluendo alteri nocet, ita & in pręsenti specie respondendum est. Alia ratio in eo est, qui sub pœna aliquid promittit. Nam ex persona hæredum, conditio obligationis non mutatur, l. Stipulationum, 2. §. Ex his, ff. de verb. oblig. Conditio autem obligationis est, vt pęna committatur, nisi tota res promissa, præstetur, l. In executione, §. Item si ita, ff. de verbor. oblig.

CAPVT XCVIII.

Vtrum Emphyteuta priuati moram incontinenti post elapsum tempus ad euitandam pœnam purgare possit.

St in emphyteuta Ecclesiæ definitum, celeri satisfactione eum moram purgare posse, c. Potuit, de locato. Sed in emphyteuta priuati controuersum. Namque moram eum purgare non posse censuerunt multi, quos commemorat Iason in l. 2. nu. 73. C. de iure emphyt. Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 17. nu. 4.

Alij posse affirmarunt, Angelus in l. Et si post tres, ff. Si quis caution. Bald. in l. Si pacto quo pęnam, C. de pactis, Franciscus Sarmientus, lib. 3. Selectarum interpretationum, cap. 5.

A Alij denique, vt refert Ias. loco annotato, emphyteutam purgare posse moram, docent, antequam dominus declaret priuationi locum esse; post declarationem verò, non posse.

Ipse opinor priorem sententiam esse probabiliorem, quam inprimis confirmabo, deinde argumentis in contrarium respondebo.

Probatur hæc sententia primum ex eo, quòd vbi dies, & pœna est obligationi adiecta, mora purgari nõ potest, l. Traiect. §. De illo, ff. de verb. oblig.

Secundò ex l. Celsus, ff. de Arbitr. vbi si arbiter intrà Kalendas Septembris dari iusserit, nec datum erit, licet postea offeratur, attamen *semel commissam pœnam compromissi non euanescere*, ait Iurisconsultus.

Nec valet Sarmienti responsio, excipientis casum, quo incontinenti moram debitor purgauerit, quia nullo iure probatur hæc interpretatio.

Tertiò probatur argumento l. 1. vers. Nisi fortè, ff. de

B pecunia legata, ibi: *Habebit igitur hæres obligationem, tamdiu, quamdiu cum eo lis de pecunia contestetur, nisi fortè aliud tempus testator, vel mente vel verbis præstituit.*

Quartò ex l. 2. C. de iure emphyt. vbi dicitur, emphyteutam, qui non soluit per triennium, omnimodò repelli posse, ibi: *Sed omnimodò eo si dominus voluerit, repellendo*, &c. Quæ verba arguunt, ita absolutè repelli posse, vt nec moram purgare possit.

Postremò, quia vbi pœna ipso iure imponitur, mora purgari non potest, l. Qui ob rem, ff. de cond. indeb. l. Si is cui, de leg. 2. Tiraquel. ad l. Si vnquam, in verbo, Reuertatur, nu. 310. C. de reuocan. donatio. Pœna verò de qua agitur ob Canonem non solutum, ipso iure est imposita, vt conclusum est suprà, c. 93.

Primum argumentum contrariæ opinionis. Vbi aliquid est decisum Iure Canonico, illud est seruandum & in foro Cęsareo, vt in Authent. Vt Clerici apud proprios Episcopos, &c. Sed Iure Canonico decisum est, moram

C purgari posse, vt in d. c. Potuit, de locato, igitur, &c.

Respondeo, in emphyteuta Ecclesiæ id esse decisum, non in emphyteuta priuati; Ratio differentię esse potest, quia emphyteuta Ecclesię iure suo cadit, si per biennium in solutione cesset, meritò purgare moram potest, sed emphyteuta priuati, triennale tempus habet, & sic longius tempus, & sic moram purgare non poterit.

Secundum argumentum est ex l. Si seruũ, §. sequitur, ff. de verb. oblig. vbi dicitur, ex ęquitate moram purgari posse, ęquitas verò rigori præfertur, l. Placuit, C. de iud.

Respondeo, illum textum non procedere, vbi dies & pęna est obligationi adiecta, sicut docent leges superiùs allegatæ, tunc enim moræ purgationi locus non est.

Tertium argumentum est ex l. Si cum dies, §. vlt. ff. de arbitr. Respondeo, loquitur quando certa dies obligationi non est adiecta.

Quartum est ex l. Etsi post tres, ff. si quis caution. Respondeo, id, ꝙ ibi dicitur, locum habet in obligationibus

D Prætorijs, & iudicialibus, in quibus tantus rigor nõ seruatur, quantus in contractibus, & conuentionibus.

Postremum est ex l. Si insulam, ff. de verb. oblig. ex l. Continuus, §. Item qui Insulam, & ex l. si ita quis, §. Seiã cauit, ff. eod. tit. Respondeo, illas leges loqui, quando dies tantum obligationi est inserta, secus vbi dies est adiecta, & simul pęna à lege imposita, vt in specie nostra.

CAPVT XCIX.

Si dominus Canonem receperit ab emphyteuta, postquam iam erat priuandus iure suo, quia non soluerat, vtrum videatur pœnam ipsam priuationis seu caducitatis remittere.

Væstio hæc grauis est, difficilis, & controuersa, nec ab aliquo, quem viderim, interprete, clarè explicata. Ego sententijs omnium perpensis, eam distinctionem adhibendam puto, quæ sequentibus Conclusionibus continetur.

Prima conclusio. Si dominus sciat Emphyteutam suo A iure cecidisse,& Canonem nihilominus recipiat temporis futuri,caducitatis pęnam remisisse videtur. Probatur hæc conclusio; quoniam iniuria dissimulatione aboletur, §.vlt. Instit. de iniur. Dicitur autem iniuria domino inferri ab ipso Emphyteuta,si Canonem ei non soluat,quasi non videatur illum agnoscere tanquam dominum, cũ non soluat, quod in dominij recognitionem debet. Ita docent Bart. in l.2.nu.8.C.de iure Emphyt. Ias. ibid.nu. 124.Ruin.in cons.110.lib.1. Clar.§. Emphyt.q.10.

Secunda conclusio. Si dominus ignoret Emphyteutã cecidisse iure suo,recipiendo Canonem, non videtur pęnam remittere caducitatis,quia nemo renunciare intelligitur iuri,quod sibi ignorat competere, l.Mater,ff.de inoffi.testam.l.Si quando,§.vlt.C.eod.tit.l. Legitima, ff.de petit.hæred.Ita Specul.tit.de Emphyteusi, q.24. Ias.in l. 2.C.de iure Emphyt.nu.130.Aurel. Corbul.de iure Emphyteutico,c.15.declar.21.nu.14.

Tertia conclusio.Si dominus declarauerit Emphyteu B tam iure suo cecidisse propter Canonem non solutum,& nihilominus temporis futuri Canonem receperit, nisi protestatus fuerit,saluum sibi esse ius caducitatis,videtur eam remittere,ita Bart.in l.2.n.8. C.de iure Emphyt.D. meus Cephal.in cons.222.lib.2.quia protestatio reseruat ius protestantis, l. Sed debitor, §.1. ff.quib.mod.pig.vel hypot.solu.& declarat eius animum,l.At si quis,§.Plerique,ff.de relig.& sumpt.funer.

Si dicatur talis protestatio est contraria facto,vnde nihil prodest, vt in hac specie dicebãt Riminal. in cõs.149. nu.49.Curt.sen.in cons.81.Ruin.in cons.110.lib.1. Respondet D.Cephal.argumentum procedere,quando dominus recepit Canonem ante caducitatis declarationẽ, secus si post, quia tunc est ius quæsitum, cui renunciare velle non præsumitur, argum. l. Cum de indebito, ff.de Probation.& eorum quæ tradit Alex.in l.Non solum,§. Morte,n.17.ff.de oper.noui nunc.& in cõs.26.col.1.lib.3.

Sed contraria sententia verior & communior est,bo- C na præceptoris mei pace; Nam protestationem hoc in casu non prodesse, docuerunt Iason in l.2.nu.124.C.de iure Emphyt.Ruin.in d.cons.110. lib.1.Clar.in §.Emphyteusis, quęst.10.Aurel.Corbulus,loco parum ante citato, nu.2. Protestatio enim contraria facto,nihil releuat, l.1. §.1.ff.Si vsusfr.petat.l. Aemilius, ff.de Minorib. Iason in l.Si quis extraneus,nu.6.ff.de acq.hæred. Et vbi quis post ius quæsitum actum facit penitus contrarium,&, vt vocant, incompatibilem iuri quæsito,censetur illi renunciare,l.Post diem,ff.de lege Commissor.l.Commissoriæ,C. de pactis inter empt.& vend.l.2.C.de iure dom. impetr. l.vlt.ff.de inoff. testam. Est autem actus receptionis Canonis pro tempore futuro prorsus repugnans iuri quæsito : nam ius quæsitum præsupponit soluentem non esse amplius Emphyteutam,eò quòd iure suo ceciderit; Receptio verò Canonis,esse Emphyteutam, quia nemo soluit Canonem,nisi sit Emphyteuta.

Quod verò respondit Alexand. in cons. 26.& in d.§. D Morte,ad rem non facit; quia loquitur in casu longè diuerso. Vendidit quis rem suam cum pacto redimendi, Instrumentum venditionis aliquot post menses celebrauit,nulla mentione facta pacti redimendi, respondit Alexander, non idcirco pacto redimendi renunciatum, Rectè,quia actus postea factus, videlicet,instrumentum venditionis, non repugnat pacto, licet enim pacti mentionem non contineat, non tamen aliquid contrarium continet.

Si tamen Emphyteuta soluens, tali protestationi consentiat, sibi præiudicabit,l.vlt.§.Itẽ si prædixerit,ff. Nautæ,caupones & stabular.Ita Ripa,in c.Cum M. nu.130. de Constit.Ruin.in cons.151.nu.12.lib.1. Iason in d.l.2. nu.127.C.de iure Emphyt. secùs est, si taceat Emphyt. vt per Aretin.in cons.35.in fine,Alex.in cons.14. col.penult.lib.2.Ruin.in cons.110.nu.4.& 151.n.12.lib.1. Boer. quæst.309.Clarus,§. Emphyteusis,q.10. D.Menoch.lib. 3.de Præsumpt.cap.112.nu.22.

Nec obstat argumentum Imolæ,in c. Potuit, de locato,ex l.vlt.§.Item si prædixerit,iuncta Glos.ff.Nautę,caupon.& stabul.quia ibi agitur de vectoribus, quibus facta est protestatio,vt suas res custodiant, & seruẽt, ea protestatio nocet ijs,quibus est facta,si non contradicant. Rectè; quia non est contraria facto, vt in præsenti specie.

Quarta conclusio. Si dominus recipiat Canonem tẽporis præteriti,& de Emphyteuta Ecclesiæ agatur, non censetur remissa caducitatis pœna, Anth. Qui rem, C.de sacrosanct.Eccl.§.Si verò aut locator,in Auth.de Alien. & Emphyt.Ita Iason in l.2. nu.127. C.de iure Emphyt.

Quinta conclusio. Si dominus receperit Canonem tẽporis præteriti,& agatur de Emphyt.priuati,distinguendum est. Aut dominus primò Emphyteutam expulit,deinde Canonem recepit, & tunc non videtur pęnam remittere,l.Colonus,ff.locati. Anth. Qui rem, C.de sacrosanct.Eccl.Aut prius Canonem accepit,deinde vult Emphyteutam expellere, & tunc non potest:nisi fuerit protestatus,se nihilominus eum velle expellere. Ita Bart. in l.2.nu.8.C.de iure Emphyt.

Sed longè probabilior est eorum sñia, qui docent pęnam caducitatis remisã intelligi absolutè hoc in casu,ita Specul.tit. de emphyt.q.23. Imola,in c. Potuit, nu.4.de locato.Franciscus Sarmienius select.interpret.lib.3.c.6.

Probatur argumento l.Rescriptum, §.si pacto,ff.de pactis,ibi.*Sabinus putat,quod est verius,vtraque via vti posse,prout elegerit,qui stipulatus est, si tamen ex causa pacti exceptione vtatur,æquum erit accepto eum stipulationẽ ferre.* Item probatur in l.3.§. Labeo ait, ff. de doli mali except.& in l.vlt.§.vlt.ff.de eo quod certo loco,& in l.2. ff. si quis caution.

Sic & dominus vtraq; via vti potest, nimirũ põt emphyteutam expellere,vel Canonẽ exigere,si Canonẽ maluerit,ęquum est, eũdem pęnã caducitatis acceptò ferre.

Non obstat text. in Auth. Qui rem, C.de sacrosanct. Eccl.quia loquitur in emphyt. Ecclesiæ,& ratio est; quia ius quæsitum ex caducitate, prælatus remittere non debet in præiudicium ipsius Ecclesiæ.

Non obstat tex.in l.Colonus, ff.loca. quia colonus nõ habet ius in rẽ,nec meliorationes amitit, sicuti emphyteuta:est enim valdè durum & iniquum, vt emphyt.ius suum amittat, meliorationes perdat, & Canonẽ soluat. Facit text. in l.4. §. Labeo ait, ff. de doli mali except. ibi. *Exceptione esse repellendum : iniquum enim esse hominem possidere,& pœnam exigere.*

Sunt qui pro contraria opinione adducunt tex.in l. si pro fure,§.1.ff.de condict.furtiua, vbi pęna legalis remissa non videtur,ex eo,q; quis agat ad rem furto subtractã. Sed non rectè; quia in ea specie constat vtrumque deberi,rem, & pęnam: At in specie nostra non constat,immò illud est,quod quęritur; vtrum emphyteuta cogi possit ad soluendum Canonem temporis præteriti, quando iure suo est priuandus, quia non soluit.

Sexta conclusio. Si dominus accipiat Canonem, vt in præcedenti conclusione, adhibita tamen protestatione, saluum sibi esse ius caducitatis,non videtur pęnã remittere caducitatis,quia protestatio reseruat ius, & declarat animum protestãtis,l.si debitor,§.1.ff.quib.mod.pig. vel hypo.sol.l.Et si quis,§. Plerique,ff.de relig. & sumpt.funer.Ita Bald.in l.2.ff. si quis caution. Iason in l. vlt.nu.4. ff.de eo quod certo loco. Clar.§.emphyteusis,q.10. Menoch.de præsumpt. lib.3.cap.112.nu.18.

Septima conclusio. Si dominus petierit Canonem,videtur pęnam caducitatis remittere; Argum. est text.in l. Aemilius,ff.de Minorib.vers. *Precium petendo recessisse a lege sua videtur*,& l.Post diem,ff.de lege Commissor.ita Ias.in l.2.nu.128.C.de iure emphyt.quod tamen intelligendum, nisi emphyteuta soluere recusauerit, argum.l. Nihil interest, §.1. ff.de inoff. testam.l. penult.ff. ne quis eum,qui in ius vocat.est,vi eximat.

Octaua conclusio. Si postea quam emphyteuta iam in pœnam incidit caducitatis, Canonem recipiat, non ipse dominus,sed eius procurator,non videtur remissa cadu-

citatis

citatis pœna. Ratio est: quia ius quæsitum domino, procurator remittere sine speciali mandato non potest, l. Cōtra iuris, §. filius, ff. de pactis. Ita Decius, in consil. 329. nu. 3. Ruin. in cons. 100. nu 10. lib. 3. Berous in cons. 116. nu. 10. lib. 1. Paris. in cons. 86. nu. 17. lib. 4.

CAPVT C.

Vtrum, si res emphyteutica fuerit ad dominum reuersa morte emphyteutæ ipsius, & liberorum, teneatur dominus eam dare proximiori agnato.

NOn desunt qui affirmant dominum teneri. Ita Bartolus, in l. 1. §. Permittitur, ff. de aqua quot. & æst. Iason in l. 2. nume. 22. C. de iure emphyteut. Dec. in cons. 131. Ripa, in l. 1. ff. de priuil. cred. & alij, quos commemorat Antonius Gabrielius comm. conclus. tit. de iure emphyteutico, conclus. 1.

Sed contrariam sententiam, quæ negat dominum teneri, longè arbitror probabiliorem: quam amplexi fuere Aretinus, Castrensis, & alij à Gabrielio citati loco citato, Ruinus in consil. 152. lib. 1. Franciscus Sarmientus lib. 3. Selectar. interpret. c. 7. Rota Bonon. Benintend. decil. 19. Andr. Geyll. lib. 2. Obseru. c. 148.

Probatur hæc sententia in hunc modum. Res in emphyteusin concessa usque ad certam generationem, extincta generatione ad dominum reuertitur: Ergo dominus potest eam pro se retinere, vel cui maluerit, concedere, argumento l. Dudum, C. de contrah. empt. Est enim vnusquisque in re sua moderator & arbiter, l. in re mandata, C. mand. & nemini iniuriam facit, qui suo iure vtitur, l. Iniuriarum, §. vlt. ff. de iniur.

Primum argumentum contrariæ opinionis est ex l. 1. §. Permittitur, ff. de aqua quot. & æstiua. *Permittitur autem* (ait Iurisconsultus) *aquam, vel ex castello, vel ex riuo, vel ex alio loco publico fluere; idque à Principe conceditur, alij nulli ius competit aquæ ducendæ, & datur interdū prædiis, interdum personis. Quod prædijs datur, extincta persona non extinguitur; quod datur personis, cum personis amittitur; ideóq; neque ad alium dominum prædiorum, neque ad heredem, vel qualemcunque successorem transit. Planè ei, ad quem dominium transit, impetrabile est: nam si docuerit prædijs suis aquam debitam, etsi nomine eius fluxisset, a quo dominium ad se transit, indubitatè impetrat ius aquæ ducendæ. Nec est hoc beneficium, sed iniuria, si quis fortè non impetrauerit.* Hactenus Iurisconsultus.

Respondeo, Iurisconsultum loqui de iure aquæ ducendæ, & de eo, cui aqua debetur, is facilè eam impetrare po-

A test, cum ei debeatur, & eam habuerit is, à quo dominiū habuit. Alia est ratio rei in emphyteusin datæ, quæ maioris est momenti, nec proximior docere potest sibi debitam esse, eam ob causam, quòd aliarum rerū dominium ad se transierit.

Secundum est l. Congruit, & l. vlt. C. de locat. prædior. Ciu. lib. 11. *Congruit* (inquit tex.) *æquitati, vt veteres conductores fundorum publicorum, nouis conductoribus præferantur, si facta nobis augmenta suscipiant.*

Respondeo, id specialiter ita constitutum esse in ueteribus conductoribus, quia & ipsi cogi possunt ad recōducendum finita locatione, si lucrum aliquod fecerunt ex priori conductione, nec inueniantur alij, qui conducant, l. Cotem, §. vlt. ff. de Publican.

Tertium est ex l. 1. C. de Metallarijs, lib. 11. quæ nihil ad rem facit, hoc enim vult duntaxat, vt Metallarij fisco vendere cogantur metalla, quæ foderunt, potiùs, quàm alijs.

B Quartum est ex l. Si in emptionem, ff. de Minoribus quæ lex huc non pertinet, loquitur enim de minore in integrum restituendo, vt rem recuperet, quæ fuerat suorum maiorum.

Quintum est l. vlt. C. de iure dom. impetr. vbi dicitur, creditorem cui res est pignorata, impetrare posse dominium pignoris, si tamen prius debitorem moneat, vt soluat, & redimat pignus, quæ res nihil habet commune cum quæstione ista.

Sextum ex l. Iubemus, §. & filios, C. de Aduoc. diuersor. iud. vbi filius aduocati alijs in officio paterno præfertur. Respondeo, alia est ratio in officijs publicis, in quibus parentum merita filijs prosunt, & speratur filius similis futurus patri, si sit idoneus, & fore, vt prudenter administret officium, sicuti pater fecit.

Septimum ex l. 1. ff. de priuileg. cred. ibi. *Potior habetur Creditor cognatusve*, & idem in l. Imperatores, ff. de pact. Respondeo, textum loqui, cùm de uendendis bonis de-
C bitoris agitur, vt præferatur cognatus creditor, quod ad rem nostram nihil facit.

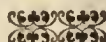
Postremum est ex c. 1. §. Porrò, Qualiter olim feudum poterat alienari, sed nihil ad rem facit. Hoc enim ille textus vult: Vasallo alienare volente rem feudalem, dominum esse præferendum, si idem precium offerat.

Porrò si agatur de re Ecclesiastica in emphyteusin cōcessa, quæstio hæc est definita ex §. Neque illud, in Authen. de non alien. reb. eccl. vbi dicitur pactum non valere, quo cauetur, vt Ecclesia teneatur finita generatione proximioribus emphyteusin renouare. Nam si ecclesia teneretur id facere, nulla esset ratio, cur pactum non valeret, l. Non impossibile, ff. de pact.



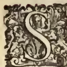


ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER SECVNDVS.



CAPVT PRIMVM.

Tres controuersiæ circa preçij certitudinem, ex qua consistit emptionis & venditionis substantia.



Icvt inter omnes conuenit, emptionis & venditionis substantiã ex re, & precio consistere, & precium certum esse oportere; ita controuersia est nonnulla circa precij certitudinem. Quid enim si uenditio fiat eo precio, quod in arca habeo? vel precio iusto? vel precio declarando à peritis æstimatoribus, quorum unus eligendus sit à venditore, alter ab emptore, an precium satis certum esse dicatur, vt consistat emptio ac venditio?

Et quidem cum Vlpianus dicat in l. Hæc uẽditio, §. 1. ff. de contrahenda empt. *Huiusmodi emptio. Quanti tu eũ emisti. Quantum preci in arca habeo, valet.* Accursius ibidem in verbo. *Quantum. Facias vim*, inquit, *in eo, quod dicit Quantum. Nam in quantitate debet consistere, Secus ergo si diceret, pro eo precio, quod in arca habeat.*

Accursium secutus est Barto. ad l. si seruus, 111. §. qui quinque, de leg. 1. necnon Ias. in l. vlt. nu. 12. ff. de condic. causa data, & alij, quos commemorat Fabianus de Mõte, de empt. & vendit. in 5. q. princ. nu. 34. vbi dicit, hanc sententiam esse communiter receptam.

Fundamentum est in eo, quòd verba illa; *Eo precio, quod in arca habeo*, corpus siue speciem designent, nõ autem quantitatem, vt probatur ex l. Planè, §. 1. & ex l. Sed etsi certos, & ex l. si seruus, §. qui quinque, de leg. 1. Emptio autem sine quantitate nulla est, ut inquit Imperator in l. empt. C. de contrah. empt.

Sed contrariam sententiam longè probabiliorem & communiorem esse iudico. Nimirum, in ea specie uenditionem esse. Hanc sententiam amplexi sunt Alber. & Salicet. in d. l. Hæc uenditio, §. 1. Fabianus de Monte, loco proximè citato, & alij, quos refert & sequitur Arius Pinellus, in Commentarijs l. 11. C. de rescind. vend. in prima parte Rubricæ, c. 1. nu. 2. & 3.

Probatur hæc sententia: quia nulla est differentia inter illa uerba. *Quantum preci in arca habeo.* Et illa verba.

A *Eo precio, quod in arca habeo.* Vtroque enim casu designatur quantitas pecuniæ, quæ est in arca. Vnde non oportet calumniari, aut uerba legis captare, vt alibi dicit tex. in l. penult. ff. ad exhib.

Huc accedat, quòd verba sunt accipienda secundum subiectam materiam, l. si nno, ff. locati, subiecta autẽ materia postulat, vt uerba illa quantitatem significent, non autem speciem. Præsertim, quia per hanc interpretationem actus sustinetur, l. Quoties, ff. de rebus dubijs, & ff. de verb. oblig.

Alia ratio est in Legatis & Fideicommissis, de quibus loquuntur leges allegatæ, valet enim legatum, licet species B designata esse videatur.

Nec rectè ad propositam quæstionem accommodatur l. vlt. ff. de cond. causa data, quia illa lex non loquitur in ea specie, in qua contrahentes utuntur uerbo, uenditionis, sicut in quæstione nostra.

Quod attinet ad secundum, Alber. & Fulgos. in d. l. Hęc venditio, §. 1. in ea specie uenditionem esse dixerũt, quasi mentio illa iusti precij certitudinem continere uideatur, ex eo, quòd arbitrio boni viri declarandum sit, *in quo nulla dicitur esse mora vel conditio*, vt dicebat Vlpianus, in l. 1. de leg. 2. & latè respondit Io. de Anania, in consi. 19. num. 12.

C Potissimum autem horum fundamentum est in l. Si fundus, 16. §. vlt. ff. de pignorib. Cuius verba hæc sunt: *Potest ita fieri pignoris datio hypothecæve, vt si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptionis possideat rem iusto precio tunc æstimandam; Hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio.*

Alij magis communiter dixerunt, non esse uenditionem, sed cõtractum innominatum. Ita Bal. in l. vlt. nu. 8. C. de contrah. empt. Alexander ad Bartolum, in d. l. hæc uenditio, & in l. sciendum, nu. 17. vbi etiam Ludouicus Romanus, nu. 33. ff. de verb. oblig. Socinus, in l. si quis arbitratu, nu. 19. ff. eod. Fabianus de Monte, de empt. & vend, in 5. q. princ. nu. 25. & 26. Ripa, in l. Ita stipulatus,

num,

num.20.ff.de verb.obl. Ruin.in conſi.144.nu.1.lib.1.Iacopinus Rimin.in conſi.412.lib.3.Crauetta, in cõſ.272.nu.19.verſ. Aliter etiam reſpondeo, D.Ioannes Cephalus,in conſi.10.nu.14.& 15.lib.1.

His ſubſcribit Antonius Gomeſ.var.reſol.Iuris,ti.de contract.c.2.nu.9. Verùm dicit, uenditori non compete re actionem ad precium,ſed ad rem & fructus, actioně, inquam, præſcriptis verbis, vel in factum, ex æquitate, l.Quoties,ff.de præſcriptis nerbis.

Arius autem Pinellus,in commentarijs l.1.C.de reſcind.vendit.in 2.parte Rubricæ,c.1.nu.21. in propoſita ſpecie,neque uenditionem eſſe reſpondit, neque contractum innominatum; Non eſſe venditionem, quia precium non eſt certum; Non eſſe contractum innominatum, quia contrahentes de venditione tantum cogitabant. Allegat l.Verbis ciuilibus,ibi: *Ne fias contra voluntatem*, ff. de vulg.& pupill.

Probat verò Gomeſij ſententiam, dicentis in hac ſpecie uendinonis iuſto precio factæ,nõ eſſe dandam actionem ad iuſtum precium petendum, etiam traditione facta: *Quia cùm conuentio illa*, inquit, *quæ ad venditionem tendebat,nulla ſit ex defectu ſubſtantialium, non poteſt per obliquum ſuſcitari ex traditione ſecuta,l. Nunquam nuda, ff.de acquir.rer.domin.* l.Obligationes quæ proprijs viribus non ſubſiſtunt,ff.de actionibus & obligationibus.

Ego in hac re ſic ſtatuo. Primùm,communem ſententiam veriorem eſſe; Nempè,in ea ſpecie non eſſe nenditionem. Secundò,eſſe contractum innominatum. Tertiò, traditione facta,actionem dandam eſſe uenditori ad precium iuſtum conſequendum,quod ſcilicet Iudex eſti manerit.

Priorem propoſitioně ita probo. Venditio non ualet, niſi precium ſit certũ,§.preciũ,in Inſtitutionib.de empt.& vend.Sed in hac ſpecie non eſt certũ. Igitur nõ valet.

Si dicatur ſatis eſſe certum,quia iuſtum precium intelligitur arbitrio boni uiri.

Reſpondeo,huic argumento Iuſtinianum occurrere,
C in l.vlt.C.de contrah.empt.vbi ſtatuit,nullam eſſe uenditionem,ſi precium certum non ſit, uel commiſſum arbitrio certæ perſonæ: *Nulla coniectura*,inquit, *immò magis diuinatione in poſterum ſeruanda, vtrum in perſonam certam; an in boni viri arbitrium reſpicientes contrahẽtes, ad hac pacta venerunt,quia hoc penitus impoſſibile eſſe credentes,per huiuſmodi ſanctionem expellimus.* Quamobrẽ, quod dicimr: In boni uiri arbitrio nullam eſſe moram, uel conditionem,nel etiam incertitudinem,locũ habere poteſt in legatis, quemadmodum Vlp. loquitur in d.l.1.de leg.2.Ratio eſt:quia legatum in arbitrium alterius cõferri poteſt, & intelligitur in arbitrium boni uiri collatum,& certa ſemper perſona nominatur.

Ad l.Si fundus,§.vlt.ff.de pignorib.placet mihi communis reſpõſio, quam latè defendit Pinellus loco proximè citato, Iuriſconſultum in ea ſpecie loqui,vbi pactum venditionis iuſto precio pignori accedit: nos autem loquimur, vbi pactum uenditionis per ſe conſideratur, ac
D in eum modum celebratur.

Secundam autem propoſitionem ſic probo. Vbi contrahentes venditionem, appellant eam conuentionem, quæ verè non eſt venditio, intelligitur eſſe contractus innominatus,l.Inſulã, ff.de præſcriptis verbis: *Inſulam*, ait Neratius,*vt aliam reficeres,vendidi*, (hæc non poteſt eſſe vera venditio, nullo precio deſignato) *Reſpondi, nullam eſſe venditionem,ſed ciuili intentione incerti agendum*, id eſt, *præſcriptis verbis*, inquit Gloſ. *quæ datur ad incertum* id eſt,*ad intereſſe,vel vt fiat quod conuenit*.

Et Paulus Caſtrenſis ibidem: *Non eſt venditio*,inquit, *quæ ſine precio ſtare non poteſt,ſed eſt contractus innominatus*,& eodem in loco Iaſon: *Hic non poteſt*,inquit,*eſſe venditio, quia ſine precio non conſiſtit, erit ergo contractus innominatus*.

Quamobrem dum ita Pinellus argumentatur.Cõtrahentes de venditione tantum cogitabant, ergò illa conuentio nõ valet, quaſi contractus innominatus. Reſpon
A deo, argumentum procedere, ſi conſtaret contrahentes voluiſſe tantummodo emptionis & uenditionis cõtractum celebrare. Cæterùm,id non conſtat,ex eo,quod de uẽditione facta fuerit mentio: nam & apud Neratium uẽditionis verbo uſi ſunt contrahentes, & tamen contractus eſt innominatus.

Tertiã uerò propoſitioně ita probo. Nempè, actioně eſſe dandam,ad precium conſequendũ,facta traditione, ſcilicet actioně præſcriptis verbis. Actio præſcriptis verbis datur, ut fiat id,quod conuentum eſt, l.Naturales,§.Etſi quidem,ff.de præſcr.verbis. etſi non fiat ad intereſſe,ibi: *Sed vt damneris mihi,quanti intereſt mea*,&c. Sicuti declarant ibi Bar.Caſtr.nu.7.& Iaſ.nu.6. Ergò uenditori,qui rem tradidit, actio danda erit, vt emptorem cogat ad iuſtum precium præſtandum,quod ſcilicet Iudex declarauit.

Quanquam interim non negauerim, eidẽ uenditori actionem cõpetere, vt res reſtituatur, veluti ob eam cau
B ſam data,quæ ſecuta non ſit,vt in d.§.Etſi quidem.

Denique, quod attinet ad tertium, duplex eſt Doctorum ſententia; Altera Pinelli,in d.l.2.C.de reſcin.vend. In 1.par. Rubricæ,c.1. nu.6. exiſtimantis uenditioně ſic factam non ualere,quia precium ſit incertum, argumẽto l.vlt.C.de contrah.empt.& l.Si merces,ff.Locati.

Altera eſt ſententia magis cõis: huiuſmodi uenditionem conſiſtere. Ita docent Bar.& Caſtr.in l.Si merces,ff.Locati.Corn.in conſi.50.lib.1. Dec.in conſ.648. Franc. Burſatus in conſ.149.num.25.lib.2.& Simon Pretus in conſi.6.nu.16.

Et hæc ſententia uidetur mihi ualde probabilis. Non enim ullũ uideo diſcrimen, aut differentiæ rationě inter hanc ſpecię & illam,qua precium cõmittitur arbitrio certæ & nominatę perſonæ. Quæ quidẽ venditio ualet,ſi ſequatur declaratio. Iccirco enim uenditio ualet in ea ſpecie, quia precium definiri debet à perſona electa, nec circa eã electionem ulla poteſt inter contrahẽtes eſſe diſſen
C ſio. Itaque negotium non dicitur eſſe tunc imperfectũ, ſicuti cũ dicitur: *Quanti velis. Quanti æquum putaueris. Quanti æſtimaueris, habebis emptum*. Vel cum precium alieno arbitrio generaliter committitur, in quibus caſibus non ualet uenditio, vt in d.l.Si merces, ff.Locati,& in l.Quod ſæpè,§.1.ff.de contrah.empt.

Idem ergo Iuris eſt in caſu de quo loquimur, cũ ſcilicet precium declarãdum eſt à peritis æſtimatoribus,quorum alter eligendus ſit ab emptore,alter à venditore. Nã & nulla inter eos accidere põt diſcordia,& uidentur eſſe iã electi aut pro electis habẽdi, quaſi quod ex pacto deſtinatum & conſtitutũ eſt,pro iã facto habendum ſit,ut & alibi,l.Etſi nõ ſunt,§.Quid ergo,l.Lana,l.Veſtimentorũ ff.de auro & arg.leg.l.Ligni,§.1.l.Si chorus,§.1.de leg.3.

Ex his patet reſponſum ad argumentũ Pinelli,quia licet perſonæ non ſint certæ ac nominatæ, quarũ iudicio precij quantitas committitur, ex pacto tamen eligendæ ſunt,eademq; eſt ratio,ac ſi eſſent electæ, vt dictũ eſt.

D

CAPVT II.

Vtrum duobus vendentibus cum pacto redimendi, liceat vni totum precium offerendo rem redimere.

DVobus vendentibus cum pacto redimendi, vni eorum ius redimendi rei partẽ non cõpetere, partem precij offerenti, communis eſt omnium ſententia. Ita enim docuit Bar. in l.Si quis aliam, ff.de ſolutionib. & in l.Cui vſusfructus,ff.de uſufructu leg.& in conſi.195. Angelotus, Caſtr. in d.l.Si quis aliam, & in conſi.121.lib.3. Fabianus de Monte,de empt.& vend.7.q.princ.non procul à principio. Decius in l.Eius qui,§.Quas uerò,ff.ſi certum petat. Iaſ.in l.Stipulationes non diuiduntur,nu.20.ff.de verb.oblig. Franciſcus Aret.in conſi.3.Socin.in conſil.16.lib.quarto, Cagnolus in l.2.C.de pactis inter emptorem & venditorem, nume.122. vbi dicit Ruinum

contrarium docuisse in l.4.§.Cato.in 2. lectura, ff.de verbor.oblig. Qui tamen hoc non dicit, immò ipsemet Ruinus hanc sententiam est secutus in d.l. Stipulationes nó diuiduntur, nume.31. Eandem sententiam secutus est Tiraquellus de retractu consanguineorum, §.25. Glo. 1. ubi num. 11. dicit, se neminem inuenisse qui contrarium docet, præter Obertum Cremonensem, & Firmianum. Sed quid facerent, inquit, aduersus tot legum proceres, & eos quidem tot armis rationum & legum munitos?

Controuersia igitur est in eo: vtrum si totum preciũ vnus offerat, ac rem totam redimere intendat, audiẽdus sit, altero nolente vel negligente redimere.

Etenim Castr. in d.l. Si quis aliam, ff.de solutionibus, apertè negat eum esse audiendum. Eandem sententiam secuti sunt Io. Crotus & Alciatus in l.4.§.Cato.ff.de verbor.oblig. & idem Alciatus in l.Creditori, C.de pactis. Si Tiraquello credimus, hos ita referenti de retractu cõuentionali, §.1.Glos.6.nu.33. Sed Alciatum non inueni ista docentem, immò verò contrarium docet in d.l. Stipulationes non diuiduntur, nu.65.& 66. Refert tamen alios eiusdem sententiæ sectatores.

Alij responderunt non licere vni totam rem redimere, licet totum offerat precium, sed ei licere partem suam redimere, si modò totum offerat precium. Ita respondit Raphael Fulgosius in l. Quod si nolit, §. Idem Marcellus, ff.de ædilitio edicto. Necnon vt mihi videtur Soc. in consi.16. nu.51.lib.4.

Sed hęc sententia est iniquissima, & minus firmo nititur fundamento. Est enim iniquum, vt is, qui reuendit rem, totum precium consequatur, & simul etiam partem ipsius rei.

Fundamentum verò solidum non habet, quia nititur l. Quod si nolit, §. Idem Marcellus, ff.de ædilitio edicto. Eius verba hæc sunt: *Idem Marcellus ait, non posse alterum ex dominis consequi actione ex empto, vt sibi pro parte venditor tradat, si pro portione precium dabit.* Ex his verbis sic Fulgosius argumentatur: Ergo si non pro portione precium dabit, sed totum, partem rei, actione ex empto, consequetur.

Respondeo, non rectè sumi id argumentum, sed ita sumi oportere. Non potest partem precij soluendo, partem rei consequi, ergo si totum precium offerat, totam rem consequi poterit. Ita liceret argumentari, non autem ad eum modum, quo Fulgosius est argumentatus. Quanquam non diffiteor, etiam altero modo sumptum argumentum non esse admodum forte.

Cæterùm communior est sententia, &, vt mihi videtur, etiam probabilior, licere vni ex venditoribus totum precium offerendo, totam rem redimere. Ita docuit Castrens. sibi contrarius in consi. 221. lib.1. Soc. in l.1.§. Sed & quoties, ff.ad Trebell. Ias. in d.l. Stipulationes non diuiduntur, nu.21.& ibid. Ruin. nu.32. & Alciat. num.65. & 66. Cagnolus in l.2. C.de pact. inter empt. & vendit. nu.103. & alij quos refert & sequitur Tiraq. de retractu conuentionali, §.1. Glo.6. num.37. quibus addo Laurentium Syluanum in consi.22.

Probatur hæc sententia, primum ex l. Fistulas, §. qui fundum, ff.de contrah. empt. vbi Labeo ita scribit. *Qui fundum ea lege emeras, vt soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus hæredibus relictis decessit. Si vnus omnem pecuniam soluerit, partem familiæ herciscundæ iudicio seruabit. Nec si partem soluat, ex empto cum venditore aget, quoniam ita contractum es alienum diuidi non potest.*

Ex sententia igitur Labeonis, audiendus est, qui totum petit, si totum precium offerat.

Secundò probatur ex l. Fundus, ff. eod. tit. vbi Iabolenus ita: *Fundus ille est mihi, & Titio emptus. Quæro vtrũ in partem an in totum venditio consistat, an nihil actum sit? Respondi, personam Titij, superuacuè accipiendam puto, ideoq́ totius fundi emptionem ad me pertinere.*

Sic & in quæstione nostra superuacua videtur esse illius persona, qui redimere negligit, & totum ius redimẽdi ad alterum spectat.

A Tertiò probatur ex l.1.§. Si pecunia, ff. Depositi. *Si pecunia, inquit, in sacculo signato deposita sit, & vnus ex hæredibus eius, qui deposuit, veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat videndum est. Promenda est pecunia, vel coram Prætore, vel interuenientibus honestis personis, & exsoluenda pro parte hæreditaria.* Et paulò post: *Sed si res sunt, quæ diuidi non possunt, omnes debebit tradere, satisdatione idonea à petitore ei præstãda, in hoc quòd suprà partẽ eius est.*

Quartò probatur. Nam si duo sint hæredes, vnus potest pignus luere, totam debitam pecuniam offerendo, l. Hæredes, §. Idem obseruatur, ff. Familiæ herciscundæ. Ergo idem in proposita specie statuendum est, cum nulla subsit ratio diuersitatis.

Postremò probatur ex æquitate quadã. Emptor enim rem reuendere tenetur. Si pars precij offeratur, partem reuendere non cogitur, ne scilicet inuitus in communionem incidat. Sed si totum precium offeratur, non habet iustam causam recusandi, cùm nihil sua intersit, si B modo ei caueatur à redimẽte in eo, quod supra eius partem est.

Sed videamus quantum habeant momenti cõtrariæ sententiæ argumenta. Sunt autem tria potissimum.

Primum argumentum. Vnus præoccupare nó debet ius alterius, nisi altero consentiente. Sed redimere volens hoc in casu præoccupat ius alterius, ergo non est audiendus.

Respondeo. Non præoccupat ius alterius, sibi videlicet alterius partem applicando. Immò tenetur alterum ipsius socium ad communionem recipere, & partem ei tradere fundi redempti, si precij partem restituere paratus sit.

Secundum argumentum. Vbi quis tenetur plurib. ad factum indiuiduum, non potest cogi ad illud pręstandũ, nisi omnes consentiant, l.2.§. ex his, ff.de verb.obl. l.vlt. ff. Communia prediorum. Sed qui tenetur reuendere, teneri dicitur ad actum indiuiduum, ergo cogi non potest C ad illud præstandum, nisi omnes consentiant.

Respondeo, nego maiorem. Non obstant leges allegatæ. Nam in §. ex his, hoc tantum habetur. Hæredes vnius, qui obligatus erat ad aliquid indiuiduum, omnes in solidum teneri. In l.vlt. ff. communia prædiorum. textus dicit: Plurium Dominorum fundi consensum requiri, in imponenda, vel acquirenda seruitute. Rectè. Nam & in specie nostra inuitus alter partem redemptæ rei non habebit.

Tertium argumentum. Obligatio reuendendi dicitur continere obligationem dandi, quæ diuidua est, secundum Gl. in l.2. in verbo, Viam, ff.de verb.obl. In obligationibus autem diuiduis vni actio in solidum nó datur, sed tantum pro parte, l. Duo fratres, ff.de acquir. hæreditate. Ergo vni actio non est danda ad totam rem consequendam.

Respondeo. Nego maiorem. Quoniam obligatus ad reuendendum nó dicitur esse obligatus ad dandum, sed D ad tradendum, licet ex traditione dominiũ trãsferatur, si tradens sit Dominus, l. ex empto, ff.de action. emptio. Nec contraria sententia legibus probatur.

CAPVT III.

Vtrum minor vigintiquinque annis emens rem cum pacto reuendendi, absque decreto Iudicis, & alijs solennibus, eiusmodi pacto obligetur.

Controuersia est inter Doct. de minore, qui rem emit cũ pacto reuendendi, an teneatur eiusmodi pacto, necne. Etenim eum obligari responderunt Bal. subscribens Angeli responso, in consi.416. lib. 2. Andr. Isernia in c.1. §.1. de feudo dato in vim legis cõmissoriæ. Cagn. in l.2. C.de pact. inter emptorem & venditorem, num.149. Pinellus in l.1. in 3. par. C.de bonis maternis. Tiraq. de retractu conuent. ad fin. tituli, nu.13.& seq.

Quo-

Quorum argumenta hæc sunt. Non licet vnam partē contractus approbare, & aliam reprobare, l. Cum queritur, ff. de administratio. Tutor. l. Nam absurdum, ff. de bonis libertorum, l. Si ita stipulatio. ff. de operis libertorum. Si ergo minor approbat contractum venditionis, tenetur etiam approbare pactum reuenditionis.

Secundò. Pactum huiusmodi pertinet ad executionem primi contractus, hoc est, emptionis factæ, ergo minor illud seruare tenetur, argumento l. 4. §. Si ab ignoto. ff. de Manumissionibus. Ibi. *Nam etsi pupillus emat, æquum est eum fidem adimplere, cum sine damno eius hoc sit futurum.*

Tertiò. Huiusmodi pactum est pars contractus, & res ea lege vendita minoris æstimatur, vt latè docet Tiraquell. de retractu conuentionali, §. 1. Glo. 1. num. 1. & in præfatione, nu. 20. Ergo ne alter decipiatur, æquum est vt minor obligetur.

Quartò. Minoribus à lege nō subuenitur, nisi decepti esse probentur, l. Verum, §. Sciendum, ff. de Minoribus, l. Quod si minor, §. Non semper, ff. eod. Sed hic nulla est deceptio, ergo non est subueniendum. Consequenter obligari videtur.

Quintò. Pactum reuendendi approbatur etiam Iure Canonico, si vsura absit, c. Ad nostram, de empt. & vend. c. Illo vos, de pigno. Vnde comprehendit etiam personas Ecclesiasticas. Cur igitur & Minorē non cōprehendat?

Sextò. Cum Minori res donatur, aliquo pacto vel onere adiecto, sine dubio obligatur, l. causam, 20. ff. de Manumiss. l. Si rogatus, ff. de Manumissis vindicta. Cur ergo & huiusmodi pactum seruare non teneatur?

Septimò. Minor obligatur ex pacto addictionis in diē, l. Si emptionē, ff. de Minorib. Dum ibi dicitur Minorem restitui. Nam si non obligaretur, restitutione non esset opus. Ergo obligatur etiam pacto de quo agitur.

Octauò. Non debet Minor cum aliena iactura locupletari, c. ex tenore, vers. *Nos igitur*, de foro competenti. Sed hic locupletatur cum aliena iactura, quia propter pactum minoris rem emit. Ergo tenetur pactū obseruare.

Postremò. Huiusmodi pacta resolutiua contractus locum habent in Ecclesia, c. Verum, de conditionib. appositis. Ergo & in minoribus.

Alij verò dixerunt, minorem quidem nō obligari huiusmodi pacto, si ipse contrahat, secus autem si tutor, vel curator eius. Argumento l. contrà iuris, §. vlt. & l. sequēti, ff. de pactis. Ita Curtius iunior, in cons. 146. Cagnolus in d. l. 2. num. 148. Idem quo ad Tutorem & Curatorem responderunt Angelus, & Iacopinus de S. Georgio, in d. l. contrà iuris, §. vlt. & Bertrandus in cons. 15. lib. 2.

Sed longè probabilior, & communior est sententia eorum, qui dixerunt, Minorem nequaquam obligari. Ita docuit Franciscus Accurtius, quem refert & sequitur Io. Andreæ in Additione ad Speculatorem, rubr. de pactis. Sequitur Albericus in l. Si ad resoluendam, C. de Prædijs Minorum. Fabianus de Monte de empt. & vendit. quæst. 7. princ. in principio. Castrensis in cons. 112. ad finem lib. 1. Gozadinus cons. 15. & 16. Alciatus responso 221. Menoch. de Arbitrijs Iudicum, Casu 171. nu. 31.

Probatur hæc sententia ex l. Si ad resoluendam, C. de prædijs Minorum. *Si ad resoluendam*, inquit, *donationē, quam in emancipatum te pater contulerat, minor vigintiquinque annis cautionem ei emisisti, cum huiusmodi scriptura contrà Senatusconsulti authoritatem facta sit, non oberit Iuri tuo.*

Respondent contrariæ sententiæ Authores, hunc textum esse intelligēdum de pacto resolutiuo ex interuallo facto, postquam scilicet minori est ius quæsitum.

Sed nihil valet hæc interpretatio, cum nullum sit verbum in ea lege, ex quo probari possit.

Secundò hæc sententia probatur ex l. 1. §. vlt. & l. seq. ff. de rebus eorum, &c. *Si minor vigintiquinque annis emerit prædia, vt quæ ad precium solueret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere. Nam vbi dominiū quæsitum est minori, cœpit non posse obligari, Sed hic videA tur illud mouere, quòd cum dominio pignus quæsitum est, & ab initio obligatio inhæsit. Quod si à Fisco emeris, nec dubitatio est, quin ius pignoris saluum sit. Si igitur talis species in priuato venditore inciderit, Imperiali beneficio opus est, vt pignus confirmetur.*

Respondet Pinellus, differentiam esse inter pignus, & pactum reuendendi, quia pignus præsupponit dominiū esse translatum in emptorem.

Replicari potest, etiam rei venditæ cum pacto reuendendi dominium in emptorem transferri, vt latè probāt Tiraquell. de retractu conuentionali, §. 2. Glos. 1. nu. 34. & Menoch. in cons. 26. lib. 1.

Sed Pinellus dicit, ex pacto reuendendi statim ab initio indicati, rem firmiter non esse mansurā apud Minorē, vnde non habet ꝙ cōqueratur, si reuendere cogatur.

Respondeo. Idem est in pignore, vt patet ex d. l. 1. §. vlt. in illis verbis. *Et ab initio obligatio inhæsit.*

Nec difficile est ad argumenta in contrarium responB dere. Nam ad primum respondeo, totum contractum esse approbandum, quando in omnibus partibus valet, & consistit, aliàs secus, vt patet in pupillo, qui ex contractu nō obligatur, & tamen alios obligat. l. Iulianus, §. Si quis à pupillo, ff. de actionibus empt. & in Institutionibus de Authoritate Tutorum in principio.

Ad secundum respondeo, pactum quidem esse annexum priori contractui, sed tamen specialiter esse constitutum in minore, vt contractus valeat, & pacto non obligetur, propter Senatusconsulti authoritatem, quo cauetur ne minorum bona distrahantur, nisi authore Prætore, & alijs solennib. adhibitis. Qua de re nihil prorsus agitur in l. 4. §. Si ab ignoto, quæ in contrarium adfertur.

Ad tertium respondeo. Pactum illud esse partem contractus, sed in Minore specialiter constitutum esse, vt non obligetur.

Ad quartum respondeo. Minoribus non esse succurrendum per restitutionem in integrum, nisi sint deceC pti, sed hic non indiget in integrum restitutione, quia non obligatur.

Ad quintum. Concedo huiusmodi pactum comprehendere ēt Minores, si modò interueniāt iuris solennia.

Ad sextum. Concedo minorem teneri ad seruandum pactum, si modò non contineat rei immobilis alienationem, vel obligationem.

Ad septimum respondeo. Aliud esse in pacto addictionis in diem, talis enim venditio, aut est cōditionalis, aut sub conditione resoluenda, l. 2. ff. de in diem addictione. Vnde minor perfectè dominium non acquirit. Secus in pacto reuendendi, quia non impedit dominij translationem, vt dictum est.

Ad octauum respondeo, non esse nouum in minorib. & pupillis, si dum ipsi alios oligant, contrà, alijs non obligentur, vbi solennia iuris non interueniunt.

Ad vltimum argumentum respond. pactum quidem resolutiuum valere, cum aliquid donatur Ecclesiæ. Ita D loquitur tex. allegatus, & in ea specie idem esset in minore cui donatur. Cæterum, aliud in minore ac pupillo, ꝙ ad propositam quæst. attinet, legibus nostris constitutū est, nec diuersitatis ratio deficit, quia vbi donationi conditio adijcitur, illa est seruanda, nisi contineat bonorum immobilium contrà Senatusconsulti authoritatem alienationem, tunc enim Principali opus est authoritate.

CAPVT IV.

Venditione facta cum pacto redimendi intrà certum tempus, si ante lapsum temporis precij pars soluta fuerit, & post tempus elapsum redimere volens, residuum soluere paratus sit, vtrum sit audiendus.

NOn est eadem omnium sententia, vtrum sit audiendus is, qui ex pacto, vt redimat prædium, partem precij soluit, intrà tempus constitutū, residuum verò paratus est soluere post tempus elapsum. Etenim Io. Imolensis in cons. 36. in casu præmisso,

missò,& Goźadinus ad l.2.C.de pactis inter emptorem, A
& venditorem,in 7.quæſt. hunc audiendum eſſe reſponderunt; Hieron. aût Cagnolus in d.l.2.nu.162. id negat.

Argumenta Imolenſis ſunt duo. Primum. Cum emptor venditori partẽ precij ſoluit, emptio dicitur eſſe perfecta, nec pœnitentiæ locus eſt, l.2. C. Quando liceat ab emptione diſcedere. Ergo idem eſt reſpondendum in ipſa reuenditione. Idem probat tex.in l. Non iccirco, & in l.Ea conditione, C. de reſcindenda venditione, quib. in locis dicitur,non iccirco licere à venditione recedere, ꝙ totum precium ſolutum ex lege contractus non ſit, ſed actionem ad reſiduum, quod debetur,competere.

Secundum argumentum. Mora regulariter purgari poteſt,l.Interdum, §.vlt.ff.de verbo.oblig.§.vlt. in inſtitutionibus de perpetuis, & temporalibus actio. Ergo & hoc in caſu redimere volens audiendus erit, ſi poſt elapſum tempus reſiduum præſtare,atque adeo moram purgare paratus ſit.

Argumenta verò Cagnoli ſunt iſta. Nemo poteſt ex contractu agere,niſi illum perfectè adimpleuerit pro parte ſua,l.Iulianus, §.offerri,ff.de actionib. empt. Sed hic redimere volens perfectè non adimpleuit, quia precium totum tempore conuento non ſoluit. Ergo actionem non habet ad redimendum. B

Secundò. Nemo tenetur fidẽ obſeruare illi, qui prius eam non ſeruauit,l. Cum proponas,2.C.de pactis. Sed hic redimere volens non ſeruauit, quia non ſoluit, &c. Ergo,nec illi ſeruanda eſt.

Tertium argumentum eſt ex l. Si quis ita, §. Sententia, ff. de verbor. oblig. vbi ſoluens partem ſummæ promiſſæ intra tempus conſtitutum non auditur,ſi poſt elapſum terminum reſiduum ſoluere velit, ſed non reperitur ille textus.

Ego animaduerti ſententiam Cagnoli ſecutum fuiſſe Ioannem Petrum Surdum in conſ.52.vbi citat etiã Ancharanum, quæſt.familiari 12.nu.12.in 1.par. Exiſtimo autem quęſtionem poſſe definiri ex reſponſo Sceuolæ in C
l. Si ita quis,§.Seia cauit.ff.de verbor.oblig. cuius verba hæc ſunt. *Seia cauit Lucio Titio,quod mandante eo hortos emiſſet,cum precium omne cum vſuris ab eo recepiſſet, ſe in eum proprietatem hortorum translaturum. Deinde incontinenti inter vtrumque conuenit,vt intra Kal. Aprilis primus vniuerſam ſummam mandator numeraret, & hortos acciperet. Quæritur cum ante Kal. Aprilis non omne precium cum vſuris a Lucio Titio Seia ſolutum ſit,interpoſito tamen modico tempore, reliquum precium cum vſuris Seia Titius ſoluere paratus fuerit, neque Seia accipere voluerit, & vſque in hodiernum diem per Titium non ſtet, quò minus reliquum ſoluat, an ſi nihilominus Lucius Titius Seia pecuniam vniuerſam ſoluere ſit paratus. ex ſtipulatu agere poſſit; Reſpondit poſſe, ſi non multò poſt obtuliſſet, nec Mulieris quicquam propter eam moram intereſſet. Quod omne ad Iudicis cognitionem remittendum eſt.*

Hoc reſponſo dirimitur omnis hæc controuerſia, vt fatetur etiam Surdus loco allegato,nu.44. & 45. Nam ſi D
paulò poſt tempus elapſum reſiduum precij offeratur, nec Aduerſarij interſit, reuenditioni locum eſſe non dubito,aliàs ſecus.

Non obſtant argumenta in contrarium,quia fateor actionem ex contractu non dari illi, qui non ſeruat cõtractum ex ſua parte, & fateor frangenti fidem non eſſe fidem obſeruandam;ſed in hac ſpecie fides obſeruatur, & licet aliqua mora interponatur,ſi tamen emptoris nõ interſit. nullum afferre debet venditori detrimentum.

Quod ſi longè poſt tempus reſiduum precij offeratur, aut emptoris interſit, non erit reuenditioni locus. Nec obſtat id, quod dicebatur, non iccirco licere à contractu recedere,ꝙ totum precium ſolutum non ſit,ex l.Non iccirco,C.de reſcin.vend.& ex alijs legibus. Quia id locum habet,vbi quis agendo, vellet à contractu recedere, atq; illum infirmare,ſecùs autem,quando excipiendo quis ad ueiſus eum ſe defendit,qui contractum nõ adimpleuit, ſicut declarat optimè Ruminald.in l.Cum proponas,colum.2. C.de pactis, Alciatus, in conſ.108. num.5.Franciſcus Becius,in conſil.45.nu.38. Roland.à Valle,in conſil.38.lib.4.

Porrò tertium argumentum Cagnoli ex l. Si quis ita, §. ſententia, nihil mouet, neque enim reperitur illa lex; niſi errore librariorum ille textus allegatus fuerit loco l. Si ita quis, §. Seia cauit,ex quo textu, vt iam dixi, quæſtio optimè definitur.

CAPVT V.

Controuerſia inter Socinum,et Iaſonem de eo,qui vendere promiſit, precioque accepto rem tradidit,nulla tamen venditione facta,an dominium rei in accipientem tranſtulerit.

CElebris eſt controuerſia inter Socinum & Iaſonem,de eo, qui vendere aliquam rem promiſit, & nulla venditione facta, rem tradidit,an dominium tranſtulerit? Etenim, Iaſon dominium translatum eſſe negabat, in l.Si ante,ff.ſoluto matrim.& ita etiam reſpondit ex facto interrogatus,in conſil.117.lib.1.Contrarium autem Socinus docuit in eadem l.Si ante,& contrarium reſpondit in conſil.170.lib.2.

Argumenta Iaſonis potiora,ſunt iſta. Promiſſio de vẽdendo non eſt venditio,ideò nec per eam dominiũ trãſfertur,ſed tantum actio perſonalis contra promittentem datur,l.Si ſterilis,§.ſi tibi fundus, ff.de actionib. empt.l. Qui fundum, ff.de contrah.empt. Sed hic eſt pactum de vendendo,& nulla eſt ſecuta venditio. Igitur,&c.

Secundò, Nuda traditio in aliquem dominium non transfert,ſed requiritur cauſa idonea,l.Nunquam nuda, ff. de acquir. rer. dominio. Sed hic nuda eſt traditio rei; Nec pactum de vendendo cauſa eſt idonea ad translationem dominij. Igitur.

Argumenta verò Socini potiora, hæc ſunt. Per traditionem dominium acquiritur, ſi præcedat cauſa ſufficiẽs ſaltem in potentia,l.Sub conditione, & ibi Bart.ff.de ſolut.l.Dotis fructus,§.vlt.& l.ſeq.ff.de Iure dotium, l.1.§.1.ff.pro dote. Sed hic traditio interuenit, & præceſſit cauſa idonea,ſaltem in ſpe, & potentia, vt loquuntur, nempe,pactum illud de vendendo. Ergò, &c.

Secundò, Emptor reſpectu rei emptæ, & Maritus reſpectu dotis, ęquiparantur; ſicut enim emptor habet rẽ, quia precium ſoluit,ita Maritus dotem, quia ſuſtinet onera matrimonij, l. Ex promiſſione,ff.de actio. & oblig. Sed Maritus dotem accipiens ante cõtractum matrimonium,dominium eius acquirit, ſi ſuſtineat onera matrimonij,vt docet Gloſ.communiter recepta,in l.Si ante,ff. ſoluto matrim. Ergò & emptor dominium acquirit, ſi rem acceperit,& precium ſoluerit.

Ego longè probabiliorem, & cõiorem eſſe iudico ſententiam Socini,eam enim ſecuti ſunt Decius,in cõſ.614. Curtius iun. in conſ.82. Ruin.in conſ.47.lib.4. Cagnol. ad l.2.C.de pact.inter empt.& vendit.num.172.& alijs, quos refert, & ſequitur Tiraquell.de Retractu conuent, ad finem tit.nu.83.A Iaſ aût ſnia eſt Ruin.in conſ.77.n.9.lib.1.& authoritas Ale. in cõſ.73.lib.1. qui tñ loquitur eo in caſu,quo totum precium nõ eſt ab emptore ſolutũ.

Probatur verò euidenter,quoniã empt.& vendit.perficitur ex conſenſu contrahentium,l.conſenſu,ff.de acti.& oblig.Sed in hac ſpecie,conſenſus adeſt cõtrahentiũ, vt patet ex factis ipſis,nempè,ex rei traditione, & precij ſolutione. Ergò videtur eſſe perfecta venditio, & dominium translatum. Ex factis.n.voluntatem & conſenſum elucere,perinde,ac ex verbis,exploratum eſt, vt in l.de quibus,ff.de legib.in l. Recuſare,ff.de acquir.hæred.& alibi.

Ad argumentum Iaſ. ita reſpondeo. Quod attinet ad primum,concedo aliud eſſe venditionem, aliud pactum de vendendo,ſi nihil aliud concurrat; Sed hic ſunt circũſtantiæ,quæ venditionem conſtituunt & faciunt, nempè,precij ſolutio, & rei traditio,ex quibus venditio efficitur, nec enim verbis opus habet, ſicut ſtipulatio.

Ad

Ad secundum. Fateor nuda traditione dominium nō transferri, sed hîc traditio non est nuda, sed ex causa uenditionis, quæ resultat ex traditione facta, & numeratione precij.

CAPVT VI.

Re uendita cum pacto redimendi, incrementum alluuionis an pertineat ad eum, qui redimit, an ad eum, qui reuendit.


DE incremento alluuionis, an pertineat ad emptorem qui reuendit, an uerò ad uenditorem, cui fundus restituitur, non uulgaris est controuersia. Triplex enim est Doctorum sententia.

Prima. Huiusmodi incrementum ad ueuditorē pertinere cui fundus restituitur. Huius sententiæ author citatur Paulus Castr. in consi. 388. Videtur dicendum, secundum antiquam impressionem, sed non reperitur illud consilium, ut Tiraquel. dicit, de Retractu conuentionali, nu. 92. ad finem tituli.

Eandem sententiam aliquando secutus est Cagnolus, ut ipse refert in l. 2. nu. 189. C. de pactis inter emptor. & uenditor. Et confirmari potest duobus argumentis. Alterum est. Resoluta uenditione omne commodum interea contingens, ad venditorem reuertitur, l. Cum autem, §. 1. ff. de ædilitio edicto, l. Si hominem, ff. De usucap. l. Quod dictum, & l. Imperator, ff. de in diem addictione. Sed in hac specie venditio resoluitur ex pacto reuenditionis, & restituitur res uenditori, Ergò restituenda est cum omni accessione, & commodo.

Alterum argumentum. Augmentum, siue accessio pertinet ad eum, ad quem res ipsa pertinet, quia sequitur rem ipsam, ut patet in re pignori obligata. Si quid enim illi interea accedit, pertinet ad creditorem, cui res restituitur, l. Fundus, §. Si res. l. Paulus, §. Si domus, ff. De pignor. l. si conuenerit, 2. §. si nuda, ff. De pignoratitia actione. Ergo accessio per alluuionem facta, pertinere debet ad uenditorem, quia ipsi uenditori res restituitur.

Secunda est opinio. Si ueuditio facta sit ad corpus, ut loquuntur nostri, ad uenditorem pertinere augmentum alluuionis, simul cum ipso fundo restituto. Si uerò facta sit ad mensuram, ad emptorem pertinere. Ita Gozadinus, ad d. l. 2. C. de pactis inter empt. & uendit. in pen. q. & Franciscus Zoanetus ibidem, nu. 128.

Fundamentum est; quia ubi uenditio est perfecta, omne commodum, & incommodum ad emptorem spectat, l. 1. C. de periculo & commodo rei uenditæ. Sed hic reuenditio uidetur esse perfecta, quia inter partes est conuentum, ut reuenditio fiat certo precio, Ergo ad eum, qui rem redimit, omue commodum spectare debet.

Hæc uera sunt, cum uenditio facta est ad corpus, cæterum, si ad mensuram facta sit, quia certus est numerus iugerum agri uenditi, sufficit emptori si tot iugera reuendendo restituat, quot ipsi tradita sunt à uenditore, quod suprà est, sibi retinere potest.

Tertia est sententia uera, & communis. Augmētum de quo agitur, ad emptorem pertinere. Ita Hieronym. Caguol. in l. 2. nu. 190. C. de pactis inter empt. & uendit. Iacob. Menoch. alios citans, in consi. 26. lib. 1. & nouissimè Senatus Pedem. apud Ant. Tessaur. decis. 140.

Probatur hæc sententia duobus potissimum argumētis. Alterum est. Emptio cum pacto reuendendi dicitur esse perfecta, vsque adeò, vt emptor interea dominium acquirat, & fructus tanquam dominus consequatur. Hanc propositionem latè probat Tiraquell. de retractu conuent. §. 2. Gl... num. 34. Ergo omne incrementum, & commodum ad ipsum emptorem spectat. Hanc consequentiam probat text. in l. Id quod, ff. de periculo & commodo rei venditæ, & in l. 1. C. eo. tit.

Alterum argumentum. Inter contrahentes æqualitas est obseruanda, l. si id quod, §. vlt. ff. de rescind. vendit. & latè respondet Crauetta, in consi. 245. nu. 7. Sed si fundus

A diminueretur, damno id cederet emptori, nec enim uenditor illum redimere cogeretur. Ergo & cōmodum augmenti ad emptorem spectare debet. Facit regula l. Secundum naturam, ff. de reg. iur. & ferè in terminis, l. pen. C. de solutionibus, vbi text. ita dicit: *Cum pro pecunia, quam acceperas, secundum placitum Euandro te fundum dedisse profitearis, eius industriam, vel euentum meliorem tibi, non ipsi prodesse, contrarium non postulaturus, si minoris distraxisset, non iuste petis.*

Ad argumenta in contrarium respondeo. Quod attinet ad primum: Distinguo Maiorem. Nam si venditio resoluatur, eò quòd facta sit sub conditione, siue sub tali pacto, ut pro infecta habeatur, tunc fateor perinde statuendum esse, ac si factà non esset venditio, ac proinde omnia esse restituenda venditori, quæ medio tempore accesserunt. Secùs autem dicendum, vbi vēditio est resoluta ex pacto reuendendi, neque enim perinde resoluta esse videtur, ac si facta non fuisset, quia sic etiam fructus B medio tempore percepti restituendi essent venditori, quod est falsum.

Ad secundum respondeo. Leges allegatas loqui in creditore, qui cum dominium rei pignoratæ nō habeat, sed illud pertineat ad debitorem, meritò etiam carere debet eo augmento, & commodo, quod rei accessit alienæ.

Ad argumentum secundæ opinionis respondeo. Nihil aliud probare, nisi commodum & incommodum spectare ad emptorem, & consequenter etiam ad hunc redimentem, posteaquam reuenditio facta est, & id nemo negat, sed quæstio est de augmento quod medio tempore accessit, videlicet, antequam venditor oblato precio vēditam rem sibi restitui ac reuendi peteret.

CAPVT VII.

Vtrum, qui promisit facere pactum de reuendendo, immediatè cogi possit ad reuendendum.

C


EVm, qui promisit facere alicui pactum de reuendendo, immediatè cogi posse ad reuendendum censuerunt Io. Franciscus Purpuratus, in l. Cum fundus, §. seruum tuum, ff. si cert. petat. Boerius, decis. 183. nu. 14. & Tiraquel. de rertactu conuent. ad finem tit. nu. 61.

Contrarium responderunt Cagnolus, ad l. 2. nu. 201. C. de pactis inter emptor. & vendit. & Rolan. à Valle, in cons. 69. lib. 3. Huius quæstionis definitio pendet ex doctrina Io. Andr. in additione ad Spec. tit. de solutionibus, & oblig. vtrum scilicet vera sit, vel falsa. Dixit Io. Andr. Eum, qui promisit se obligaturum ad decem, immediatè ad decem præstanda conueniri posse.

Nos hic tria breuiter præstabimus. In primis docebimus Io. Andreæ sententiam frequentioribus Doctorum suffragijs munitam esse. Deinde probabiliorem esse demonstrabimus, quàm contraria sententia. Tertiò, quę sit D in specie proposita opinio nostra, subiungemus.

Communiorem esse hanc sententiam Io. Andreæ, patet ex Doctorum numero qui eam sunt secuti, Alexāder, Socin. Ias. Curt. iun. & Purpuratus, ad l. cum fundus, §. seruum tuum, ff. si cert. pet. Ruin. in l. 4. §. Cato, nu. 25. ff. de verb. obl. Romanus Sing. 186. Obligo me. Gomesius in §. In personam, nu. 41. de Actionib. Afflictus decis 61. Rubeus cons. 29. Cassanæus in cons. 56. Zasius in cōs. 10. nu. 36. lib. 2. alios citans Hier. Gabrielius in cons. 58. nu. 31. Michael Grassus lib. 1. commu. opinio. c. 20. Bursatus in cons. 100. nu. 11. lib. 1.

Eandem verò sententiam improbarunt Decius, & Riminal. in d. §. seruum tuum, Marsilius Sing. 469. Grammaticus decis. 103. nu. 188. & quidam alij, quos commemorat Rolan. à Valle, in cons. 69. nu. 25. lib. 3. vbi tamen Alciatum citat, qui hoc non dicit.

Hos verò, & numero & authoritate lōgè antecedunt sententiæ Ioannis Andreæ sectatores, vt patet.

Quod attinet ad secundum, veram esse hāc sententiā,

sic

sic demonstro. Circuitus inutiles euitandi sunt, l. Cum fundus, §. Seruum tuum, ff. Si certum petatur, l. Dominus testamento, ff. de condictio. indeb. Clementina, Auditor, de Rescriptis. Sed euitantur inutiles circuitus hoc in casu, si promissor immediatè cogatur ad soluendum, ergo cogi debet.

Secundò. Pactum de liberãdo aliquem, liberationem parit, vt propterea exceptio detur debitori. Ergo eodem modo pactum de se obligando, obligationẽ inducere debet. Prior illa propositio probatur ex l. Si intrà, ff. de pactis, & ex l. Si creditoris, C. de fideic.

Quinque verò sunt potissimum argumenta contrariæ sententiæ. Primum. Actus agentium non operantur ultra eorum intentionem, l. Non omnis, ff. si cert. pet. Sed promittens se obligaturum, non uidetur animum habuisse statim se obligandi, Ergo statim conueniri non potest, vt soluat.

Respondeo. Cùm nulla dies adijcitur, præsenti die debetur id, quod promissum est, l. Eum qui Kalẽdis, §. Quoties, ff. de verb. obl. Ergò is, qui promittit se obligaturum, statim conueniri potest, non tantum vt se obliget, sed ad euitandos circuitus, vt soluat.

Secundum arg. Qui promittit se obligaturum, videtur promittere factum, argumento l. Consilio, in fi. ff. de curatore furiosor. Consequenter præcisè cogi nõ potest, sed præstando interesse, liberatur, l. Stipulationes nõ diuiduntur, ver. Celsus, ff. de verb. ob. l. si pœnã, in fi. ff. eo. Ergò statim ad præstanda decem non compellitur.

Respondeo. In hac specie, id quod interest, nihil aliud esse, quàm rem ipsam promissam, nam si tu promisisti, te mihi obligaturum ad decem, nec te obligare uelis, id, quod mea interest præstando, decem procul dubio mihi præstabis, quia mea interest habere decem. Facit tex. in l. Stipulatio ista, §. alteri, ff. de verb. obl. dũ ibi dr̃ inuẽtas esse stipulationes; *vt vnusquisque stipuletur quod interest.*

Tertium argumentum sumitur ex l. Si quis stipulatus sit Stichum, §. vlt. ff. de verb. obl. vbi is, qui promisit fideiubere, pro fideiussore non habetur, sed in id tenetur, quod stipulatoris interest.

Respondeo. Illud meritò esse cõstitutum in ea specie, quia non aliam ob causam satisdatio à stipulatore desideratur, quàm, vt suæ prospiciat indemnitati. Quare, si consequatur id, quod sua interest, propterea quòd fideiussio non præstatur, satis illi consultum est.

Quartum argumentum. Aliud est venditio, aliud promissio de uendendo, ex communi Doctorum sententia. Castr. & alij, in l. in bonæ fidei, ff. de eo quod certo loco, ergò similiter aliud est promissio de se obligando, aliud ipsa obligatio.

Respondeo. Concedo totum argum. Sed propter circuitum datur actio immediatè ad promissa.

Quintum argumentum sumitur ex l. Quod si nolit, §. io lactum, ff. de ędil. edicto, vbi Iurisconsultus docet, non posse ad precium agi, ex pacto de redhibendo, sicut ex ipsa redhibitione. *In factum*, inquit, *actio competit ad precium recuperandum, si mancipium redhibitum fuerit.* Et paulò post. *Illud planè hac actio exigit, vt sit redhibitum. Cæterum, nisi fuerit redhibitum, deficit ista actio, etiã si nudo consensu placuerit vt redhibeatur.*

Respondeo, ex pacto actionẽ non dari, l. Iurisgentiũ, §. igitur nuda, ff. de pact. Meritò ibi nõ datur actio, si nudo consensu placuerit ut redhiberetur. At in quæstione nostra, præsupponendum est oriri actionẽ ex promissione facta, uel quia stipulatione vallata sit; uel quia sufficientem habeat causam vnde actio oriatur.

Quod verò attinet ad tertium, quod suprà sum pollicitus, vbi pactum de reuendendo continet rem certam, ac precium certum, existimo promittentem immediatè compelli posse ad reuendendum. Monet me inprimis authoritas Io. Andreæ, & sequacium, tùm illa ratio circuitus euitandi.

Respondet Rolan. à Valle, Io. Andreę decisionem longè differre ab hac specie, quoniam obligatus ad reuendendum, dicitur esse obligatus ad factum, quo casu præcisè compelli non potest, sed præstando interesse, liberatur, quod quidem interesse est incertum. Sed in casu Io. Andreæ certum est ac definitum.

A

Replicatur, falsum esse antecedens, quòd scilicet obligatus ad reuendendum, præcisè compelli non possit, vt in sequenti capite fusius demonstrabitur.

CAPVT VIII.

Is qui reuendere promisit, an præcisè compelli possit ad reuendendum.



EVm, qui reuendere promisit, ad reuendendũ præcisè compelli non posse, responderunt Corneus in consil. 4. lib. 1. Socin. sen. in consil. 253. in quæst. 5. lib. 2. Gozadinus ad l. 2. C. de pact. inter emptorem & vend. col. 2. & ibi etiam Cagnolus, nu. 12. & nu. 129. Corasius lib. 3. Miscellaneorum, c. 9. & alij, quos recenset Tiraq. de retractu conuent. §. 1. Glo. 7. nu. 60.

B

Fundamentum est in eo, quod obligatus ad factum, præcisè compelli non possit, sed in id, quod interest condemnetur, l. Stipulationes non diuiduntur, vers. Celsus, ff. de verb. obl. Sed talis promittens dicitur esse obligatus ad factum, Reuendere enim est facti, argum. l. 4. ff. de vsuris, & l. Consilio, in fi. ff. de curatore furiosor. Ergò præcisè compelli non potest.

Sed contraria sententia semper mihi uerior uisa est, quam amplexi fuere Pinellus in Commentarijs, l. 2. C. de rescind. vend. in 2. par. c. 3. nu. 22. Io. Baptista Lupus, in commẽtarijs, l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. cõm. 2. num. 24. vers. sed aduertendum est, Cassanæus in consuet. Burgund. Rub. 5. §. 1. uers. Aduerte, & Francisc. Zoanetus in ead. l. 2. nu 78.

Probatur hæc sententia lege, & ratione, lege quidem quia ita constitutum est in d. l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. *Si fundum*, inquit, *parentes tui ea lege vendiderunt, vt siue ipsi, siue hæredes ipsorum emptori precium quãdocunque, vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teq; parato satisfacere conditioni dictæ, hæres emptoris non paret, vt contractus fides seruetur, actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum, quæ post oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad aduersarium peruenerunt.*

C

Nec obstat uerbum, *restituere*, quo usi sunt in ea specie contrahentes, & quod inprimis perpendunt contrariæ sententiæ authores. Quoniam cùm intelligi debeat secundum subiectam materiam, vti regulariter verba accipiuntur, idẽ importat, quod reuendere. Vel id, quod reuenditionis consequens est, emptori rem restituere.

Ratione verò probatur hæc sententia, quia semper contractus interpretari debet secundum mentem contrahentium, l. Semper in stipulation. de reg. iur. & prout ipsi contrahentes verisimiliter respondissent, si tempore contractus fuissent interrogati, l. Tale pactum, §. vlt. vbi Iaso latè, nu. 16. ff. de pact. Ac denique in eum modum interpretari debet, per quem nemo ex contrahentibus decipiatur, l. Si id quod, ff de rescind. vendit. l. penult. in fine, C. communi diuidundo, Crauetta in consi. 133. nume. 7. & alibi.

D

Sed si dicamus, promittentem esse præcisè compellendum, & satisfacimus menti contrahentium & nemo deceptus remanet; si uerò secus interpretemur, contrariũ sequitur: Ergo illa interpretatio præcipua esse debet, quę promittentem præcisè cogit ad reuendendum, atque adeò ad rem restituendam, cùm scilicet rei restituendæ facultatem habet.

Illa minor propositio euidenter patet. Quis enim in ea conuentione existimaret aliud, quam eum animum vendentis fuisse, ut restituto precio rem suam recuperaret? Quis non uidet eum decipi, si in eo laborare debeat, ut id, quod sua interest, demonstraret, cuius rei plerumque

diffi-

difficilis probatio esse solet, vt icciroo de pœnis in facti A stipulationibus adijciendis admoneamur, ne circa eiusmodi probationes laboremus, §. non solùm, in Institut. de verbor. oblig.

Ad argumentum contrariæ sententiæ vno verbo respondetur. Illud in præsenti specie vires non habere, propter circumstantias supradictas, quibus euincitur, eã fuisse mentem contrahentium, vt præcisa esset obligatio.

CAPVT IX.

De mutatione monetæ, Controuersia sexta.



CVm mutatio monetæ alia sit extrinseca, alia verò intrinseca, quædam sunt de vtraque controuersiæ.

Extrinsecam mutationem appello vnà cũ Doctoribus, quoties materia non mutatur, sed tantum æstimatio. Intrinsecam uerò, quoties eadem B æstimatio quidem manet, sed materia precisior, aut uilior efficitur.

De extrinseca sunt quinque controuersiæ. Prima in contractu mutui. Secunda in dote. Tertia in emptione & venditione. Quarta in eodem contractu, vbi pactum reuendendi accessit. Quinta in legato Testatoris. Circa verò intrinsecã mutationem unica est generalis controuersia; Sitne habenda ratio ipsius mutationis intrinsecę, ita, vt eadem bonitas materiæ, quæ tempore contractus aderat, etiam tempore solutionis præstari debeat.

Quod attinet ad primam quæstionem, seu controuersiam, illa est huiusmodi. Si tu mihi mutuasti centum aureos, & antequam restituerem, aucta, vel diminuta sit aureorum æstimatio, vtrum id cedat tui Creditoris cõmodo, vel incommodo, an verò mei Debitoris.

Tres sunt Doctorum sententiæ. Vna. Hanc mutationem pertinere ad commodum, vel incommodum debitoris. Huius sententiæ Authores sunt Ant. Butr. & Ab- C bas, in c. Quantò, de iureiur. Curt. sen. & iun. ad l. Cùm quid, ff. si cert. pet. Modern. Paris. in tract. de Contract. q. 92. num. 604. Qui quidem tractatus adscribitur Gaspari Caballino. In eandem sententiam propendere uidentur, Dec. in d. l. Cum quid, num. 56. & Couuar. de Collatione veter. nummis. §. vnico, nu. 3. vers. Cæterùm. Idem tradit Affl. decis. 194. nu. 5.

Argumenta huius sententię sunt hæc. Substantia nũmorum in æstimatione potissimum consistit, l. 1. ff. de cõtrah. empt. ibi. *Ea qua materia forma publica percussa, vsum, dominiumq́, non tam ex substantia prabet, quam ex quantitate*. Ergò id actum inter contrahentes censetur, vt pecunia restituatur eiusdem æstimationis, non autem maioris, neque minoris. Consequenter, si diminuta est æstimatio Principis edicto, tot Creditori refundere nũmos debitorem oportet, vt eandẽ pecuniæ æstimationẽ accipiat quam mutuò dedit. Quemadmodum & contra, si augeatur æstimatio, debitori sufficiet, tantum restitue- D re, quanta erat pecuniæ mutuò datæ æstimatio.

Secundum argumentum. Obligatio ad pecuniam dicitur esse certa, l. Nummis, ff. de in litem iurãdo, l. 1. ff. de condict. triticaria. Ergò siue augeatur, siue minuatur ęstimatio pecuniæ, nil creditoris interesse uidetur, si modò illi restituatur pecunia æstimationis eiusdem, quam ipse dedit, alioqui, si secus statuatur, incerta erit obligatio, & variabitur ex mutatione ipsius monetæ.

Tertium argumentum. Pecunia recipit functionem in genere suo, & quidem etiam cum pecunia diuersæ speciei, vel materię, l. Quæ extrinsecus, ff. de verb. obl. Ergò pecuniæ æstimatio principaliter in contractũ deducta esse videtur, sufficit enim si Creditori altera tanta pecunia diuersæ speciei, eiusdem tamẽ æstimationis, restituatur. Quod si æstimatio præcipuè attendenda est, illa certè attendenda erit, quæ tẽpore contractus erat, argumento l. Rutilia Polla, ff. de contrahen. empt. Consequenter, omnis mutationis commodum, vel incommodum, ad Debitorem spectare debet, non autem ad Creditorem.

Quartum argumentum. Si diminutio æstimationis damno creditoris cedere deberet, sequeretur absurdum, nempè, eum, dum alteri benè facit, in damnũ incideret. Quod probatur: Nam si pecuniam non mutuò dedisset, potuisset eam exponere, secundum æstimationem, quæ erat tempore contractus.

Quintum argumentum. Si mutatio ista, præsertim verò diminutio precij ac æstimationis, ad creditorẽ pertineret, sequeretur debitori licere, mutuò acceptũ restituere non æquè bonum, quod est contra l. Cum quid, ff. si cert. pet. Ergò potius ad debitorem pertinere debet.

Sextum argumentum. Si ad creditorem pertineret hæc mutatio, & diminutio contingeret ęstimationis, lucrum faceret ipse debitor, & commodum sentiret, quia nummos expendere posset, secundum æstimationem illam, quæ tempore cõtractus erat; Interim frueretur vsura temporis, & beneficium acciperet. At contra creditor, dum alteri gratificaretur, damnum pateretur. Sed ista sunt iniqua, & contra iuris regulas, quę inter contrahentes æqualitatem seruandam esse monent, ergò non pertinet hæc res ad creditorem.

Septimum argumentum. Consuetudo est notissima, ferè ubique, vt debitori liceat in alia specie monetæ creditori pecuniam restituere, si modo eandem restituat quãtitatem & æstimationem pecuniæ, sicuti testantur Bart. in l. 1. ff. de au. & arg. leg. & in l. Paulus, ff. de solutio. Soc. sen. in consi. 6. lib. 1. Menoch. in consi. 49. num. 19. lib. 1. Ergò, siue minuatur, siue augeatur æstimatio, creditori sufficit accipere pecuniam sibi debitã, secundum æstimationem, quæ tempore solutionis est, si modò tantum cõsequatur, quãti æstimabatur pecunia mutuò data tẽpore contractus. Pro hac sententia facit Bartoli doctrina, in l. cũ certũ, ff. de au. & arg. leg. Quã refert & sequitur Curt. iun. in cons. 24. nu. 5. & 6. Menoc. d. cons. 49. nu. 17. lib. 1.

Postremum argumentum est ex c. Olim, de Censib. Sed loquitur de mutatione intrinseca, vnde non facit ad rem nostram, sicuti monent Aretinus, in d. l. cum quid, col. 2. & Menoch. d. cons. 49. nu. 32.

Secunda est opinio Baldi, in l. Acceptam, q. 17. C. de vsuris, & loquitur potissimum, vbi ęstimatio est diminuta. Aut statim atque debitor mutuo accepit, imminuta est æstimatio, & tunc, quia nullum commodum sensit ex priore æstimatione, ea diminutio cedere debet damno creditoris. Aut accidit ex interuallo temporis talis diminutio, postquam debitor pecuniam expendit, & antiquæ ęstimationis commodum sensit, & tunc debitoris incõmodo ea diminutio cedere debet. Hanc sententiam magnoperè commendat Modernus ille Parisiensis in loco superius annotam, nu. 701.

Tertia est sententia vera & communis. In hac re discrimen esse statuendum inter debitorem, qui nõ fuerit in mora soluendi, & cum, qui fuerit in mora: Nam si debitor fuerit in mora, damnum ex diminutione proueniens, ad eum pertinebit. Si verò non fuerit in mora, diminutionis detrimentum, ut & commodum augmenti Creditoris erit. Ita Bar. in l. Cum quid, nu. 17. ff. si cert. pet. & in l. Paulus, nu. 8. ff. de solutio. Castr. in ead. l. cum quid, nu. 6. necnon Soc. nu. 42. & Alc. nu 68. Alex. ibid. nu. 16. Bauerius in Singularibus suis, in Rubr. Mista, de contract. nu. 19. Couuar. de collatio. veter. nummis. c. 7. §. vnico, nu. 3. Tiraq. de retractu consang. Gl. 18. nu. 27. Albertus Brunus, in tract. de Augmento & diminutione, concl. vlt. Limit. 1. Natta, cons. 454. num. 2. & 3. Bologninus cons. 16. Boerius decis. 327. nu. 4. 7. & 9. Berous, in consi. 143. nu. 25. 26. & 27. lib. 1. Corasius lib. 4 Miscellaneorum, c. 13, num. 5. Andr. Geyll, lib. 2. pract. Obseru. c. 73. n. 9. Menoc. cõs. 49. n. 45. Hier. Gab. cons. 164. nu. 4.

Probatur hæc sentẽtia argumento sumpto ex l. vinũ, ff. si cert. pet. Notatur in ea lege, debitorẽ vini mutuo accepti, obligatum non esse ad restituendum uinum eiusdẽ æstimationis, quæ tẽpore cõtractus erat, nisi fuerit in mora. Ergò idem & in specie ista statuendum videtur.

Con-

Confirmatur argumentum hac ratione; Cùm debitor A non est in mora, cur pati debet damnum ex diminutione æstimationis, & non potius creditor, apud quē si num mi fuissent, damnū ęquè sensisset? At potuisset inquies expendere illos antequam decresceret æstimatio; Verum est. Quid ni? Sed quis eum coegit ad mutuandū? Quid si creuisset ęstimatio? Nonne lucrum perciperet ex horum sententia? Ergò & damnum ferre ęquo animo debet, satisque debitor facit suæ obligationi, si totidem aureos, quot accepit, restituat, in bono auro, vel argento, iustoque pondere.

Respondent contrariæ sententiæ authores; aliam esse rationem vini, quoniam vini æstimatio prorsus est accidentalis, ita vt in contractu non censeatur eius habita ratio, at in pecunia secus, cum eius vsus principaliter consistat in ęstimatione extrinseca.

Sed replicatur, non esse verum quod assumitur: nempè, in pecunia principaliter habendam esse rationem æstimationis extrinsecæ, immò verò ęquè principaliter est B habenda ratio ęstimationis intrinsecæ, hoc est, bonitatis ipsius auri, vel argenti, eiusque materiæ, vt patet ex l. 1. C. de veter. nummil. potestate, & ex l. 1. C. de ponderator. & auri illatione, lib. 11.

Vnde non obstat primum argumentum ipsius contrariæ sententiæ. Quod enim Vlpianus ait in l. 1. ff. de contrah. empt. *Pecunia materiam, vsum & dominium, non tā ex substantia, quàm ex quantitate prabere*, intelligendum est, quo ad commerciorum & permutationum commoditatem, eam enim ob causam inuentus est nummus, cuius ęstimatione omnes res comparantur, atque ita etiam Vlpianus ipse loquitur, vt patet.

Quod verò dicebatur pecuniæ æstimationem principaliter in contractum venisse, actumq; censeri inter partes, vt eiusdem æstimationis nummi restituantur, cōclusioni nostrę non officit quia omnis obligatio regulariter habet locum, atque intelligitur, rebus sic stantibus, secus vbi mutatio est secuta, nec res est amplius in eodem sta- C tu, l. Quod Seruius, & ibi Iason notat, nu. 8. ff. de condictio. causa data, causa non secuta. Latè Tiraquell. ad l. Si vnquam, in præfatione, nu. 166. C. de reuocandis donationibus. Ideò si diminutio æstimationis facta fuerit, nō tenetur debitor ad eam præstandam, quæ tempore contractus erat.

Ad secundum argumentum respondeo, illud locum habere, si loquamur secundum tempora Romanorū Iurisconsultorum, tunc æstimatio pecunię erat perpetua, & immutabilis, l. Ideo, ff. de eo quod certo loco. Nunc verò variatur æstimatio monetarum, vnde satis certa erit obligatio ad pecuniam, si inspecto tempore contractus apparuerit, quid, quale, & quantum, nulla ratione habita incertæ & futuræ mutationis, argumento l. cum hic status, §. si sponsus, ff. de donationibus inter virum & vxorem. Neque enim id, quod certum est contractus tempore, ideò minus certum reputandum est, quod in futurum mutari possit, alioqui nulla erit certa inter homines dispo- D sitio, quandoquidem, omnia mutationi subiecta sunt. Facit text. in l. Quemadmodum, §. si nauis, ff. ad legem Aquiliam, in l. 1. ff. de in litem iurando, in l. Plerumque, de reg. iur. cum alijs à Tiraquello citatis, de retractu conuent. §. 2. Glos. vnica, nu. 37. & seq.

Ad tertium argumentum, fateor pecuniam recipere functionē in genere suo, & actum censeri, vt eadem ęstimatio præstetur, sed hoc intelligi debet rebus ita stantibus, non autem mutatione facta ęstimationis.

Ad quartū. Concedo fieri posse, vt creditor ante mutationem pecuniam eà expendat, sed concedatur, etiam fieri posse vt non expendat, sed penes se retineat pecuniam; itaque res est incerta, ita se habens ad lucrum, vt ad damnum. Lucrum enim faceret creditor, si augeretur æstimatio, vt patet, consequenter non debet conqueri, si ex diminutione sentiat damnum, l. si lege, C. de vsuris, l. r. C. de pactis, cum similibus, & statim dicetur.

Ad quintum argumentum respondeo, illud pertinere ad mutationem intrinsecam, de qua nunc non disputamus. Vini enim bonitas, nequaquam in ęstimatione consistit, sed pendet ex sapore & gustu, & alijs similibus, vt notum est.

Ad sextum respōdeo. Nullum absurdum sequi ex hac cōi sententia, quoniam sicuó damnum creditoris allegatur ex diminutione, & commodum debitoris, ita etiam è contrà, allegari potest creditoris commodum ex augmēto æstimationis. Quare hæc res, quæ se habet æquè ad dānum, & ad lucrum, nil iniusti, nil absurdi continere videtur, l. de fideicom. C. de transact. l. si pater puellæ, C. de in offic. testam. l. si ea lege, C. de vsuris. Tiraquell. de iure primogeniorum, in 6. quæst. num. 4.

Ad vltimum argumentum respondeo, negando consuetudinem illam generalem extare, sicuó negat Purpuratus, in cons. 522. nu. 31. lib. 1. Deinde respondeo, Bart. qui allegatur, melius alibi docuisse, quàm in l. cum certū, ff. de auro, & argento legato, sicuti animaduertit Natta, in d. consil. 454. nu. 6. atque intelligendum esse iuxta communem sententiam, nempè, vt creditoris sit periculum, vel damnum, sicuti declarat Berous, in d. consil. 143. nume. 26. lib. 1. Et tantum de hac prima quæstione.

CAPVT X.

Explicantur aliæ quatuor Controuersiæ de mutatione extrinseca monetæ, necnon postrema, de mutatione intrinseca.

SEquitur secunda controuersia de contractu dotis, in qua quidem Sacro Regio Consilio Neapolitano visum est, inspiciendam esse æstimationem, quæ tempore contractus erat, & idcirco debitorem supplere oportere quod deest, si fortè decreuerit æstimatio, sicuti testis est Afflictus, decis. 194. Eandem sententiam quibusdam adiectis conditionibus amplexus est Parisiensis ille in tract. de Contract. num. 717.

Cæterùm, & in hac specie longè verior, & cōior eorū sententia mihi videtur, qui distinguunt eo modo quo in præcedenti, vt videlicet, si debitor in mora existat, ipsius sit periculum, & damnum ex mutatione proueniens, lecus autem, si non fuerit in mora. Ita Bald. in cons. 213. Punctus quæstionis talis est, lib. 5. Aretinus in consil. 84. Ludouicus Bologninus in cons. 16. Natta in cons. 454. & Nicolaus Boerius decis. 327. vbi refert hanc esse communem sententiam, & ita iudicatum fuisse.

Probatur hæc sententia ijsdem argumentis, quibus Doctores vtuntur in præcedenti controuersia; ijsdemq; modis argumenta contrariæ sententię refelli possunt, quibus in præcedenti controuersia confutata sunt.

Quod attinet ad tertiam, in ea sum sntia, vt ex præmissis decidatur, quoniam in contractu emptionis, & venditionis eadem planè est ratio, quæ in alijs contractib. Mutui scilicet, & Dotis. Iccirco, si emptor fuerit in mora soluendi precium venditori, mutationis periculum subibit; secus si non fuerit in mora. Ita Aretin. in cons. 11. nu. 3. & de contractu locationis, & venditionis verba faciēs Auguft. Berous, in cons. 143. num. 25. 26. & 27. lib. 1. Quare longa illa Parisiensis dist. in d. tract. de Contract. q. 93. n. 712. minimè necessaria esse videtur.

Quod attinet ad quartam controuersiam Hieron. Cagnol. in l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. nu. 210. in eam sntiam propendere videtur, quam in superioribus probauimus; dum citat Bart. in l. Paulus, ff. de solutio. & Aretin. in cons. 84. Sed disertè magis idem docet Boerius, decis. 327. nu. 4. Nempè, venditorem redimere volentē, totidem nummos, quot eidem numerati sunt, emptori restituere debere, nulla ratione habita mutationis, sed eius tantum æstimationis, quæ tempore contractus erat. Idē respondit Crauetta, in cons. 47. quorum sententia videtur mihi verissima. Nam venditor emptori promisit idē precium, quod accepit, restituere, puta centum aureos, illud igitur restituit, centum aureos numerando.

Quod

Quod ſi minoris ſint valoris, nulla eſt culpa venditoris, ſed Magiſtratus. Si damnum emptor habet, illud æquo animo ferre debet, quia ſi aucta fuiſſet æſtimatio, lucrum feciſſet. Quare & in hac ſpecie valere iubeo Pariſienſem cum ſuis diſtinctionibus & ratiocinationibus. In maximo enim veterum Iuriſconſultorũ & Legiſlatorum ſilentio, iuuat communes ſententias amplecti, præſertim verò ratione munitas.

Atque idem ſtatuo in legato pecuniæ à teſtatore deſignatæ, vt ſcilicet ea præſtanda ſit legatario quantitas, quã teſtator reliquit, inſpecta illa æſtimatione, quæ tempore ſolutionis eſt, nulla ratione habita mutationis ac diminutionis, niſi à tempore moræ, ſecutus Paul. Caſtr. qui ita docet in l. 3. C. communia de legatis.

Nec me mouet authoritas Mariani Socini ſen. in conſil. 6. lib. 1. vbi indiſtinctè reſpondit habendam eſſe rationem æſtimationis, quæ tempore teſtamenti erat. Eius. n. argumenta hanc ſententiam non euincunt.

Inprimis ſic argumentatur. Teſtatoris voluntatem intelligendam eſſe ſecundum tempus teſtamenti, l. ſi ita, ff. de auro & argento legato. Conſequenter legatum nummorum ex tempore teſtamenti eſſe declarandum, vt ſcilicet in ea æſtimatione præſtetur, quæ erant tempore teſtamenti.

Reſpondeo, negando conſequentiam. Nam licet habenda ſit ratio temporis teſtamenti conditi, quantum ad quantitatem & qualitatem nummorum, atque adeò quãtum ad intrinſecam bonitatem ipſorum, non tamẽ eiuſdem æſtimationis habenda eſt ratio, quia teſtator de æſtimatione cogitaſſe non videtur. Quare ſi paratus ſit hæres legatario præſtare eos nummos, quos teſtator deſignauit, nullamque in ea te moram admiſerit, eum ſatiſfacere puto teſtatoris voluntati, quippe, qui nummos eiuſdem æſtimationis præſtitiſſet, ſi eadem permanſiſſet æſtimatio.

Secundò, Marianus argumentatur ex conſuetudine, quæ eſt, vt pro pecunia debita in certa ſpecie, alia præſtari poſſit. Quò fit, vt hæres ſtatim à morte teſtatoris, ſi nõ ſoluat, vel aureos relictos, vel eorum æſtimationem, in culpa eſſe videatur.

Reſpondeo. Dato, quod vigeat hæc conſuetudo, quod tamen dubium eſt, vt in cap. præcedenti diximus, illa cõſequentia non eſt bona, ergò hæres poteſt a morte teſtatoris ſtatim ſoluere in alia moneta. Quod ſi non ſoluat, in culpa eſſe videtur. Nam nos loquimur de hærede, qui nullam in ſoluendo moram commiſit. Quod ſi legatum ſub die, vel ſub conditione relictum ſit, quis culpam adſcribet hæredi ſtatim non ſoluenti?

Reſtat poſtrema quæſtio de intrinſeca mutatione monetæ, in qua quidem communis eſt & vera ſententia, in contractibus ita eſſe ſtatuendum, vt ſi bonitatis intrinſecæ mutatio contingat, nihilominus ea præſtanda ſit bonitas à contrahentibus, quæ tempore contractus erat. Ita reſpondit Socin. ſen. in conſ. 298. lib. 2. Socin. iun. in cõſil. 145. num. 95. lib. 1. & 142. nu. 6. lib. 2. & 101. lib. 3. Natta in conſ. 302. & 454. Couar. de veter. numiſ. collatio. cap. 7. §. vnico, num. 2. in prima concluſione. Purpuratus in conſ. 522. lib. 2. Dominus meus Cephalus in conſ. 31. num. 8. Artus Pinell. ad l. 2. C. de reſcind. venditio. in prima parte Rubr. cap. 3. nu. 23. Cagnolus ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. Albertus Brunus de augmento, Concl. vlt. Canoniſtæ communiter, in ca. Olim, & in c. cum Canonicis, de cenſibus.

Probatur hæc ſententia. Primò ex c. cum Canonicis, De Cenſibus, cuius verba hæc ſunt: *Cum Canonicis maioris Eccleſiæ, quandam ſummam pecuniæ pro penſione Eccleſiæ tuæ debitam, aliquot annis perſolueris: & iidem ſummam illam ex integro de meliori moneta exigant ſibi ſolui. Tibi damus noſtris literis in mandatis, vt Canonicos illos ſolutione prioris pecuniæ, vel ſi non ſit in vſu, æſtimatione penſionis antiquæ facias manere contentos.* Hactenus Gregorius.

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, quos infrà

A referam, Pontificem ibi loqui, quando moneta non ſolum aucta eſt intrinſecus, ſed etiam extrinſecus, proportionabiliter, iuxta intrinſecum augmentum. Quod probatur primò, quia vetus moneta non erat abrogata, neque diminuta, ſed manebat in antiqua æſtimatione, & ſic erat bona & legitima, vt prius. alioqui non diceretur in textu, Debitorem potuiſſe ſoluere ex antiqua moneta. Pecunia verò noua erat maioris æſtimationis, quod ex eo patet, quia textus dicit, ſoluendum eſſe iuxta æſtimationem antiquæ monetæ. Ergo moneta noua erat aucta etiam extrinſecus.

Secundò id probatur: quia plerumque ita accidit, vt ſi moneta aliqua melior & fortior cudatur, maior æſtimatio etiam indicatur.

Denique probatur: quia ſi noua moneta melior excuſa fuiſſet ſumptibus Reipubl. non aucto valore ipſius; tũc antiqua moneta vel fuiſſet reprobata, tanquam adulterina, vel cœpiſſet eſſe minoris æſtimationis, quorum
B neutrum accidit in ſpecie dicti cap. cum Canonicis, immò contrarium accidit, quia vetus moneta, nec reprobata erat, nec æſtimatione diminuta. Ex quo ſequitur, tam extrinſecus, quam intrinſecus auctam fuiſſe.

Reſpondeo, hæc non obſtare. Nam quod primo loco dicitur, monetam ibi non fuiſſe reprobatam, nullam habet firmitatem, quia Pontifex idem reſcribit in vtroque caſu, ſiue reprobata fuerit, ſiue non, vt patet ex illis verbis: *Solutione prioris pecuniæ, vel ſi non ſit in vſu, æſtimatione facias eſſe contentos.* Neque bona eſt conſequentia. Vetus moneta non fuit reprobata, & manſit in ſua veteri æſtimatione, Ergò moneta noua, tam extrinſecus, quam intrinſecus, melior facta eſt & aucta. Nam fieri potuit, &, niſi fallor, ita accidit, vt antiqua moneta reperiretur, ac in vſu eſſet. Canonici autem, nouam exigerent monetam longè meliorem, hoc eſt, melioris auri, ſeu materiæ magis precioſæ, quamuis eiuſdem eſſet precij. Quod iniuſtum erat.

C Quod verò dicit textus: *Vel ſi non ſit in vſu, æſtimatione penſionis antiquæ facias manere contentos*, non probat monetam nouam extrinſecus auctam fuiſſe, ſed cum eſſet melior, non eſſe ſoluendam loco antiquæ. Conſequẽter videndum, quanti antiqua valuerit, & eam æſtimationem præſtandam eſſe.

Confirmatur hæc ſententia: quia nimis durum & abſurdum eſſet, exiſtimare Canonicos illos meliorem monetam exegiſſe, quæ ſcilicet precioſioris eſſet materiæ, & ſimul etiam maioris æſtimationis. Id profectò nimis iniuſtum fuiſſet, ſic enim plus debito exegiſſent, unde & ſummus Pontifex eos redarguiſſet, ut laudabili more ſuo facere ſolet.

Rurſus confirmatur hæc interpretatio: quia textus dicit, Canonicos exigere uoluiſſe ſummam pecuniæ debitam, de meliori moneta. Si moneta, quò ad æſtimationem aucta fuiſſet, non ſummam ſibi debitam, ſed maiorem exegiſſent.

D Nec obſtat illa reſponſio. Verba illa referenda eſſe ad numerum nummorum, qui erat idem, non autem ad æſtimationem inde reſultantem, quæ maior erat, ut probant uerba in fine textus, ibi: *Aeſtimatione penſionis antiquæ*, &c. Quia reſpondeo. Verba: *Aeſtimatione penſionis antiquæ*, &c. id non probare quod aſſumitur. Nam ſi egò peto, & exigo ſummam, quã mihi debes, in meliori moneta, non eſt ſenſus, ut mihi ſoluas, & numeres tot nummos, quot mihi debes, maioris tamen æſtimationis, quam debeas. Sed ſenſus eſt, ut mihi reſtituas ſummam debitam in moneta meliori, hoc eſt, ex materia magis precioſa & pura.

Quod uero ſecundò dicebatur, plerumque id accidere, ut aucta bonitate intrinſeca, augeatur etiam extrinſeca, locum habere poteſt, quoties antiqua moneta iuſtam habuit æſtimationem & congruam eius bonitati, tunc enim ſi augeatur quoad materiam & bonitatem neceſſariò augeri debet etiam quoad preciũ & æſtimationẽ. Hoc uerò an acciderit in ea ſpecie, de qua Summus Põtifex lo-

quitur, nobis est ignotum. Quare fieri potuit, vt antiqua A moneta maioris esset æstimationis, quam eius materia exegisset, vt propterea eadem æstimatione manente, bonitas materiæ aucta fuerit.

Cum verò tertio loco sic argumentantur. Si expensis Reipub. noua moneta melior excusa fuisset, non aucto valore extrinseco, tunc necessariò, vel fuisset antiqua reprobata tanquam adulterina, vel cœpisset esse minoris æstimationis, quorum neutrum est in d. c. cum canonicis.

Respondeo, forsan reprobatam fuisse in illa specie. Ait enim Pont. Max. *vel si non sit in vsu*, &c. Item, fortasse minoris æstimationis fuisse, quæ causa fuit, vt Canonici nouam monetam exigerent longè meliorē. Sed respondit Summus Pontifex si pecunia vetus sit in vsu, eam esse præstandam: *Solutione*, inquit, *prioris pecuniæ eos facias esse contentos*. Ex quo efficitur, mutatione intrinseca contingente, eius monetæ, qui tempore cōtractus erat in vsu, vel eius æstimationis rationem habendam esse, nec meliorē monetam exigendam, ex meliori. l. materia.

Quæ sententia secundo loco probatur: quia intrinseca bonitas monetæ cōsistit in materia ipsa auri vel argenti, & in eius pondere ac specie, vt probat l. 1. ff. de contrahen. empt. ibi: *Non tā ex substantia, quam ex quantitate*. Quo fit, vt pecunia præstanda sit boni ponderis & materiæ, l. 1. C. de veteris nummismatis potestate, lib. 11. & l. 1. & 2. C. de ponderatoribus, lib. 10. Ergo ipsa bonitas intrinseca, quæ erat tempore contractus, præstari debet, quasi actum inter partes sit, vt præstetur eadem illa bonitas, argumento l. Cum quid, ff. si certum petat. Et quasi in contractum ipsum deducta sit, argumento l. Rutilia Polla, ff. de contrahenda emptione.

Respondet Parisiensis, vnus ex contrariæ sententiæ authoribus, quos statim adferam. Argumentum hoc probare, necesse esse, vt moneta non solum forma conuenienti, sed etiam materiæ bonitate, publicè definita & constituta prædita sit, vt dicatur esse proba moneta: *Quod*, inquit, *non est in controuersia*. Sed fallitur in hoc, nec tollit C argumentum, cuius vis est in eo posita, quod, cum bonitas materiæ pertineat ad intrinsecam bonitatem monetæ, illa principaliter in contractum deducta esse videatur vt præterea mutatione contingente, eius solius, vtpote a contrahentibus consideratæ, & in contractum deductæ ratio habenda sit, quemadmodum docet communis hæc sententia.

Quæ probatur tertio loco. Creditor de iure non cogitur in aliam formam, quam conuenit, pecuniam recipere, vbi damnum passurus est, l. Paulus, ff. de solutio. Ergo similiter non est cogendus, vt pecuniam recipiat deterioris materiæ si damnum passurus sit, Nulla enim est diuersitatis ratio; Atqui verisimiliter damnum passurus est, tū quia moneta deterioris materiæ plerumq; æstimatione minuitur, tum, quia non tam facilè expendi potest. Si non est cogendus creditor, vt pecuniā recipiat deterioris materię, ergo neque debitor cogendus est ad soluendam pecuniam ex meliori materia conflatam, ne sequatur inæ- D qualitas inter contrahentes.

Respondet Parisiensis, argumentum rectè concludere, vbi facti circumstantiæ ostendunt, aliquod iustum interesse Creditoris in præsenti: *Quibus in casibus*, inquit, *non loquimur, sed quando creditor tenax & auidus, cui debitum offertur, in pecunia communiter approbata & expendibili, & in qua non imminet periculum, quin commode tantù locare possit, si velit, caussatur diminutionem bonitatis intrinsecæ, quæ sensim facto, vel conniuentia Principum siue iustè, siue iniustè emersit: Hec demum non solum inhumanū, sed iniquum nobis videtur, siue ex iustis causis ea diminutio emerserit, (quo casu nemo sanæ mentis dubitat) siue ex iniustis, quia tunc saltem casus est fortuitus respectu debitorum*. Hactenus ille.

Sed ratò, ni fallor, talis mutatio continget & diminutio sine damno creditoris, ex causis supradictis, qui quidem creditor, semper iustè allegabit eam bonitatem sibi præstandam esse, quæ in contractum deducta fuit, præ-

A sertim, cum debitor possit eam præstare, supplendo id, quod deest antiquæ bonitati & materiæ.

Cæterum, ab hac sententia recesserunt Io. Faber, in Auth. Hoc nisi, C. de solution. Geminianus in cons. 137. Romanus, cons. 123. & in Singulari 519. incipiente: Qd tempus. Parisiensis, de Contract. quæst. 100. num. 749. & quidam alij, quos refert & sequitur Menoch. in cons. 49. nu. 38. Quorum argumentis iam respondendum est.

Primum est huiusmodi. Substantia monetæ est valor impositititius, non autem materia, quia nō est corpus physicum, sed artificiale, vnde non videtur in contractum deduci, nisi sub ratione valoris impositititii, & sic attendēda non est bonitas materiæ, sed tantum valor. Alioquin obligatio pecuniæ non esset certa, nec eiusdem potestatis & æquipollentiæ cum alia moneta, quemadmodum leges dicunt, si dato valore & cursu, exigeretur etiam bonitas materiæ, quæ erat tempore dispositionis.

Respondeo, negando substantiam pecuniæ consistere in valore impositititio, vt ipsi loquuntur, immò vero tam ex substantia, id est, ex materia consistit, quam ex quantitate, l. 1. ff. de contrahen. empt. & supra etiam diximus.

Et dum dicitur. Si non deduceretur moneta in contractum, sub ratione valoris impositititij, eius obligatio non esset certa. Id nego. Quid enim impedit, quo minus certa sit hęc stipulatio? Promittis mihi centum aureos coronatos boni & iusti ponderis? Apparet enim quid, quale, & quantum sit deductum in stipulationem, l. certum, ff. si certum pet. Et tamen materia, seu bonitas intrinseca in hanc stipulationem deducitur, ut patet.

Rursus, si dicatur ex hoc sequi, pecuniam non recipere æquipollētiam cum alia materia, respondeo, immò recipit functionem in genere suo, & alia moneta præstari potest, si aliud non obstet, & non sit ex deteriori materia confecta, ita ut damnum creditor passurus sit.

Secundum argumentum. Appellatione auri & argenti venit aurum & argentum etiam factum, vt vasa aurea C vel argentea, l. quæsitum, §. illud, de leg. 3. l. cum aurum, ff. de auro & argento lega. Non tamen veniunt nummi aurei, vel argentei, etiam ex pura materia, ut in d. l. cum aurum, & in l. Quintus, 2. §. 1. eod. ergo speciale est in pecunia signata, vt in ea non materia inspiciatur, sed forma & indicatura imposita. Consequenter, si offeratur solutio in pecunia proba & currenti, quæ tantum valet in valore impositititio & currenti, quantum pecunia, quæ currebat tpe contractus, sufficere debet, & tenetur creditor eam recipere, licet in materię bonitate diminuta sit.

Respondeo, aureos nummos, vel argenteos, eam ob causam appellatione auri, vel argenti non contineri, quia non facile quisquam argenti numero nummos computat, ut inquit Iurisconsultus in l. quintus, 2. §. 1. ff. de auro & argento leg. Non autem eam ob causam, quod ratio materiæ in nummis non habeatur. Quod & præterea falsum esse, supra demonstrauimus.

Tertium argumentum petitum est ex historijs Roma- D norū. Etenim memoriæ proditum est, summa vrgēte necessitate, aliqn excusos fuisse publico decreto nūmos ex vilissima materia, quos tā creditores coacti sūt recipere.

Respondeo, nos hic non quęrere quid aliquando ex facto acciderit, & obseruatum sit, sed quid fieri debeat, secundum Iuris & æquitatis normam.

Quartum argumentum est ex l. cum certum, ff. de Auro & argen. leg. vbi textus ita dicit. *Cum certum auri, vel argenti pondus legatum est, si non species designata sit, non materia, sed precium præsentis temporis præstari debet*.

Respondeo. Nil obstare illum textum, quoniam illa verba, *Precium præsentis temporis præstari debet*, testamēti tempus significat, & sic tempus dispositionis, quod & nos dicimus inspiciendum esse, sicuti animaduertit Pinellus, ad l. 2. C. de rescind. vend. in 1. par. Rubr. c. 3. n. 23. Præterea, non loquitur ille textus de certo aliquo precio debito, seu de certa quantitate relicta, sed de æstimatione rei legatæ, quæ augeri, & minui potest, Vnde non facit ad rem nostram.

Quin-

Quintum & postremum argumentum. Solutionis tẽpus obseruari debet, non autem tempus contractus, quoties ex consuetudine vna moneta solui potest pro alia, vt declarat Bart. in l. Cum certum, ff. de auro & argen. leg. Sed talis consuetudo vbique extare videtur; Ergo tempus solutionis inspiciendum est.

Respondeo. Alleganti hanc consuetudinem onus incumbere probandi, vt dicebat Purpuratus, in cons. 522. nu. 31. lib. 2. Talis enim consuetudo verè non extat, teste Parisiensi, loco superius annotato, nu. 708. Item Bartolum alibi melius locutum esse, quam in d. l. cum certũ, vt dicebat Natta, in d. cons. 454. nu. 6. Item, Bartolum loqui de mutatione monetæ circa æstimationem, non autem circa materiam, vt dicebat Berous, in cons. 143. nu. 26. & 27. lib. j. Denique nulla ratione vel lege eam consequentiam probari, quæ ex consuetudine allegata deducitur ad conclusionem nostram.

CAPVT XI.

Ius redimendi quod competit ex pacto, an in alium transferri possit.


IVs redimendi rem venditam, quod ex pacto competit, transferri in alium posse, respondit Castr. in cons. 1. lib. 2. ea ratione adductus, quod quæ ad hæredem transmitti possunt, alteri etiam cedi posse constat, l. Ex pluribus, ff. de administ. tut. Pactum autem huiusmodi, seu ius ex pacto competens ad hæredem transmittitur, l. 2. C. de pactis inter emptor. & venditor.

Huc accedat, quod res ipsa si fuerit redempta, transferri absque dubio in alium potest. Ergò & actio ad redimendum competens, cedi poterit.

Cæterum, Ruin. in cons. 72. lib. 1. contrarium respondit, motus authoritate Angeli, in l. Ad officium, C. commu. diuidundo, vbi ex sententia Petri & Cyni, docet nõ licere consanguineo, qui ius redimendi habet ex statuto vel consuetudine, illud alteri cedere.

Huc accedat quod emptor facultatem redimendi concedere videatur venditori, quoniam ita venditor pactus est, ob singularem forsan affectionem in rem, quam vẽdidit, quia vel maiorum suorum fuerit, vel ab eo acquisita.

Confirmatur hæc sententia ex l. si mulier, §. Ex asse, ff. de Iure Dotium. Dum ibi dicitur, Fideicommissarium alteri ius suum cedere non posse, antequam sibi fideicommissum restituatur.

Et ad Castrensis argumentum respondetur. Argumẽtum rectè sumi ex transmissione ad cessionẽ, cum negatiuè concipitur, hoc modo. Non potest hoc ad hęredem transmitti ergò neque cedi, ita enim loquitur l. ex pluribus, ff. de admin. tutor.

Ad alterum vero argumentum, multum referre inquit Ruinus, vtrum actionem, quę ad redimemdum cõpetit, quis cedat, an verò ipsam rem redemptam. Nam redimendi ius ad personam tantum venditoris restrictum esse videtur, res verò redempta liberè in alium transferri potest.

Ego Castrensis sententiam, & veriorem, & communiorem esse iudico. Nam secuti sunt eandem sententiam Andr. Siculus, in cons. 6. n. 21. lib. 4. Decius in cons. 164. & 614. Cassanæus in Consuet. Burgund. Rubr. 5. § 1. in quinto dubio, & in cons. 11. nu. 39. Crauet. in cons. 191. nu. 2. Tiraquell. alios referens, de retractu consanguin. §. 26. Glos. 3. nu. 1.

Probatur verò hæc sententia manifestè. Nam actiones regulariter cedi possunt, & in alium transferri, vt patet ex toto tit. de hæreditate, vel actione vendita, cur ergo & actio ad redimendum cedi non poterit?

Non obstat argumentum illud Ruini, quod ius redimendi ex statuto competens consanguineis, cedi nõ possit, quoniam id summam habet rationem, quæ quidem ad speciem hanc accommodari non potest. Ratio autem

A est; ne cessio fieret extraneo, & inde præiudicium alteri consanguineo generaretur, sicuti disertè explicat Romanus, in cons. 484. & ipsemet Ruin. in cons. 47. col. penul. versicul. nec obstat dum dicebatur, lib. 4. Porrò, quod dicebatur de affectione, nihil mouet, cum ipse uenditor cedendo alteri ius suum, affectionem deponat, & ut res in alterum transferatur, consentiat.

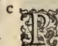
Ad l. si mulier, §. ex asse, respondeo, illam decisionem peculiari quadam ratione locum sibi vendicare, quę non pertinet ad rem nostram. Est autem ratio in illis uerbis textus: *Mulieri* (scilicet Fideicommissarię) *in hoc tenetur hæres, vt hæreditatem restituendo, transferat actiones. & quas habet, et quibus est obstrictus, quas transferre ad aliũ, quam cui debet fideicommissum, non potest.* Sensus est, Fideicommissario non esse permissam hanc cessionem, antequam sibi fideicommissum restituatur, quia hæres scriptus & grauatus, sequi debet testatoris voluntatem, & Senatusconsulti Trebelliani authoritatem, de quo in l.

B 1. ff. ad Trebellianum, ac proinde fideicommissario hęreditatem restituere. Rectè, ne scilicet Fideicommissarius, qui actionib. hęreditarijs obstrictus esse dẽt, aliũ substituendo per cessionem, se liberet ab obligatione creditoribus ignorantibus, cõtra l. si mandato meo, § j. ff. Mãdati.

Et hanc esse puto causam, cur fideicommissario liceat singulas res cedere, vt in l. Seruo inuito, §. vlt, ff. ad Trebellianum. Talis enim rerum particularium cessio, fideicommissarium non liberat ab onere obligationum hęreditariarum, nec hæres scriptus facit contra voluntatẽ testatoris, cum fideicõmissum restituat cui debet, licet res singulas alteri tradat ex uoluntate fideicommissarij,

CAPVT XII.

Vtrum reuenditionis pactum, vsuræ præsumptionem inducat, si accedat precij modicitas.

C 
PLures ac diuersæ sunt Doctorum sententię, vtrum pactũ reuẽdendi simul cũ precij modicitate, vsuræ præsumptionẽ inducat. Sũt enim qui affirmant quamplurimi, quos ordine iuuat commemorare.

Inprimis Glos. in c. Conquestua, de usuris. Panorm. ibidem, & in c. ad nostram, nu. 4. de empt. & vend. & in cons. 76. lib. 1.

Innocentius, Io. Andreæ, Anton. Butr.

Io. de Annania, & Io. Imolens. in d. c. Ad Nostram.

Archidiaconus in c. Plerique, 14. q. 3.

Castrens. in cons. 109. lib. 1.

Ambrosius de Vignate, in c. Salubriter, de usuris.

Guido Papæ in cons. 180.

Alex. in cons. 54. lib. 6. & 46. lib. 3.

Afflictus in Decis. 40. 65. & 339.

Feracius Cautela 17.

Parisius in cons. 54. nu. 62. & 55. nu. 19. lib. 1.

Cassiodorus, decis. 1. tit. de usuris.

D Bertrandus in cons. 287. lib. 2.

Iacopinus à sancto Georgio, in l. si quis nec causam, §. 1. ff. si cert. petatur.

Cassanæus in consuet. Burgund. Rubr. 5. nu. 21. uers. Aduerte.

Capra, in Reg. 87. & 173.

Grammaticus decis. 76. nu. 30.

Crauetta in cons. 156. nu. 4. & nu. 7.

Natta in cons. 198. nu. 8. lib. 1.

Michael Grassus com. opi. li. 1. q. 8. ti. de empt. & uen.

Viuius Commu. opin. uerbo, uẽdere, & in uerbo, contractus.

Emanuel Soarez in Thesauro receptarum sententiarum, in uerbo, contractus, nu. 20.

Io. Baptista Lupus, ad l. 2. C. de pactis inter empto. & uend. in 2. parte, nu. 29. uers. Tu autem.

Hieron. Gabriel. in cons. 74. nu. 3. lib. 1.

Collegium Mediolanẽse & Paptẽse, apud Cepollã de

A simulatione contractuum, num. 100. vbi & alios multos citat.

Christophorus de Castilione, in cõsilio impresso post tractatum Maleficiorum Bonifacij Vitalini.

Andreas Siculus, in cons. 51. lib. 1. & 4. & in d. cap. Ad nostram, de empt. & vendit.

Antonius Burgos, in d. c. ad nostram, Baldus Nouellus, Iacobus Puteus, & Lancellotus Decius, quorum responsa se habuisse testatur Cagnol. ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. nu. 50.

Philippus Decius in cons. 692.

Gratus in cons. 141. nu. 5. lib. 1.

Franciscus Becius in cons. 52. nu. 7.

Ludouicus Bologninus ad Annaniam, cons. 58.

Gratus in cons. 11. nu. 14. lib. 2.

Cæsar Vrsillus ad Afflictum, decis. 65.

Mandosius ad Romanum, in cons. 423. in fine, in verbo Maximè.

B Cardinalis Albanus ad Bartolum, in l. Emptione, C. plus valere quod agitur.

Benuenutus Stracha in Additionibus ad Crauettam, in cons. 156.

Cotta in Memor. in verbo pactum de retrouendẽdo.

Riminaldus sen. in cons. 318. col. fin.

Riminaldus iun. in cõs. 218. n. 122. lib. 2. vbi alios citat.

Fundamentum huius sententiæ positum est in d. c. ad nostram, de empt. & vend. & in c. Illo vos, de pignorib. Nam in c. ad nostram, S. Pontifex pronunciare videtur, contractum esse fœneratitium ex pacto reuendendi, & precij modicitate, in illis verbis. *Cum reuera contractus vsurarius ageretur, quòd patet ex eo, q Creditor debitori promisit, quod quandocunque a septennio vsq; ad nouenniũ daret sexaginta vncias Tarinorum, quæ vix dimidiam iusti precij contingebant, domos restitueret, & olivas.*

Si dicatur, ibi duo alia interuenisse, nempe, venditorẽ accipere voluisse mutuò pecuniam, item cogere non potuisse emptorem ad reuendendum ante septennium.

Respondet Anton. Burg. Pontificem ibi adductum non fuisse ad ita pronunciandum, ex illa mutui petitione sed tantum ex pacto reuendendi cum precij modicitate, Et licet pactum illud reuenditionis à septennio esset vsque ad nouennium, nil refert. Arguit enim maiorem auaritiam, & maius desiderium lucrandi in emptore & creditore, quam vbi simplex est pactum de reuendendo arbitrio venditoris, sed tamen & illud simplex pactum lucrandi animum ostendit.

Secunda est opinio eorum, qui negant ex his duobus contractum censendum esse vsurarium. Ita Iacobus de Arena, & Cynus, in l. Emptione, C. plus valere q agitur.

Cardinalis Zabarella, in c. Illo vos, de pignor.

Ancharanus in c. ad nostram, de empt. & venditio. & in cons. 277.

Laurentius Rodulphus, in tract. de vsuris, q. 60.

Alex. in cons. 109. lib. 4.

Socin. sen. in cons. 248. lib. 2.

Socin. iun. in cons. 50. lib. 1.

Decius in cons. 167. nu. 4. & 648.

Ruinus in cons. 16. nu. 11. lib. 4.

Boerius decis. 102. & in cons. 31.

Corasius lib. 3. Miscellaneorum. cap. 9.

Cagnolus ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. n. 51.

Gozadinus ibidem, nu. 30.

Osascus decis. Pedemont. 42.

Rolan. à Valle, in cons. 58. n. 10. lib. 4.

Dominus meus Cephalus, in cons. 289 nu. 37.

Dominus meus Decianus, in cons. 2. n. 176. & seq. li. j.

Iacobus Menoch. de Arbitrarijs Iudicum, Casu. 217.

Tiraquel. de retractu conuent. in præfat. nu. 5.

Ex antiquioribus etiam Baldus, & Albericus, necnon Salicetus & Fulgo. in l. Emptione, C. plus valere quod agitur, & idem Baldus, in cons. 133. li. 1. 205. lib. 5. & 359. lib. 5. & 361. eod. lib. & idem Fulgosius in cons. 134.

Cumanus in cons. 184.

Iason in cons. 150. 151. & 153. lib. 4. & in l. Quoties, C. de iudicijs.

Fabianus de Monte, de empt. & vend. 7. q. princi. vers. sexto quarto.

Hostiensis, in Summa, de empt. & vend. §. Qualiter rescindatur, vers. vlt.

Calcaneus, in cons. 85.

Purpuratus, ad l. Rogasti. §. si tibi. ff. si cert. pet.

Iacobus Nouellus, in reg. iur. 133. vers. pactum de retrouendendo.

Henricus Boic, in d. c. ad nostram.

Augustinus Berous, in cons. a 12. nu. 6. lib. 3. 165. n. 24. lib. 1. 169. nu. 18. eod.

Alexander de Neuo. in cons. 95. nu. 21.

Neuizanus in cons. 88.

Petrus de Ferrarijs, in forma libelli, in causa venditionis, in principio.

Aegidius Bellamera. decis. 7.

Conradus, de contract. q. 84. concl. 3. & 4.

Franciscus Bursatus in cons. 117. nu. 12.

Argumenta huius sententiæ hæc sunt. Contractus talis est iudicandus, qualis ex forma ipsa apparet, l. cum precibus, C. de probat. l. si tantum. ff. ad Macedonianum. Et tradunt Alex. in cons. 3. lib. 1. & Crauetta, in cons. 20. n. j. Sed ex facie, seu forma contractus, de quo agitur, non videtur esse fœneratitius. Ergò talis iudicandus non est.

Secundò. Contractus in dubio præsumitur verus, nõ autem simulatus & fœneratitius, d. l. cum precibus, C. de probation. & tradit Decius, in l. rogasti, §. si tibi, nu. 6. ff. Si cert. petat. Ergò & contractus, de quo agitur, præsumitur esse verus & iustus, non autem vsurarius.

Tertiò. Non est contractus illicitus reputandus, nisi id manifestè euincatur, l. præuaricationis, §. vlt. ff. de præuaricator. c. ult. 31. q. vlt. c. præterea, 13. dist. Sed nulla lege id euinci potest, Ergò, &c.

Nec obstant Canones, qui ad hoc allegantur, Nempè,
C c. ad nostram, de empt. & vend. & c. Illo uos, de pignor. Quoniam id non probant, cum in illis casibus multa alia cõcurrerint, ex quib. cõtractus à Põtifice reprobatus fuit.

Si dicatur, Summum Pontificem in illis casibus perpendisse tantum precij modicitatem, & pactum reuendẽdi. Respondetur, aliter illud pactum constitutum fuisse, quam in quæstione nostra. Nempè, vt à septennio vsque ad nouennium venditori redimere liceret, & sic ante septennium redimere non poterat, quod argumento est, emptorem ante illud tempus lucrari fructus voluisse.

Si replicetur id nõ obstare, quia etiam vbi sit pactum huiusmodi simpliciter, vt venditori liceat quandocunque redimere, apparet emptorem animum lucrandi aliquid habuisse vltra sortem. Respondetur, non tam certum & magnum lucrum hoc in casu emptorem facere potuisse, sicut in ea specie, quando scilicet ante septennium redimere non licet.

Tertia est sententia, tria requiri, ut contractus iudice-
D tur fœneratitius. Pactum reuendendi, precij modicitatẽ, & emptoris consuetudinem fœnerandi.

Hanc sententiam secuti sunt ferè omnes, quos pro præcedenti opinione commemoraui. Dum enim negãt duo illa sufficere, tertium requirunt, nempè fœnerandi consuetudinem, quasi ex tribus hisce coniecturis, cõtractus præsumendus sit fœneratitius. Atque ob id perpendunt tres coniecturas concurrisse apud Pontificem in d. c. ad nostram. Et nominatim in c. Illo vos, de pignoribus, cõsideratam fuisse fœnerandi consuetudinem.

Quarta est sententia, nec tria isthæc sufficere, vt contractus reprobari debeat, tanquam illicitus, quia pactũ reuendendi approbatur a lege, læsio item circa precium non improbatur, l. In causę, §. penult. ff. de minorib. l. itẽ si in precio, §. quemadmodum, ff. locati. Fęneratores autem etiam probos ac iure permissos contractus aliquando exercent; Ita docent Cyn. & Iacob. de Arena, in l. emptione, C. plus valere quod agitur. & Ang Aretin. in § 1. nu. 30. in Instit. de except.

Quin-

Quinta est opinio distinguentium. Aut præcessit mutui petitio, hoc est, Venditor ab emptore petijt mutuò pecuniam antequam venderet; aut non præcessit. Primo casu, ex pacto reuendendi, & precio exiguo contractus illicitus reputatur. Secundo casu non item. Ita Odofredus, relatus à Baldo in l. Emptione, C. plus valere qd agitur. Rom. singul. 368. Quæro an pactum. & in cons. 423. Vitalis Cambanus in tract. Clausularum, pag. 274. num. 10. & Bald. in cons. 359. lib. 5.

Fundamentum autem istorum est in d. c. Ad nostrã, de empt. & vend. Nam ibi præcesserat mutui petitio.

Sexta & postrema est sententia, totam hanc rẽ prudentiæ Iudicis esse committendam, qui omnibus consideratis circumstantijs, contractum eiusmodi, tanquam licitum approbabit, vel vti fœneratitium repudiabit. Ita Cotneus, in cons. 4. lib. 1. Alex. in cons. 119. in fi. lib. 4. Didacus Couuar. variar. resol. lib. 3. c. 8. nu. 4. Menoch. de præsum. lib. 3. cap. 122. nu. 40.

Ego in hac re sic statuo, si tria hæc concurrant, nempe precij modicitas, pactum reuendendi, & consuetudo fœnerandi, contractum censendum esse fœneratitium. Hoc mihi persuadent Canones allegati pro confirmatione secundæ opinionis. Etenim, tres potissimum coniecturæ à Summo Pontifice perpensæ fuerunt, in d. c. Ad nostram, & in d. c. Illo vos, nominatim perpenditur consuetudo fœnerandi. Ratione quoque moueor, quia semel malus, semper præsumitur malus in eodem genere mali. Quare, si magna sit læsio circa pretium rei venditæ, & pactum adsit reuendendi, nihil aliud suspicari licet, quam contractum initum fuisse in fraudem vsurarũ, ita scilicet, vt partes animum habuisse præsumantur mutuũ contrahendi vsque ad certum tempus, & fructus ex re vẽdita vsurarum loco percipiendi. Quod si tria non concurrant, quæ dixi, vix animaduerto, quo potissimum argumento contractus huiusmodi iudicetur fœneratitius. Neq; enim Canones id dicunt, neq; ratio id euincit, cũ venditori liceat quandocunque redimere, & sic antequã C emptor aliquos fructus ex re empta perceperit, soleatque ipsum per se pactum reuendendi iustam rei æstimationem magnopere extenuare. Quare Iudicis arbitrio libenter id committo, ita, vt si aliqua alia suspicio accedat, tũc ad iudicandum vsurarium cõtractum procliuior existat.

CAPVT XIII.

Vtrum pacto redimendi præscribatur spacio longissimi temporis, quoties ita conceptum est, vt semper, et quandocunq; venditori liceat redimere.



Vm ita conuentum est inter emptorem & venditorem, vt liceat venditori quandocunque redimere, vtrum obstet redimere volenti, triginta annorum præscriptio, grauis est inter Doctores cõtrouersia. Sunt enim, qui obstare affirmant, quamplurimi, nempe circiter quinquaginta, D quos commemorant Ant. Gabrielius, Commun. conclu. tit. de præscript. concl. 6. Andr. Tiraquell. de retractu conuent. §. 1. Glos. 2. nu. 51. Didac. Couuar. variar. resol. lib. 1. cap. 9. Iacob. Menoch. in cons. 143. n. 23. & 201. nu. 85. Rolan. a Valle, in cons. 21. lib. 2. & Celsus Hugo, in cons. 61. nu. 4. & 5.

Istorum argumenta hæc sunt præcipua. Omnis actio regulariter extinguitur spacio lõgissimi temporis, l. sicut, l. omnes, C. de præscript. longissimi temporis, 30. vel 40. annorum. Igitur & actio quæ competit ad redimendum.

Si dicatur, in hoc casu pactum repugnare, quia dictũ est, vt semper, & quandocunque, liceat redimere. Respõdetur, id nihil obstare, quia verba perpetuum tempus significantia, 30. annorum spacium non excedunt. Id patet ex l. 1. ff. soluto matrim. iuncta l. In rebus, C. de iure dotium, ex l. Minor, §. Qui statu liberum, ff. de euictionibus, ex l. prætor ait, §. Hoc interdictum, ff. de operis noui

A nunciatione, ex c. 1. de in integrum restitutione, iuncto c. 1. eod. tit. lib. 6. & ex alijs locis plurimis a Menoch. commemoratis, in locis annotatis.

Secundò. Præscriptioni 30. annorum renunciari non potest expresse ab ipsis contrahentibus, secundum communiorem sententiam Doctorum, in l. Nemo potest, de legatis 1. & habetur apud Francisc. Balb. de præscript. in 5. parte 5. partis princip. quæst. 6. Ergò neque tacitè renũciari potest, aut renunciatum esse intelligitur illa conuentione, vt liceat semper, & quandocunque redimere.

Sed contraria sententia, videtur mihi longè probabilior, quam amplexi fuere Fulgos. in consi. 123. Andr. Sicul. in cons. 51. lib. 1. & 22. libro 4. Fabian. de Monte, de empt. & vẽd. in 3. q. 7. q. principalis. Io. Crotus, in l. nemo potest, de legatis 1. Francis. Zoanetus, ad l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. nu. 33. Cepol. Cautela 75. & 78. Cassanæus in consi. 11. & in Consuetudine Burgundiæ, tit. *des rentes, venduet*, §. 1. Socin. in cons. 86. lib. 1. Alciat. ad B l. petens, C. de pactis, & ad rubr. de præscript. Aemilianus, in cons. 123. nu. 28. Angel. Aret. in cons. 116. nu. 25. Olascus decis. Pedemont. 115. Io. Bapt. Cephalus, inter consilia domini Io. Cephali, in cons. 724. lib. 5. & Mynsinger. Centur. 1. Obseru. 16. vbi testatur sæpè ita fuisse iudicatum in Camera Imperiali. Andr. Geyll, lib. 2. Obseru. 18.

Probatur hęc sententia. Is qui est in mala fide, nullo vnquam tempore præscribere potest, c. vlt. de pręscri. Sed emptor qui reuendere promisit, semper & quandocunq; dicitur esse in mala fide, Ergò pręscribere non potest.

Assumptio facilè probatur, quia venditor suæ promissionis & obligationis est conscius, is enim dicitur esse in mala fide, qui scientiam habet iuris alieni, & suæ obligationis, c. si Virgo, 34. q. 3. Bar. in l. Celsus, nu. 18. ff. de Vsucapion. Couuar. ad reg. possessor malæ fidei, §. 11. post n. 3. Dominus meus Cephalus, in cons. 316. nu. 17. lib. 3.

Respondent contrariæ sententię Authores, distinguẽdo maiorem propositionem, vt scilicet locũ habeat, quãdo absolutè actio competit, secus autem, si actio competat præcedente aliqua conditione, puta, in legatario, cui actio competit ad legatum, non simpliciter & absolutè, sed si legatum acceptauerit, quo fit, vt aduersus eum 30. anno. præscriptio currat, mala fide heredis non obstante, ex traditis per Ancharanum, in c. sine possessione, de reg. iur. lib. 6. Vnde sic & in proposita specie respondendum esse videtur, quia non absolutè competit actio venditori ad redimendum, sed ita demum, si pro redemptione institerit, & precium etiam obtulerit.

Cęterum, hæc responsio parum obstat, vt dicebat Couuar. lib. 1. varia. resol. c. 9. ante n. 6. Primum, quia in hac specie quęstionis nostræ, statim ab initio cõtractus, actio oritur ad rem ipsam redimendam. At in quæstione ab Ancharano proposita, actio legatario non competit ante legati acceptationem. Præterea, cum legatarius, legatum non petit, probabiliter existimare potest hæres, eum idcirco non petere, q̃ acceptare nolit. Secus est in venditore, quia si non redimat, non statim credere debet emptor eum redemptionis gratiam facere uelle, sed fortasse non redimere, quia non habet ad redimendum paratam pecuniam. Ita dicebat Couuar. & ante eum Rui. in cons. 111. n. 8. lib. j. & post vtrumq; Io. Bapt. Cephalus inter consilia do. Io. Cephali, loco supra commemorato.

Respondent secundo loco Authores cõtrariæ opinionis, malam fidem non obstare: quia uenditor renunciare videtur potestati, ac iuri redimendi quod habet, dum illud non exercet, & præterlabitur, longissimum tempus quo tollitur & extinguitur omnis actio.

Sed nihil obstat hæc responsio quia non sequitur, Vẽditor permittit labi tantum tempus, nec redimit rem vẽditam. Ergò renunciare censetur iuri redimendi. Ratio est: quia non ignorat emptorem, cum sit in mala fide, pręscribere non posse, & sic malam fidem emptoris efficere, vt omni tempore, actionẽ & ius suum exercere possit. Et si enim spacio tãti temporis, omnis extinguatur actio, id

tamen locum sibi non vindicat, vbi adest mala fides, quoniam illa impedit præscriptionem.

Respondent tertio loco. Malam fidem impedire præscriptionem, quo ad hoc, vt dominium non acquiratur, sed dominij confirmationem nihilominus acquiri posse, ex Baldo, in cons. 303. lib. 1.

Sed repugnat huic responsioni tex. in c. vlt. de præscr. vbi dicitur, nullam pręscriptionē valere absque bona fide.

Nec difficilè est ad argumenta respondere; nam quod attinet ad primum, respondeo. Verum esse regulariter, quod asseritur in argumento, spacio longissimi temporis omnem actionem extingui. Sed ab hac regula casus ille est excipiendus, cum videlicet is, qui conueniri potest, est in mala fide, vt in specie nostra; is enim qui est in mala fide, nullo tempore præscribit, c. vlt. de præscript. c. Possessor malæ fidei, de reg. iur. lib. 6.

Quod verò dicitur. Verba tempus perpetuum significantia restringenda esse ad spacium annorum 30. locum habere potest in dispositione legis, non autem in dispositione hominis, vt loquuntur nostri. Etenim, cum vna lex dicat, actionem esse perpetuam, vel ius in perpetuum competere; altera verò lex dicat, omnem actionem tolli spacio 30. annorum, ne sequatur repugnantia, & legum contrarietas, necesse est interpretari hoc modo tempus perpetuum, vt non excedat 30. annos. Hæc ratio cessat in dispositione hominis. Vide Bas. in l. 1. nu. 2. ff. quibus modis vsusfructus amittatur. Alex. & Imolam, in l. qui bona, §. vlt. ff. de damno infecto. Tiraquell. de retractu conuent. §. 1. Glos. 2. num. 19. Ioan. Bapt. Cephalum, loco superius annotato.

Ad alterum argumentum respondeo. Dato quòd illa sententia vera sit, de qua iam non disputo, hic non agi, an renunciari pręscriptioni possit, sed an præscriptio cum mala fide valeat. Et hoc est quod rectè dicebat Baldus de præscript. in 5. partis princip. q. 6. nu. 3. in actione personali superfluam esse disputationem, vtrum præscriptioni renunciari possit, quia propter malam fidem debitoris, illa non currit.

CAPVT XIV.

Fructus rei venditæ cum pacto redimendi ad quem pertineant, vtrum ad venditorem redimentem, an verò ad emptorem reuendentem.



CVm ex pacto tempus redimendi fundum instat, frequenter contingit, vt fructus sint pēdentes & maturi. Quare controuersia oritur, ad quem spectare debeant; & communis, æqua, & vt mihi videtur, verissima sententia est, diuidendos esse pro rata parte ipsius anni, hoc modo. Fundum tibi vendidi Kal. Nouembris, cum pacto reuendendi. Eundem redimere volo in mense Iulij, fructus pendentes inter nos diuidendi sunt hoc modo, vt ego tertiam partem consequar, tu verò residuum.

Ita respondit Cumanus ad l. Qui Romæ, ff. de verbo. oblig. Quem secuti sunt ibi Iason & Socin. senior, & alij quos refert Andr. Tiraquell. de retractu conuent. §. 5. Gl. 4. nu. 5. & nouissimè Ant. Tessau. Pedem. Decis. 56.

Probatur hæc sententia ex simili specie, de qua habetur in l. Diuortio, & l. Fructus, & l. De diuisione, ff. solu. matrimonio. Quibus in locis ita constitutum est, de fructibus fundi dotalis, inter vxorem superstitem, & hæredes viri diuidendis, vt nimirum pro ea parte anni, quo onera matrimonij vir sustinuit, fructus quoq; ad hæredes pertineant, pro residuo tempore, ad vxorem.

Probatur secundò, ex quadam summa æquitatis ratione, vt inter contrahentes æqualitas seruetur, quod iustitiæ commutatiuæ proprium est. Est autem huiusmodi. Aequitatis rationi consentaneum est, vt commodi & incommodi summa sit proportio inter contrahentes, neque vnus commodum duntaxat habere debet, alter verò incommodum. Quare, cum venditor in proposita specie per duas anni partes precium fundi retinuerit, eoque

A vti, ac frui potuerit, æquum non est, vt etiā fructus eius temporis consequatur. Immò contra, æquum est, vt emptor, qui rei curam habuit, & simul etiam precio caruit, eius saltem temporis commodum ex fructibus recipiat. Pro ea verò parte anni, quo precium consecutus est, fructus habere non debet, sed venditori, qui redimit, potius cedere debent.

Atque hæc est illa diuisio pro rata temporis anni ex æquitatis ratione deducta, quæ seruanda esse videtur, licet aperto iure non caueatur, vt verbis vtar Iurisconsulti, in l. in summa, §. Quanquam, ff. de aqua pluuia arcēda. Illa enim interpretatio maxime valere debet, ex qua contrahentium æqualis sit conditio, l. si id quod, §. vlt. ff. de rescind. vend. l. penult. in fi. C. commu. diuid.

Verum Alexander in l. qui Romæ, ff. de verbor. oblig. existimauit hoc in casu, fructus in totum pertinere ad redimentem. Primò, ex l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. in illis verbis: *Habita ratione eorum, quæ post oblatā*

B *ex pacto quantitatem, ad hæredem emptoris peruenerunt.*

Secundò, ex l. Herennius, ff. de vsuris, vbi dicitur, fideicommissario restituendum esse fundum vnacum fructibus pendentibus.

Tertiò; Quia venditor precium offerens, vt fundum redimat, dicitur implere ac perficere pro sua parte contractum, ex doctrina Bart. in l. si fideiussor, §. Meminisse, de legatis 1. & in l. Vxorem, §. agri plagam, de legat. 3. Ergo fructus ad eū spectant, quia perfecta venditione fructus sunt emētis, l. Iulianus, § si fructib. ff. de actionib. empt.

Ad l. Diuortio, & alias similes, respondet Alex. eas longē diuersam rationem habere. Cum enim dos detur pro oneribus matrimonij, l. pro oneribus, C. de iure dotium, meritò fructus diuidendi sunt in vxorem, & hæredes viri habita ratione tēporis, quo matrimonium durauit, & eius onera vir sustinuit. Hęc ratio nō ptinet ad speciē nostrā.

Respondeo ad primum argumentum, quod attinet ad l. 2. C. de pactis inter emptor. & vend. illam non obsta-

C re, nihil enim aliud dicit, nisi habendam esse rationem fructum, qui ad hæredem emptoris peruenerunt, posteaquam venditor precium obtulit, paratusq; fuit satisfacere, sed hæres emptoris non paruit. De hac specie nos non loquimur, sed cum emptor contractui paret, & fundum reuendere paratus est, allegat autem fructus esse pendentes, ac iam fortè maturos, proptereaq; inter ipsum & emptorem diuidendos, quam diuisionem fieri oportere nō negat Imperator in d. l. 2.

Ad secundum argumentum ex l. Herennius, respondeo. Fructus pendētes ad fideicommissarium pertinere, quia fructus pendentes dicuntur esse pars fundi, dominium autem fundi pertinet ad ipsum fideicommissariū. Nec illa ratio æqualitatis seruādę inter ipsum & hęredē locum habet, quæ inter contrahentes, nullum enim negotium inter eos intercessit, vt inter contrahentes.

Ad tertium respondeo. Argumentum locum habere iure stricto considerato, sed ratio æquitatis & æqualita-

D tis pręponderare debet summo iuri, vt dictum est.

Quod verò attinet ad l. diuortio, & alias leges concordantes, argumentum ex illis petitum, etsi planè solidum non sit, probabile tamen est, cum in proposito casu ratio habenda sit commodi & incommodi, ita scilicet, vt pro qua parte anni emptor incommodum sustinuit, curæ & custodiæ agri, caruitque pecunia, commodum fructuum percipiat, & de venditore idem iudicium.

CAPVT XV.

Vtrum ex pacto reuendendi, dominium rei venditæ ad venditorem reuertatur, ut propterea rem a quolibet tertio detentore uindicare possit.



QVæstio sanè difficilis est, & controuersa, an ex pacto reuendendi dominium ad venditorem reuertatur, ita, vt rem uindicare possit à tertio possessore.

Tres sunt Doctorum sentētię. Prima affirmat reuerti domi-

dominium ad venditorem, ita Castr. ad l. Si cum venderet, ff. de pignor. act. Io. de Anania in c. Conquestus, de Vsuris. Decius, in cons. 614. nu. 4. Ant. Burg. in c. Ad nostram, de empt. & vend. Soc. iun. in consi. 129. nu. 2. lib. 2. Io. Crotus in consi. 200. lib. 2. Tiraquell. de retractu conuent. §. 1. Glo. 7. nu. 7. Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 8. nume. 3. Menoch. in cons. 63. num. 14.

Argumenta sunt ista. Primum est ex l. Si cum venderet, ff. de pignor. act. in illis verbis: *Sed & ipse venditor, aut vindicare rem poterit, aut in factum actione aduersus emptorem agere.*

Secundum est ex l. Voluntate, §. vlt. ff. quibus modis pignus, vel hypotheca soluitur, in illis verbis: *Creditor quoque si pignus distraxit, & à venditione recessum fuerit, vel homo redhibitus, dominium ad debitorem reuertitur.*

Tertium est huiusmodi. Ex pacto legis commissoriæ, & addictionis in diem, dominium ad venditorem reuertitur, & rei vindicatio competit, l. Commissoriæ, C. de pact. inter empt. & vendit. Idque ita constitutum est, ob frequentiam huiusmodi pactorum, authore Bar. & Ang. in l. 1. ff. de donat. Ergò idem statuendum esse videtur in pacto reuendendi, quod non minus frequens est, quàm pacta supradicta.

Quartum argumentum est ex doctrina Barto. in l. In diem, ff. de aqua pluuia arcen. vbi docet, Pactum reuendendi hoc efficere, vt ius pignoris, & obligationis alteri factæ resoluatur. Ergò etiam in quæstione nostra videtur dicendum, ius emptoris resolui, & sic dominium ad venditorem redire.

Quintum argumentum sumi potest ex Tiraquello, de retractu conuent. §. 3. Glo. vnica, nu. 9. vbi docet, ex pacto reuendendi specialem hypothecam oriri in rem ipsam venditam, consequenter potest venditor eam à quolibet possessore vindicare.

Altera sententia, negat dominium ad venditorem reuerti, & rem vindicari posse. Ita Bar. ad l. 1. num. 10. ff. de donat. ad l. Si prædium, C. de ædilitio edicto, & ad l. Si hominem, ff. de vsucapio. Bal. in consi. 482. lib. 1. Alex. in consi. 10. lib. 1. Aret. in l. Qui absenti. §. 1. de acqu. possess. Curtius sen. in consil. 12. Decius ad l. Traditionibus, C. de pact.

Alios commemorat Tiraquel. de retractu conuent. §. 1. Glos. 7. num. 16. Alios citat Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 8. nu. 2. Alios denique Andr. Geyll, Obseru. lib. 2. c. 16. Quibus adde Alciatum in d. l. Traditionibus. Franciscum Marcium decis. Delphin. 601. in prima parte. Ruinum consil. 32. nu. 15. & 16. lib. 1. & Ancharanum, quæstionum familar. p. 1. q. 13.

Argumenta verò sunt ista. Primum est ex l. 2. C. de pactis inter emptor. & vendit. vbi dicitur, ex huiusmodi pacto oriri actionem præscriptis verbis, & ex empto, de rei vendicatione nullum verbum.

Secundum argumentum est ex l. pen. C. de ædilitio edicto, vbi similiter habetur, resoluta venditione, actionem personalem, nempe redhibitoriam competere.

Tertium argumentum. Ex pacto reuendendi actio datur, vt res reuendatur; Ergo dominium non reuertitur ad venditorem. Probatur consequentia; quia si reuerteretur, reuenditio non valeret, nam rei suæ emptio non valet, l. Suæ rei, ff. de contrahen. emptio.

Quartum argumentum ex l. Traditionibus, C. de pactis, vbi dicitur: Traditionibus, & vsucapionibus, non autem nudis pactis rerum dominia transferri.

Quintum argumentum eodem tendit; quod ex conuentionibus & pactis, personalis actio oriatur, non autem in rem, vt in §. Omnium, in Instit. de Actionib.

Sextum. Specialiter constitutum est in pacto legis cómissoriæ, & addictionis in diem, vt dominium reuertatur ad venditorem. Ergò in alijs pactis secus est dicendú.

Tertia est sententia distinguentium. Aut pactum huiusmodi verbis directis celebratur, Aut verbis obliquis. Primo casu dominium ad venditorem reuertitur. Secundo casu secus. Ita Paul. de Cast. in l. Si à te, C. de pact. in-

A ter empt. & vend. Berous in cons. 164. nu. 23. lib. 1. Grammaticus in cons. 282. nu. 3. Hieron. Gabrielius, in consil. 66. nu. 4. & 5. Rolan. à Valle, in cons. 62. nu. 33. lib. 2. Verba directa appello cum Doctoribus, quibus venditio resoluitur, & pro infecta habetur. Obliqua verò, cum simpliciter emptor reuendere seu restituere promittit.

Atque hæc postrema sententia videtur mihi verissima, ideoque breuiter confirmanda, & comprobanda.

Probatur igitur ipsius sententiæ pars prior ex l. Si cum venderet, ff. de pignorat. actio. vbi hoc apertè deciditur, & loquitur textus de pacto verbis directis concepto. Nam illa verba: *Vt si debitor solueret pecuniam precii emptori, liceret ei recipere rem suam*, sunt directa, l. Titia cum testamento, §. vlt. De legatis 2. & tradit. Socin. in consil. 80. lib. 3. Gabrielius, d. cons. 66. nu. 5.

Secundò probatur. Quia ratio, propter quam in pacto legis cómissoriæ, & addictionis in diem, dominium reuertitur ad venditorem, illa verè est, quoniam hæc pa-
B cta interponuntur re integra, atque in ipso venditionis contractu, antequam res tradita sit emptori, sicuti declarat Glos. in l. Ab emptione, in verb. cogaris, ff. de pact. nec non Bal. Ang. Castr. & Ias. ibidem, cum alijs à Tiraquello citatis, de retractu conuent. §. 1. Glo. 7. nu. 4. & 5. Hæc ratio locum habet in pacto, de quo agitur, si directis verbis fiat. Nam interponitur in ipso contractu, re integra, ac per illud venditio resoluitur, venditore quandocunque precium offerente.

Altera verò pars conclusionis, & sententiæ supradictæ, optimè probatur ex argumentis, quæ pro posteriore sententia allata sunt superius.

Ad primum argumentum eius sententiæ, quæ simpliciter affirmat dominium ad venditorem redire, respondeo. Illud locum sibi vendicare in pacto reuendendi, directis verbis concepto. Nam in l. Si cum venderet, ff. de pig. actio. verba pacti sunt directa, vt dictum est superiùs.

Eademq; responsio valet ad secundum argumentum,
C ex l. Voluntate, §. vlt. quia & in specie illa venditio fuit resoluta, vt patet ex illis verbis: *Sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione*, quod argumento est, verba fuisse directa.

Ad tertium argumentum respondeo. Illud valere, quoties verba pacti de reuendendo sunt directa, quemadmodum sunt verba pacti legis commissoriæ, & addictionis in diem.

Ad quartum argumentum ex doctrina Barto. in l. In diem, ff. de Aqua pluuia arcen. benè respondet Gabrielius, d. cons. 66. nu. 6. *Concedo*, inquit, *extingui ius constitutum in rem, quam quis promisit retrouendere ac restituere, posteaquam retrouenditio facta est, sed dico dominium simplici pacto, non retrò transferri.*

Ad quintum. Negatur ex huiusmodi pacto specialem oriri hypothecam in rem venditam. Id non probat Tiraquel. ex legibus allegatis, quia hoc nó dicunt, nec quisquam alius.

D Ad primum autem argumentum eius sententiæ, quæ simpliciter negat, dominium ad emptoré redire. Respondeo, illud loqui de pacto verbis obliquis concepto, cum scilicet emptor promisit fundum restituere. Ita enim loquitur l. 2. C. de pact. inter empt. & uend. unde argumentum est desumptum; quod & nos admittimus.

Ad secundum ex l. pen. C. de ædilitio edic. respondeo. Agitur ibi de actione redhibitoria, quæ datur emptori, resoluta emptione, ad hoc, ut uenditor rem uenditam accipiat, & precium emptori restituat. Quamobrem, eo in casu locum habere non potest rei uendicatio, quia non pertinet ad illam speciem.

Ad tertium respondeo. Illud uerum esse in pacto uerbis obliquis inito, quando scilicet restitutio, & reuenditio fieri debet. Neque enim rei suæ emptio consistit. At ubi uerbis directis fit pactum, resoluitur uenditio uigore pacti, resq; in pristinam causam reuertitur, resoluta uenditione, quasi uenditio facta non fuerit. Et sic cessat argumentum.

Ad

A Ad quartum, & quintum argumentum respondeo, etiam ex pactis, & conuentionibus, quandoque dominium transferri, seu potius teneri ad eum, qui contrahendo illud transtulit in alium. Id patet in pacto legis commissoriæ, & addictionis in diem, eademque ratione idem est statuendum in pacto, de quo agitur.

Ad vltimum respondeo, negando, illud esse specialiter constitutum in pacto legis commissoriæ, & addictionis in diem, ita vt in alijs similibus pactis locum nõ habeat. Nulla enim lege id probatur, atrustione euincitur, vt meritò id negauerint multi à Tiraquello citati, de retractu conuent. §.1. Gl.7. nu.14. & 15. & alij multi, quos refert & sequitur Roland. à Valle, in consi.62. nu.19. lib.2.

CAPVT XVI.

Nunquid l.2. C. de rescind. vend. locum habeat in emptore, ultra dimidiam iusti precij læso, & quomodo consideranda sit læsio ex parte eius.

B

Communis, & vera est sententia, l.1. C. de rescind. vend. locum habere etiam in emptore læso vltrà dimidiam iusti precij, sicut inter alios attestatur Arius Pinell. in Comment. eiusdem legis, in 1. p. c.2. tum propter maximam affinitatem, quæ est inter emptorem, & venditorem, ob quam verbo venditionis, emptionem quoque contineri, veteres dixerunt, vt in l. veteres, ff. de actio. empt. Qua de re Alciatus lib.5. Parerg. c.15. tum quia eadem ratio æquitans id suadere videtur. Cæterù, vir doctissimus Iacobus Cuiacius, lib.16. obseru. c.18. contrarium docet: *Aequum erat, inquit, subuenire venditori, qui minoris vendidit, quem plerumque necessitas rei familiaris compellit, vendere precio minore, non etiam emptori vltrò accedenti ad emptionem prædii, sæpè fraudandi causa, & plerumque ementi precio immenso, & immodico, affectione opportunitatis, vel vicinitatis, vel cæli, vel quòd illic educatus sit, vel parentes sepulti, vel quod maiorum eius fuerit, qua cupiditate incensus, vltrò promitit sæpè ingentia, & immensa precia, quod calorem vocat, l. locatio, ff. de publicanis, alij insaniam, alij stultitiã.* Hæc Cuiacius. Qui tametsi speciosa loqui videatur, parum tamen euincit. Nam quis ignorat sæpè accidere, vt quis emat vtilia sibi vel necessaria, bona fide, non animo iniustè lucrandi, neque fraudandi? Rursus, sæpè venduntur res, vt aliæ emantur vtiliores, nullaq; necessitate vrgente; Quare sicut humanum est subuenire venditori, ita quoque emptori subueniendum est. Et cur liceat maioris rem vendere alteri ementi propter affectionem, cũ illa minimè qualitas esse dicatur apta ad augendam rei æstimationem, sicuti præclarè docent Ripa, in l. filiusfa. §. Diui, nu.3. de leg.1. Couuar. lib.2. variar. resol. cap.3. & Menoch. de præsumpt. lib.3. præsumpt.83. num.6. Adde quæ pro hac sententia adducit Duaren. ad l. si quis cum aliter, de verb. obl. & confert tex. in l.1. §. sed si emerit, ff. si quid in fraudem patro. & l. si quis aliam, in fi. ff. de sol.

Nec mouent quæ adfert idem Cuiacius lib.23. c.32. ex Seneca & Plinio, Neque enim ij loquuntur, vbi læsio est vltrà dimidiam iusti precij, neque legum vim, & authoritatem habent eorum authorum scripta. Et aduersus Cuiacium eleganter disputat Robertus Aurelianus, lib.2. Animaduersionum, c.13. & rursus in notis ad Mercatoris notas, similiter lib.2. c.13.

Illud longè probabilius videtur, quod Cuiacius ibi docet, in diiudicanda læsione emptoris vltra dimidiam, ineundam esse rationem hoc modo, vt si res empta sit digna quinque, ipse soluat vndecim, & sic plus duplo, quàm sit iustum rei precium, quæ fuit antiquorum interpretũ sententia, Petri, Cyni, Roffredi, Speculatoris, & aliorum quos refert, & sequitur Pinell. in Commentar. eiusdem legis, p.1. c.2. num.6. Etenim hæc sententia videtur mihi verissima, licet communior sententia aliter doceat, vt videre est ex Cagnolo, in d. l.2. nu.135. & ex Couuar. lib.2. variar. resol. c.4. nu.8.

Probatur hæc sententia; quia læsio vltrà dimidiam ex parte venditoris esse dicitur, cum nec dimidiam veri precij accepit, vt in d. l.2. Ergò & ex parte emptoris erit, vbi rem emit, cuius æstimatio dimidiam partem precij numerati non attingit.

Non obstat si dicatur, ex hac interpretatione inæqualitatem oriri inter emptorem, & venditorem, quia vendens rem, quæ digna est decem aureis, & accipiens quatuor, vltrà dimidiam est læsus, nec sentit damnũ, nisi sex aureorum. Emptor autẽ rei, quæ decem aureis digna est, & soluens uiginti & vnum, dicetur vltrà dimidiam læsus & damnum sentiet vndecim aureorum. Non inquam illud obstat, quia inæqualitas ex eo oritur, quòd venditor pluris vendens, plus dat emptori, quàm emptor minoris emens, venditori. Venditor enim dat rem, valentem decem, vnde necesse est maiorem quantitatem superaddi, vt læsio sit vltrà dimidiam, quàm detrahi vẽditori decepto: & tamen est eadem proportio, quia quàto emptor minus dat, minus requiritur à venditore, vt læsio vltrà dimidiam contingat: & quantò emptor plus dat, tantò plus à venditore dari oportet, vt dicatur læsus, seu deceptus vltrà dimidiam.

Denique uenditor vltrà dimidiam læsus dicitur, quia dimidiam partem non accepit ab emptore æstimationis rei, quam emptori ipse dedit. Igitur & emptor dicetur esse læsus vltra dimidiam, si dimidiam partem non acceperit à uenditore eius, quod ipse dedit: quod tunc accidit, cum res uendita non est digna dimidia parte eius precij, quod ipse numerauit. Vide etiam hac de re Mynsinger. Cent.4. Obseru.73. & Fornerium libro secundo, Select. capit.19.

CAPVT XVII.

Vtrum iuramentum præstitum in contractu excludat à beneficio l.2. C. de rescind. vend.

C

Celebris est controuersia, utrum maioris 25. annis iuramentum contractui adhibitum auferat beneficium l.2. C. de rescind. vend.

Prima est opinio affirmantium auferre, ita Gl. Bar. Bal. Sal. Alber. Castr. in Commentarijs eiusdem legis. Pinellus alios commemorans, in 3. p. in prin. Io. Crotus in consi.243. lib.2. Olascus decis. Pedem 40. nu.8. Rolan. à Valle consi.59. nu.18. lib.1. Menoch. in consi.1. nu. 360. Straccha ad Crauett. in cons.7.

Argumenta sunt ista. Iuramenti hæc est uis, & efficacia, ut contractum confirmet, & tale robur illi adijciat, ut rescindi non possit. Id patet ex Authen. Sacramenta puberum, C. si aduersus uenditionem. Ergò & in specie proposita idem operabitur.

Secundò. Is qui iurat super aliquo facto, iurare uidetur super omni iure descendente ex illo facto, l. si duo Patroni, §. idem Iulianus, & l. duob. §. si quis iurauerit, ff. de Iureiurando. Igitur is, qui iurat seruare contractum, & D non contrauenire, iurare uidetur, & aduersus contractũ non uenturum, ex quocunque iure, & ex quacunq; causa, quæ ex eodem contractu, & facto prouenire possint. Consequenter, iurare uidetur se contractum seruaturũ, etiam si ultrà dimidiam læsus fuerit. Ergò contractum rescindere nulla ratione potest.

Tertiò. Iuramentum facit, vt actus ualeat omni meliori modo, quo ualere potest, l. cum Pater, §. filius Matrem, de leg.2. & dicitur habere uim specialis consensus, sicuti explicant Iason in l. Si conuenerit, ff. de Iurisdictio ne omnium Iudicum, Andr. Geyll, lib.2. Obseru.41. nu. 5. Est igitur perinde, ac si iurans promittat, specialiter se obseruaturum conuenta, licet ex eo læderetur. Quo casu cessat beneficium dictæ legis 2. Sicuti benè explicat Couar. variar. resol. lib.2. c.4.

Quartò. Contractus ob modicam læsionem rescindi non potest. Licet enim contrahentibus se inuicem decipere circa precium, l. in causæ, §. Idem Pomponius, ff. de Minoribus,

Minoribus, l.4. & l.ſi uoluntate, C.de reſcind. uend. Ergo ut iuramentum aliquid operetur, reſcindi non poteſt, etiam ob maximam lęſionem.

Secunda eſt opinio negantium iuramento auferri beneficium dictę l.2. Huius authores ſunt Ant.Burg. in c. cum cauſa, de empt. & uend. & alij, quos refert & ſequitur Pinellus in comment. d.l.p.3.c.1.

Argumenta ſunt iſta. Iuramentum non obligat ubi deeſt conſenſus, l.ult.C. de non numerata pecun. c. ueniens, &c. Quintauallis, de Iureiur. Sed quando ex contractu contingit immodica læſio ultra dimidiam, deeſt conſenſus iurantis, quia pręſumitur error, & ignorantia ut docet Gl. in l.quiſquis, C.de reſcin. uend. Ergo iuramentum hoc in caſu non obligat.

Secundum argumentum. Iuramentum non obligat ubi dolus interuenit in contractu, c.cum contingat, de Iureiur. Sed ex immodica læſione dolus rę ipſa detegitur in contractu, l.ſi quis cum aliter, ff.de uerb.obl. Ergo iuramentum hoc in caſu obligat.

Tertium argumentum eſt ex eo, quod tam immodicè læſus eodem errore, quo decipitur, & ad ita contrahendum inducitur, præſumitur etiam induci ad iurandum, argumento l.ult.§.idem quæſijt.ff.de condict. indebiti.

Tertia eſt ſententia Baldi, ad l.quæ ſub conditione, §. 1.ff.de conditionibus, & dem. Iuramentum hoc in caſu operari, ut contractus reſcindi nequeat, ſed tamen, uenditor petere poterit id, quod deeſt iuſto precio rei uenditæ. Sequitur Fely.in c.inter cæteras, de Reſcriptis, & alij apud Olaſcum, deciſ. Pedem.40. nu.7. Verum hæc ſententia tam exactè refellitur à Couuar. ad c. quamuis, in 3.p.§.4.de pact.in 6.& à Pinello in comment. d.l.2. in 3. p. c. 1. ut omnis labor noſter in ea refutanda ſuperuacaneus eſſe uideatur.

Quarta eſt ſententia eorum, qui diſtinguũt, inter ſimplicem læſionem ultra dimidiam, quam enormem appellant, & læſionem longè ultra dimidiam, quam uocant enormiſſimam. Primo caſu docent, Iuramentum non auferre beneficium d.l.2. Secundo uerò caſu auferre. Ita Corneus, & alij apud Pinellum, in 3. p.c.1. num.7. & 8. Couuar. ad c.quamuis, de pact. lib.6.p.3.§.4.

Quinta eſt opinio Alciati, in c.cum contingat, nu.213. de Iureiur. Is poſt Cumanum ab eo relatum, ait, omnem difficultatem in hac re poſitam eſſe circa modum agendi. Aut enim, inquit, vltra dimidiam læſus, contractum reſcindi, vel precium ſuppleri petit, & non poteſt propter uinculum iuramẽti. Aut dicit ſe deceptum fuiſſe, & ideò iuramentum non tenere, uindicatq; rem ipſam uenditã, & tunc agere poteſt iuramento non obſtante. Eandem ſententiam ſecutus eſt Menoch.in conſ.512. nu.52. li.5.

Sexta, & poſtrema eſt ſententia eorum, qui in hac controuerſia docent, læſum ultra dimidiam, abſolutionem à iuramento petere poſſe, eaque obtenta agere ad reſciſſionem contractus. Ita docent Imola, in c.cum contingat, ante nu.55.de Iureiur. & in c.pe.nu.24.de empt. & vend. Alex. in l.ſtipulatio hoc modo concepta, nu.10.ff.de verbor.obl. Rebuff. in tract. de reſciſſ.contract. art. vnico. Gl. 15.nu.42. Panorm. & Ant. Butr. in d.c. cum contingat, nu.23. Iacopi. Rimin. in conſ.212.lib.2. Rota Rom. apud Caſſiod. deciſ.1.tit.de empt. & vend.

Hæc ſententia videtur mihi veriſſima. Tres autem habet partes. Prima, Iurantem agere non poſſe ad reſciſſionem contractus, antequam à iuramẽto fuerit abſolutus. Secunda, abſolutionem à iuramento hoc in caſu eſſe concedendam. Tertia, Abſolutione obtenta, actionem competere ex d.l.

Prima pars ita probatur. Omne iuramentum eſt ſeruandum, ſi modò non vergat in diſpendium ſalutis ęternæ, vel in alterius præiudicium, c.cum contingat, de iureiur. Sed iuramentum dę quo agitur, non vergit, &c. Ergo ſeruandum eſt.

Si dicatur iuramentum non eſſe ſeruandum, vbi dolus interuenit, vt in d.c.cum contingat, ibi. *Neque vi, neque dolo extorta.*

A Reſpondeo. Id ita eſſe accipiendum, vt tamen requiratur abſolutio à tali iuramento, vt probat tex. in c. Si verò, de Iureiur. & in c.ad audientiam, & in c.ad aures, de eo quod metus cauſa, quia in dictis locis Pontifex docet, abſolutionem requiri à iuramento metu extorto, cum tamen cõſtet in metu dolum ineſſe, vt in l.ſi cum exceptione, §.cum quis, ff. de eo quod metus cauſa.

Nec obſtat reſponſio Ant. Burgenſis, in c.cum cauſa, nu.4.de empt. & vend. in iuramento metu extorto, volũtatem quandam iurantis, licet coactam, poſſe conſiderari. At ſecus, vbi dolus in contractu eſt adhibitus; Reſpondeo enim, id procedere poſſe, ubi dolus ex propoſito adeſt; ſecus autem vbi dolus re ipſa ex læſione oritur, quia maior eſt voluntas in contrahente ſic læſo, quàm in eo qui vi coactus iurauit.

Denique, quod dicitur, iuramenta dolo extorta non obligare, ita eſſe accipiendum, vt abſolutio nihilominus neceſſaria ſit, tradunt Innoc. & Io. Andr. in c.ad aures.

B De his quæ vi metusue cauſa. Archid. in c. quamuis, de pact. lib.6. Imola in d.c.cum contingat, nume.3. Calderinus in conſ.8. Duæ puellæ. Petrus Anchar. in conſ. 375. ibi. Verum quia non propria authoritate, &c. Bal. & Caſ. in l.vlt. ff.qui ſatiſdare cogantur. Angelus in l. ſi quis pro eo, ff.de Fideiuſſ. Natta in conſ. 144. licet ipſe ſibi parum conſtans ſecus dixerit in conſ. 166.nu.20. Couuar. in Epitome de Sponſal. 2.p.c.3.§.5.nu.2. & in c. quamuis, in 1.p §.5.nu.3.& lib.1. variar. reſol.c.4. nu.7. Menoch. de recuper. poſſ. remed. 1.nu.294. quanquam idem aliter loquatur in conſ.1.nu.302.lib.1. Ad quem locum ſe remittit in conſ.426.nu.36.lib.5.

Secunda pars concluſionis, videlicet abſolutionem eſſe concedendam, ſic probatur. Iuramentum non debet eſſe vinculum iniquitatis, 22. q.2. c. animaduertendum, c. Etſi Chriſtus, de iureiur. Sed vbi eſt tam immodica læſio, ibi eſt iniuſtitia, & iniquitas magna, Ergo iuramentum eſt relaxandum. Facit text. in ca.1. & in c.debitores,

C de iureiur. & ibi notat Imola, & idem Imo. in c. ſi verò, nu.3.eo.tit. Decius in conſi.180.nu.5. Socin.iun. in conſil.48.nu.29.& 30.lib.2. Curt.iun. in conſ.141. num.9. Marcabrunus, in conſ.30.nu.311.

Et hæc eſt communis ſententia, abſolutionem à iuramento concedendam eſſe, quoties iniuſtitiam continet, ſicuti tradunt Caſtrenſ. ad l.ſi quis pro eo, nu.6. ff.de fideiuſſoribus Anchar. d.conſ.375. Natta d.conſ.144. Crauetta in conſ.152.nu.11.& 192.nu.12.

Porrò abſolutione obtenta à iuramento actionem cõpetere ad reſcindendum contractum, probatur hoc argumento. Abſolutio tollit vinculum iuramenti, & idem eſt ac ſi iuramentum præſtitum non fuiſſet, vt patet ad ſenſum, & tradunt Corneus, in conſ.288.lib.3. Soc.iun. in conſ.3.nu.44.lib.2. Roland. à Valle, in conſ.7.nu.58. lib. 3. Afflictus deciſ. 322. Sed ſi iuramentum non eſſet præſtitum, procul dubio daretur actio ad reſcindendum contractum, propter læſionem ultra dimidiam. Igitur

D idem ſtatuendum eſt conceſſa à iuramento abſolutione.

Ad argumenta primæ opinionis, quæ abſolutè negat, locum eſſe reſciſſioni contractus ob Iuriſiurandi religionem, reſponſio patet ex præmiſſis, omnia enim argumẽta militant ante abſolutionem à iuramento conceſſam. Poſt conceſſam uerò abſolutionem, omnia ceſſant, quia virtus iuramenti ceſſat.

Ad primum argumentum ſecundæ opinionis reſpondeo, negando errorem præſumi etiã data læſione. Vbi n. quis iurat, pręſumitur conſultò, & conſideratè omnia facere, arg.c.ex reſc.de iureiu. Vide Ale. in cõſ.42.n.17.li.1. Nattã in cõſ.144.n.7.& And. Geyll, li.2. Obſer.10.n.26.

Ad ſecundum reſpondeo, negando iuramentum propria authoritate negligi poſſe, & violari, etiam data læſione immodica. Conſtat enim ex ſupradictis, abſolutionẽ eſſe neceſſariam, licet dolus interuenerit.

Ad tertium argumentum reſpondeo. Illum text. in l. vlt.§.idem quæſijt, nil commune habere cum quæſtione noſtra, nec de illa ſpecie loqui, i qua iuſiurãdũ interceſſit.

CAPVT XVIII.

An l. 2. C. de rescind. vend. contra singularem successorem locum habeat, & an locum habeat re perempta.



Ommunis est Doctorum sententia, tertium ac singularem successorem in re vendita conueniri posse, ex hac l. 2. si duo hæc concurrant. Primum, vt is, à quo causam habet, nimirum emptor ille, qui decepit ac læsit venditorem, soluendo nó sit. Secundum, si ipse singularis successor possideat rem ex causa lucratiua. Aut certè ex contractu, qui eodem iniustitiæ morbo laboret. Ita post Bald. & alios, respondit Tiraquell. ad l. Si vnquam, C. de reuocan. donat. In uerbo Reuertatur, nume. 329. Couuar. lib. 2. variar. resolut. c. 3. nu. 10. Menoch. in consil. 63. nu. 22. lib. 1. Stracha ad Crauettam in consl. 7. nu. 13.

Sed fundamentum habet hæc sententia magnopere infirmum, nempè, in l. in causæ, 14. §. ult. ff. de minoribus qui textus nihil aliud dicit, nisi minorem esse restituendum, etiam aduersus tertium emptorem, & possessorem, si tertius ille possessor rem emerit sciens, minorem fuisse læsum, & simul prior emptor soluendo non sit.

Quare contrariam sententiam quam unus probat Pinellus in comment. d. l. 2. in 2. p. c. 1. nu. 32. veriorem esse, ac Iuris regulis magis consentaneã affirmare nõ dubito.

Principio enim satis constat, actionem ex contractu descendentem, qualis est ea, de qua agitur, aduersus singularem possessorem non competere. Neque enim personalis obligatio fundum sequitur, l. 1. §. si hæres, ff. ad Trebell. l. vlt. §. vlt. ff de contrahen. empt. & propius ad rem nostram, text. in l. dolus, C. de rescin. vend.

Deinde contra dictam communem sententiam facit text. in l. Aeris alieni, C. de don. vbi dicitur, agi non posse contra donatarium, ac possessorem rei debitoris, ab eo cui debitor donans erat obligatus; nec distinguit text. an debitor soluendo sit, nec ne.

Prætereà, dicit tex. in l. 1. & 3. C. si uenditio pignore agatur, contra tertium possessorem agi posse, tunc demũ, cum mala fide emit, & is, qui conueniri poterat, soluendo non est: Igitur cessante mala fide, conueniri non poterit.

Quod si proponatur, emptorem esse in mala fide, locus esse posset communi sententię, quemadmodũ fatetur Pinellus loco annotato, & Couuar. lib. 2. variar. resolut. c. 3. post nume. 10. vers. Tertia conclusio; quibus & ipse adstipulor.

Est & alia controuersia, cum venditor vltra dimidiam læsus est, & res vendita sine culpa emptoris, casu scilicet fortuito, perijt, verum venditori liceat aduersus emptorem agere.

Abbas Panorm. in c. cum dilecti, de emptio. & vend. respondit, Venditori actionem competere, vt quod deest iusto precio, consequatur ab emptore.

Eandem sententiam secutus est Francisc. Cremensis, sing. 85. Volo; Ripa, in l. quod te, nu. 11. ff. si cert. petat. & alii a Pinello citati, in 2. p. c. 1. num. 36. & à Couuar. lib. 2. variar. resol. c. 4. circa finem.

Fundamentum est in eo, quod emptor æquè principaliter obligatus sit venditori, vel ad persoluẽdum id, quod deest iusto precio, vel ad rem emptam restituendam. Ex quo sequitur, re perempta, obligationem ad precium Inperesse, ex l. si in emptione, §. si emptio, ff. de contrahen. empt. & ex l. Stichum, aut Pamphilum, ff. de sol.

Quod autem vtrumque sit in obligatione æquè principaliter, probatur ex c. cum dilecti, de empt. & vendit. & ex c. cum causa, eo. tit.

Sed contrariam sententiam, nempe venditori nullam actionem competere, longè probabiliorem esse iudico, quam quidem sententiam amplexi sunt Accursius, Bart. Castr. & alii communiter, in d. l. 2. ubi Cagnolus, nu. 15. Pinell. in 2. parte, cap. 1. num. 36. Couuar. uariar. resolut.

A lib. 2. cap. 4. nu. 10. Anton. Gomes. de Contract. capit. 2. numero 22.

Probatur hæc sententia, primò ex l. si res ęstimata, 13. §. 1. ff. de iure dotium: *Enim vero*, inquit Iurisconsultus, *si in æstimationis modo circumuenta est, erit arbitrium mariti, vtrum iustam æstimationem, an potius seruum præstet. Et hæc si seruus viuit. Quod si decesserit, Marcellus ait, magis æstimationem præstandam, sed non iustam, sed eam quæ facta est, quia boni consulere mulier debet, quod æstimatus fuit.*

Si mulier in causa dotis, quæ semper & vbique præcipua est, l. 1. ff. solutio matrimo. petere non potest id, quod deest iusto precio, vbi res perempta est, longè minus id iuris venditor habebit.

Secundò probatur hæc sententia, vbi quantitas debetur respectu certæ speciei, tunc specie perempta, debitor est liberatus, l. Titiæ textores, §. vlt. de leg. 1. l. electio, §. quid si is, ff. de noxalibus, l. 1. §. vlt. ff. si cui plus, quam per
B legem Falcidiam, & l. si communis seruus, in vers. Ex his igitur, ff. de furtis. Sed in hac quęstione quantitas debetur respectu certæ speciei, nempe contemplatione rei venditę. Ergo re perempta perimitur obligatio ad preciũ.

Tertiò probatur, quia hoc in casu res principaliter dicitur esse in obligatione, iusti autem precij suppletio in facultate soluendi, vt probat text. in d. l. 2. C. de rescind. vend. in illis verbis: *Humanum est, vt vel precium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias, vel si emptor elegerit, quod deest iusto precio, recipias.* Illa verba; *Si emptor elegerit*, expressè indicant, illud in electione emptoris esse, & sic in facultate soluendi.

Simile habetur in l. miles, §. decem, ff. de re iudicata. Consequenter re perempta debitor est liberatus, l. si ex legati causa, ff. de verbor. oblig. l. quod te, ff. si certum petatur, l. si quis stipulatus fuerit decem in melle, ff. de solutionibus.

Non obstat tex in c. cum causa, & in cap. cum dilecti,
C neque enim dicunt aliud, nisi emptorem facultatem habere soluendi iustum precium, & eam facultatem illi nõ esse auferendam, quod & nos fatemur. Sed non propterea efficitur, quin rei restitutio principaliter sit in obligatione, vt loquuntur nostri Doctores.

Illud monendum esse iudico, quod Couuar. probat, & Pinell. locis annotatis, & mihi æquissimum videtur, quicquid velit Ant. Gomes. Emptorem conueniri posse, & compelli ad soluendum iustum precium, licet res perierit, cum alteri eam ipse vendidit, & ab emptore iustũ precium accepit, tunc enim summa est ratio, cum ipse emptor precium habuerit, quasi rem ipsam habere videatur.

CAPVT XIX.

De clausula venditioni adiecta, & si quid pluris res valet, donat, Controuersiæ aliquot.

D I vendat quis minori precio rem maioris precij, ea clausula adiecta: *Et si quid pluris valet, donat*, vtrum, si vltra dimidiam venditor lædatur, ad rescindendum contractum agere possit, controuersia est. Imola enim, Ludouicus Romanus, & Aemilius Feretus in commen. l. si quis cum aliter, ff. de verb. oblig. Venditorem agere posse negant, quia cum vẽditio minimè rescindatur propter modicam læsionem, l. quisquis, C. de rescind. vendi. talis clausula operari debet, vt nec propter magnam læsionem rescindatur, alioqui superflua erit; Sed contrariam sententiam amplexi sunt Bar. Alex. & Iason, in d. l. si quis cum aliter, necnon in l. 2. C. de rescind. vend. vbi Hieron. Cagnol. nu. 124. Pinell. in 1. p. c. 2. num. 20. Quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia ex l. hæc adiectio, 192. ff. de verb. sign. *Hac adiectio*, inquit Vlpianus, *pluris ue, non infinitam pecuniam continet; sed modicam duntaxat.* Itaque Clausula illa: *Et si quid pluris valet, donat*, ita debet intelli-

intelligi, vt locum habeat in modica quantitate, nō autē in magna.

Nec idcirco superflua reputanda est, quia operatur vt emptor minoris emens, quàm sit iusta rei æstimatio, non peccet. Quanquam tolerandum potius videretur, eam nihil operari, & superfluam esse, quàm vt venditor vltra dimidiam lęderetur, Argumento eorum, quæ notantur in l.vlt.§.In computatione, C.de iure liberandi, per Iasonem, in l.iustitia, col.vlt.ff.de iust. & iure, & dominum Ioannem Cephalum, in cons.104.nu.21.lib.1.

Sed alia oritur controuersia, circa hanc eandem clausulam, in ratione, ac supputatione fienda ipsius læsionis; Cum enim per eam clausulam aliquid emptori donatū esse videatur, illud inprimis esse deducendum, eoque deducto, dijudicandam esse læsionem, responderunt Alex. & Iason, in d.l.si quis cum aliter, nu.17.ff.de verb.obl. & Cagnol.in l.2.C.de rescin.vend.nu.129.

Cæterum, Pinellus in 1.parte, c.2.nu.21. post Alciatū quem citat in d.l. Hæc adiectio, contrarium respondit; nullam scilicet esse faciendam deductionem, quæ sententia videtur mihi probabilior. Etenim argumenti vis in hoc est posita. Clausula: *Si quid pluris valet, donat*, intelligitur de modica duntaxat quantitate. Ergò vbi est immodica læsio, & supra dimidiam, illa clausula nihil operatur, Si nihil operatur; Ergò nihil deduci debet.

Sed & tertia oritur controuersia. Est enim communis hæc Doctorum interpretatio, venditionem rescindi nō posse ex d.l.2, Quoties dicta clausula pinguius ac magis generaliter concepta est, puta, si dicatur: *Et si quid pluris valet, totum illud, quantumcunque est, donat & remittit emptori.* Ita Salic.& Cast.in d.l.2. Cagnol.ibidem, n.130. Alc.in cōs.42.n.7.lib.1. Fel.in c.si cautio, n.39.de fide instrumentorū. Boerius alios cōmemorās, decis.142.n.10.

Quorum fundamentum, illud est satis firmum, quod ea sit natura sermonis vniuersalis, vt nihil excludat, sed omnia comprehendat, l.Iulianus, De leg.3.l.1.§.Generaliter, ff.de leg.præstan.cum alijs similibus.

Cæterum, Pinell.in 2.parte, c.2. nu.22.contrarium docet, eiusdem sententiæ authorem habens Petr.Rebuf.de rescis.contract.Glos.15.nu.20.

Mouetur inprimis ex l.2.C.commu.de lega. vbi dicitur, leges verbis non esse impositas, sed rebus. Respōdeo. Id concedo. Sed non verbis tantum, sed rebus hæc sententia conuenit, quia vniuersalis oratio plura continet, quam particularis. Quare latum est discrimen inter hęc: *Si quid pluris valet, dono*, & *si quid pluris valet, omne id, et totum, quantumcunque, est dono.*

Secundò ita Pinell.argumentatur. Renunciatio generalis facta omni legum auxilio & beneficio, non tollit auxilium, quod venditori competit ex d. l. 2. ex communi Doctorum sententia, de qua per Tiraquel.ad l. si vnquā, nu.123. C.de reuocan.don. Ergo nec verba illa generalia id beneficium auferre poterunt. Respondeo. Generaliter renuncians omni legum auxilio, de tam immodica lęsione cogitare non præsumitur, propterea renunciatio ad eam speciem non extenditur. Sed hic nominatim de lęsione circa precium, is, qui vendit, cogitare vr̄, totumq; id, quod iusto precio deest, emptori donare. Quare hæc nostra species, nil commune habet cum specie diuersa.

Tertiò Pinellus vtitur argumento ex l.vlt.§.idem quęsitum, ff.de condict.indeb. vbi dicitur, Generalem clausulam, quæ pactionibus adijci solet. *Nullam controuersiam facturum*, indebiti condictionem non auferre. Respondeo. Nihil obstat. Quia si promittens, nō pręsumitur voluisse se obligare ad soluendum, quod non debebat, putabat enim se debitorem esse. At in specie nostra, venditor de læsione cogitat, se lęsum esse non ignorat. Lęsionem ipsam emptori remittit ac donat.

Quartò Pinellus dicit, nihil operari debere hoc in casu verborum multiplicationem, ex l.pediculis, §. Labeo, ff.de auro & argen.leg. ibi: *Sed non mutant substantiam rerum non necessaria verborum multiplicatio*, &c. Respondeo, illum textum loqui, quoties vnum, & idem exprimi-

A tur diuersis verbis, idem significantibus; vt in eo, qui testamento lanam scripsit, ac deinde versicoloria, quasi desierit lana tincta, lana esse. At in specie nostra illa verba, *Omne & totum, quantumcunq; est, donat*, generalia sunt, & plura comprehendunt, quam simplex illa oratio, & si quid pluris valet, donat.

Quinto Pinellus adducit Glos.in l.4.ff.de pignor.act. ad probandum, verborum geminationem, seu multiplicationem nihil operari. Respondeo, illam Glos.nil obstare. Loquitur enim de interpellatione facta debitori, verbis geminatis, hoc modo. Solue, solue. Et ait, nihil operari magis quam simplicem interpellationē: Hoc non obstat communi sententiæ, quæ non docet, geminationem verborum hoc efficere, puta, si bis dicatur, & si quid pluris valet, donat. Sed fundamētum ponit in oratione vniuersali, cuius natura est, vt nil excludat, & consequenter, neque læsionem vltra dimidiam.

Quarta est controuersia, circa eandem Clausulam, cū
B eidem annectitur alia clausula, ex certa scientia, hoc modo. Venditor ex certa scientia, & nullo errore ductus, donat, si quid pluris res valet. Nam hoc in casu cessare l.2. existimarunt ibid. Castr. Bal & Salic. quasi venditori scienti, nulla fraus fiat, neque iniuria. Idem respōderunt Alc. in cons.42.nu.7.lib.1. Cur.sen.in consil.49.nu.75.& Boerius, decis.142.nu.10.

Cæterum, Cagnol.nu.126.& Pinell.in 1.parte, c.2.n.13.contrarium docuerunt, quibus ego assentior, duabus potissimum rationibus.

Prima, Quia lex 2. locum habet etiam in venditore sciente rei venditæ ęstimationē, vt in seq.c. demōstrabit.

Altera est ratio; Quia hęc Clausula nihil aliud significat, nisi venditorem, scientiam habere, rem esse maioris ęstimationis. Sed non statim sequitur, eum scire, rem vēditam esse dignam precio ab emptore soluto, & altero tāto, & amplius, atque istud totum eum remittere ac donare velle emptori.

C Maiorem habet difficultatem quinta & postrema, ex eadem specie descendens controuersia: An videlicet insinuatio requiratur, si fortè precij quantitas a venditorę donata, summam quingentorum aureorum excedat. Etenim, insinuationem esse necessariam, affirmarunt Ancharanus & Imola, in c.penult.de empto. & vend. Alc. ad l.2.nu.16.ff.de verb.oblig. Alex.in l. si qui cum aliter, col penul.ff.eo.tit. Calcaneus in cons.25.nu.12. Marian. Socin.in cons.215.& alij, quos refert & sequitur Tiraqu. ad l.si vnquam, in verb.Donatione largitus, nu.3. C. de reuocan.donat. & de retractu consang.§.1.Gl.18.n.15.

Argumenta sunt ista. Primum sumitur ex l. si quis donationis, ff.de contrahen.emptio. *Quoties verò*, ait Vlpianus, *donationis causa viliore precio res distrahitur, dubium non est donationem valere. Hoc inter cæteros. Inter virum autem & vxorem, donationis causa facta venditio precio viliore, nullius momenti est.* Idem docet l.si sponsus, §. Circa, ff.de donation.inter virum & vxo.l.si vir uxori, C.ad Velleianum, l.1.§.si quis in fraudem, ff.si quid in fraudē
D patroni. Ex his legibus probatur, venditionem factam viliore precio donationis causa, esse veram donationem. Si vera donatio est, ergò nil proponitur, cur insinuationem non requirat.

Secundum argumentū donari vr̄ id, quod nullo iure cogente datur, l.1.l.donari, ff.de donat. Sed in hac specie is, qui donat id, quod pluris res valet, nullo iure cogente id facit, sed spontè, quia non tenetur illud donare. Ergò necessaria videtur insinuatio, sicut i alijs donationibus.

Tertium argumentum. Hic venditor remittit ius emptori, quod sibi competebat ad venditionem rescindendam, vel ad iustum precium petendum, vt patet: Sed remissio debiti, seu renunciatio iuris competentis, donatio quædam iudicatur, l.in ædibus, ff.de donat.l. si mulier, ff. de condict.ob causam. Tiraquel.ad d.l.si vnquam, in verbo, Largitus, n.143. Ergò insinuatio requiritur vt in alijs donationibus, vt per Tiraquell.ibi.nu.144.

Cæterum, insinuationem nequaquam esse necessariā respon-

responderunt Calderin.in cons. 2.tit.de empt.& vendit. Bart. & Bal. in l.si tibi, ff. de pact.Fabian.de Monte, de emptio.& vendit 8.q.princ.vers. Quartò quæro, & alij, quos refert & sequitur Couuar.lib.2. variar. resol.cap.4. numero 8.

Argumenta sunt ista. Præcipua contrahentium intentio inspicienda est, & ab ea contractus denominandus, l.si quis nec causam, ff.si certum petatur, l.fundi partem, ff.de contrahen. emptio. Sed in hac specie, præcipua intentio est vendendi, & emendi, Ergò talis contractus vēditio est, non autem donatio. Consequenter, nec requiritur insinuatio.

Secundò. Venditio rei viliore precio facta, non est donatio, sed damnosus contractus, Authore Baldo ad Rubr.C.de contrah.emptio.nu.11. Is enim, qui ita vendit, non id agit donationis gratia, quia emptor forsan est extraneus, cum quo nulla amicitia, nulla necessitudo intercedit, & nulla etiam causa donandi. Ergo frustra disputatur an requiratur insinuatio.

Ternò. Venditio facta viliore precio, ita demum donationis naturam induit, si donandi causa manifesta sit, ideoque inter virum, & vxorem talis venditio valet, nisi in fraudem donationis facta sit. l. si quis donationis, ff. de contrahen.empt.l. si sponsus, §.circa, ff.de donationibus inter virum, & vxorem. Ergò insinuatio non requiritur.

Quartò. Si in contractu emptionis, & venditionis donationis titulus constituendus esset, maximè constituendus foret, vbi læsio non est ultra dimidiam, illa enim contractum non rescindit: sed in tali læsione donatio non præsumitur. Ergò multo minus est præsumenda in læsione vltra dimidiam.

Donationem non præsumi in læsione citrà dimidiam ex eo patet: quia si præsumeretur, hoc modo lædens, nō peccaret, nec ad restitutionem teneretur, quod tamen falsum est, quia & peccat, & ad restitutionem tenetur ex communi sententia Theologorum.

Postremò. Si talis donatio, vera esset donatio, & insinuationem exigeret, sequeretur eam quoque reuocari propter ingratitudinem, iuxta l.vlt. C. de reuocan.don. Item propter natiuitatem liberorum, l.si vnquam, C.eo. Item per querelam inofficiosæ donationis, iuxta tit. C.de inoff.don.& alia id genus sequerentur, quæ videntur esse noua, nec vllo modo vsu recepta.

Tertia est sententia Pinelli, in comment. d. l.2. in 1.p. c.2.nu.24. Insinuationem esse necessariam, quando constat, certum aliquid deliberato animo remitti, quantitatem continens, in qua de iure requiritur insinuatio. Si verò non constet de certa, & deliberata voluntate donādi, non esse veram donationem, ac proinde, insinuationem non esse necessariam.

Ego in hac re duo dico. Primò, sententiam priorem frequentioribus Doctorum suffragijs receptam esse. Deinde, eam contrarijs argumentis non euerti: dato enim quod non sit vera donatio, & propriè dicta, negari tamen non potest, quin aliquo modo, saltem impropriè, donatio existimanda sit, argumento l.1.ff.de donat. Lex autem insinuationem requirens, omnem cōprehendit donationem, l.sancimus, C.de donat.

Quare illud primum argumentum nihil obstat, quo dicebatur, contrahentes non habuisse animum donandi. Etenim id negari summa ratione potest, cum animus ex verbis & factis detegatur. Hic verò, verba & facta donationi conueniant, respectu.s.maioris æstimationis ac precii, quod venditor emptori remittit ac donat.

Non obstat etiam alterum argumentum, quia in proposita specie manifesta est donandi causa; Vēditor enim disertè profitetur, se id, quod pluris res est, donare, ac proinde, venditio esse dicitur viliore precio facta, animo donandi, de qua Iurisconsultus loquitur in l.si quis donationis, ff.de contrah.empt.

Quod verò dicebatur venditionem viliori precio factam, non esse donationem, quia venditor donandi ani-

A mum non habet personæ extraneæ, & nulla necessitudine coniunctæ, nihil mouet, quia in claris non est opus coniecturis, & cum in verbis nulla est ambiguitas, non est facienda voluntatis quæstio. Hic versamur in claris, & verba donationem important.

Illud fateor, eam non procedere ex liberalitate, atque adeò non esse veram, & propriam donationem, sed non propterea efficitur, quin requirat insinuationem cū lex insinuationem requirens, omnē complectatur donationē.

Quartum verò argumentum nihil aliud probat, nisi donationem non esse præsumendam cum in venditione læsio contingit. Quod & nos vltrò fatemur, ideo enim contractus rescindi potest, qui non rescinderetur, si donatio esset præsumenda. Sed nostra quæstio versatur in claris, cum videlicet is, qui vendit, apertè profitetur se donare quicquid vltra precium conuentum ex iusta rei æstimatione deberetur.

Absurda verò, quæ commemorantur in vltimo argu-
B mento, meritò negari possunt. Quia si donationem hanc esse statuimus, omnes leges, quæ de donatione sunt latæ, ad eam quoque producendæ erunt, nec absurdum erit reputandum, quod iuri consentaneum esse videtur.

CAPVT XX.

Aliæ sex Controuersiæ ad eandem l. 2. C. de rescind. vend. pertinentes.

Vnt & aliæ cōtrouersię ad eandem legem pertinentes, quarum aliquas hic subijciemus. Prima. Vtrum agēti ex dicta lege, exceptio, melioramentorum, vt uocant, obijci possit; videlicet, vēditorem audiendum non esse, nisi sumptus necessarios, & emptori vtiles restituat. Et enim restituendos esse Bald.affirmat, in comment.d.l.2. cuius sententiam secuti sunt Alex.ad Bar.in l.intra vtile, §.vlt.ff. de minorib.Ant. Burg. in c.cum causa, de empt.
C & vend.nu.56. Iacop.à S.Georgio, in l.si res, §.1.ff.de iure dotium, Fabian.de Mōte, de empt.& vendit.8.q.prin. nu.4. Boerius, Decis.47.nu.8.Cagnol.ad d.l.2.nu.153. & eo loci Pinell.in 2.p.c.3.nu.1.

Fundamentum est in l.intra vtile, 40.§. vlt.ff.de minoribus, vbi dicitur, Minorem restitutum aduersus venditionem prædii a Curatoribus factam, sumptus ab emptore factos in rem ipsam, restituere cogendum.

Sed contrarium docuit Salicetus ibidem, quam secutus est Pantaleon Cremensis, & eius fundamentum est; quia emptor facultatem habet retinendi rem emptam, venditori soluendi id, quod deest iusto precio. Quare si rem retinere nolit, cum possit, & iustum precium supplere, non videtur audiendus esse in exceptione meliorationum & sumptuum.

Sed mihi longè probabilior videtur Baldi sententia, quæ communis est, & multis alijs legibus iuuatur, quibus definitum est, bonæ fidei possessorem, sumptus hu-
D iusmodi deducere posse, l.domum, C. de rei vendic. l. in fundo, ff.eo.l.si prædium, C.de prædiis Minorum. Est autem hic emptor in bona fide, cum titulum habeat iustū, l.bonæ fidei, ff.de verb.sign. Nec immoderata læsio facit, quò minus contractus bona fide factus censeatur, vt patet ex l.si superflue, C. de dolo, vbi transactio bona fide facta dicitur, licet immodicam læsionem contineret.

Nec obstat argumentum Saliceti, quia is non facit iniuriam, nec in culpa esse dicitur, qui iure suo vtitur, Emptor autem hoc iuris habet, vt vel retinere possit rem emptam, vel eam venditori restituere, iusto precio ei soluto. Si restituere maluerit, nihil proponitur, cur sumptus repetere non possit à venditore, cum & à minore contractum rescindente, repetantur.

Altera est controuersia, de venditione facta cum decreto Iudicis, an rescindi possit propter læsionem vltra dimidiam. Et quidem rescindi nihilominus posse affirmarunt Imolens. & Alexand.ad l.si quis cum aliter, ff.de verborum obligat. Panorm.in cap.cum causa, nume.6.

de

de empt.& vend.& ibidem Ant. Burgos, num. 17. Ang. Aret. in §. ſi quis agens, num. 3. Inſtit. de actionib. Pantaleon Cremen. ad d. l. 2. num. 108. & ibid. Cagn. nu. 158. Iac. à S. Georgio, in l. pacta nouiſſima, nu 8. C. de pact. & ibid. Iaſon, num. 9. Rebuff. de reſciſs. contract. artic. vnico, Gloſ. 15. nu. 40.

Idem ſenſit Anto. Gomeſ. de contract. c. 2. poſt nu. 12. & nouiſsimè eandem ſententiam ſecutus eſt Menoch. de pręſumpt. lib. 2. præſumpt. 75. nu. 34.

Probatur hæc ſentẽtia primò, ex l. ſi quidem, C. de prędijs Minorum, vbi dicitur, minorem aduerſus uenditionem eſſe reſtituendum, ſi fuerit læſus in precio, licet cũ decreto Iudicis facta fuerit uenditio.

Secundò probatur hac ratione: Eccleſia vltra dimidiam læſa in contractu, actionem habet ad illum reſcindendum, vt patet ex c. cum dilecti, & ex c. cum cauſa, de empt. & vend. & tamen id intelligi oportet, de venditione facta, ſolennibus Iuris adhibitis, alioqui non ualeret, vt in toto ti. de rebus eccleſiæ nõ alien. in Extrauag. Ambitioſæ, eod. tit. & alibi. Ergò nihil prohibet, quo minus idem ſtatuendum ſit in alijs contractibus, etiam ſolenniter factis, & cum Iudicis autboritate.

Tertiò probatur, quia hoc operatur Iudicis decretũ, vt contractus præſumatur rectè & ritè celebratus: Verùm hæc pręſumptio cedere debet ueritati: Conſequenter ſi apparet de læſione & iniuſtitia, ceſſare debet illa pręſumptio, & decreti efficacia. Facit tex. in l. magis puto, §. penult. ff. de rebus eorum. Latè Menoc. de pręſump. lib. 2. c. 75. nu. 32.

Cæterum contratiam ſententiam habuerunt Bart. & Io. de Platea, in l. 1. C. de pręd ijs Decurionum, lib. 10. Caſtren. in comment. ad l. 2. C. de reſcind. vend. nu. 5. Ang. in conſ. 142. circa fin. Socin. ſen. in conſi. 57. col. vlt. lib. 4. Dec. in conſi. 210. poſt num. 8. Corn. in conſi. 56. lib. 3. & alij quos refert Ant. Gabr. commun. concl. ti. de empt. & vend. concl. 1. nu. 57.

Fundamentum eſt in l. 1. C. de pręd ijs Decurionnm, lib. 10. & in ea Iuris regula, quę docet, ubi Iudicis decretum interuenit, omnia præſumi ſolenniter acta, de qua regula vide Alc. de præſumpt. reg. 3. præſumpt. 10.

Sed nullius momenti eſſe uidentur hæc argumenta. Quamobrem priori ſententiæ adhærendum eſſe iudico. Quod enim attinet ad d. l. 1. hęc ſunt verba, (quod attinet ad rem noſtram) *Denique nihil erit poſtmodum* (ſcilicet decreto Iudicis interueniente) *quò Venditor, vel circumuentum ſe inſidijs: vel oppreſſum potentia comparatoris queri debeat; Quandoquidem ſub fide actorum, & de neceſſitate diſtrahentis, & de voluntate patueris comparantis.*

Hæc verba probant, venditorem allegare non poſſe hoc in caſu, ſe vel metu coactum, vel inſidijs emptoris circumuentum vendidiſſe. Sed nullum verbum de læſione vltra dimidiam, quod ſcilicet de illa conqueri non poſſit.

Non obſtant uerba illa eiuſdem legis præcedentia. (*Ita enim fiet, vt nec immoderatus venditor, nec emptor, cuiuſcunque ſit conditionis, inueniatur iniuſtus.*) Quia ſenſus eſt, Decurionem vendere nõ poſſe prædia abſque neceſſitate à Iudice æſtimanda. Quod ſi forma hæc ſeruata ſit, *ſic eueniet*, inquit text. *vt nec immoderatus venditor inueniatur*, id eſt, qui ſine cauſa, & moderatione vẽdat, *& emptor non inueniatur iniuſtus*, id eſt, qui uel potẽtia, vel inſidijs ad vẽdendum inducat, vt ſtatim tex. ſubdit. Vel ſi ad omnem iniuſtitiam illa verba referantur, ſenſus eſt, non facilè repertum iri, qui quoquo modo venditorem decipiat, & minus iuſtè contrahat, propter Iudicis authoritatem, qui intercedit. Quod quidem & nos ſpontè fatemur.

Sed iam quæſtio eſt, ſi & Iudex, & contrahentes circumuenti ſint, fortè etiam per imprudẽtiam errauerint, ita, vt uenditor in precio fuerit deceptus vltrà dimidiã, an reſcindi contractus poſſit? Et reſcindi poſſe dicimus, quia manifeſtum eſt Iudicis authoritatem parum in hoc

A profeciſſe. Nec textus ille hoc negat, licet multum Iudicis authoritati tribuere videatur.

Quod verò attinet ad illam Iuris Regulam, præſumi omnia ſolenniter acta ex decreto Iudicis, reſponſio patet ex præmiſſis, quoniam, (vt dictum eſt) vna præſumptio tollit aliam, l. Diuus, ff. de in integrum reſtit. Et veritati cedit omnis præſumptio. Vnde in propoſito textus in l. ſi quidem, C. de prædijs Minorum. *Si verò*, inquit, *Iure interpoſito decreto venditionem vili precio eius poſſeſſionis, cuius vires ignorabat, fecit, iuxta perpetui edicti authoritatẽ in integrum reſtitutio, cauſa tamen cognita, præbetur.*

Tertia controuerſia eſt. Vbi inter emptorem & venditorem eſt conuentum, vt ſi vltrà dimidiam læſio contigerit, iuſtum precium ſuppleatur, an reſcindi cõtractus poſſit ex d. l. 2. Et reſcindi non poſſe, cenſuerunt Bald. ad tit. Qualiter dominus feudi proprietate priuetur. Aretin. & Alex. ad l. ſi quis cum aliter, col. pen. ff. de verb. oblig. quia prouiſio hominis, facit ceſſare prouiſionem legis, iuxta

B vulgare dictũ, quod ſumitur ex l. vlt. C. de pact. conuent.

Sed contraria ſentẽtia videtur mihi probabilior, quã ſecuti ſunt Iaſ. in l. 2. C. de iure emphyt. num. 143. & Cagnol. in d. l. 2. C. de reſc. vend. nu. 168.

Probatur hæc ſententia ex d. l. 2. quæ generaliter loquitur. Nec obſtat Regula, prouiſio hominis, &c. quia intelligitur, quando prouiſio legis eſt ſpecialis, & contra iuris communis regulas, ſicuti declarant Bar. ad l. ſi cũ dotem, ff. ſoluto matrim. & alij apud Gabr. in commu. cõcl. ti. de reg. iur. concl. 8. nu. 4. Sed in ſpecie noſtra legis prouiſio generalis eſt, & ex iure communi prouenit, vt patet, ergo ceſſat illa Regula, & præualere debet ea ſententia, quæ iniuſtis contractibus & doloſis occurrit.

Quartò controuertitur, ſi emptor inuenerit theſaurũ in re vendita, an venditor vltra dimidiam læſus, agere poſſit, ita, vt theſauri ratio habeatur, propter quẽ res procul dubio pluris æſtimanda eſt; & habendam eſſe rationem eiuſmodi theſauri, docuit Ludou. Rom. ad l. ſi quis

C cum aliter, ff. de verb. obl. dicens, ſe ita ex facto reſpõdiſſe, duabus rationibus: Altera, quia in iudicanda læſione ratio habenda eſt æſtimationis rei, ſecundum tẽpus contractus celebrati, l. ſi voluntate, C. de reſcin. vend. licet occulta ſit huiuſmodi æſtimatio, & minimè patens, l. nõ intelligitur, §. Diui fratres, ff. de iure fiſci. Altera eſt ratio, quia cõtractus venditionis & locationis ſunt ſimiles, l. 2. ff. locati, ſed in locatione receptum eſt, vt penſio ſit augẽda, ſi conductor maximum lucrum ſentiat, vt no. Gl. in l. ſi merces, §. vis maior, ff. locati: Ergò, & in venditione idem ſtatuendum eſt, vt ſi magnum lucrum emptor fecerit, theſauri inuentione, condemnandus ſit ad maius precium ſoluendum.

Sed contrarium docent Franc. Aret. in d. l. ſi quis cum aliter, nu. 8. & Cagn. in l. 2. nu. 171. C. de reſc. vend. Quorum ſententiæ egò potius accedo: Nam theſaurus à vẽditore non poſſidebatur, cum ignoraret vbi eſſet, & omnino illum in poteſtate non haberet, l. 3. §. Nerua, & §. ſeq.

D ff. de acq. poſſ. ergo læſus in precio dici non poteſt, quãuis pro theſauro, quem non poſſidebat, nihil acceperit.

Argumenta Romani nihil obſtãt: Nam quod attinet ad primum, tex. in §. Diui fratres, nihil aliud dicit, niſi iuſta rerum precia ex præſenti æſtimatione conſtitui. Alterum autem argumentum de locatione, facilè cõfutatur. Quia etſi in conductore ita eſſet conſtitutum, id ſumma ratione factum eſſet, cum & in eo conductori conſulatur, vt nimirum propter ſterilitatem penſio ſit ei minuenda, iuxta l. ſi vno, ff. locati. At in emptore aliter eſt conſtitutum, quia perfecta emptione, omne commodum & incommodum ad eum ſpectat, l. neceſſario, ff. de periculo & commodo rei venditæ. Quare, ſi theſaurum inuenerit (fortunæ donum Iuriſc. appellat, in l. ſi is qui, ff. de acquir. rer. dom.) eius lucro id cedere debet ſecundum iuris regulas, l. nunquã nuda, §. Theſaurus, ff. de acq. rer. dom. Franc. Connanus exiſtimat theſaurum diuidendũ inter emptorem & venditorẽ, ex æquitate, lib. 3. comm. iuris, c. 4. nu. 4. ſed magis placet quod iam dixi.

Quintò controuertitur. Vtrum venditori scienti iustā rei æstimationem, actio competat ad contractum rescin- dendum, si vltra dimidiam læsus fuerit, & communis est sententia non competere, quia scienti & consentienti, non fit iniuria, neque dolus, c. scienti, de regul iur. lib. 6. l. non videtur, ff. de reg jur. l. 1. §. vsque adeò, ff. de iniu- rijs, l. venditor, C. de rescind. vend. Huc accedat à simili tex. in l. domum, ff. de contrah. empt. in illis verbis: *Simili quoque modo tractari oportet, vbi venditor quidem sciebat, emptor autem ignorabat: hic enim oportet & venditio- nem stare, & omne pretium ab emptore venditori, si non de pensum sit, solui.* Ita docent omnes ferè interpretes in d. l. 2. C. de rescin. vend. Bar. nu. 14. Bal. nu. 7. Salic. num. 11. Castren. num. 7. Cagn. num. 124. alios commemorat Pi- nell. ibi, in par. 1. c. 1. num. 10. & vide Rolan. à Valle, con- sil. 59. num. 10. lib. 1.

Sed contrarium docuit ibi Albericus, num. 12. & cum eo Pinel. loco nuperrimè citato, quorum sententiam iu- re defendi posse fatetur Couar. lib. 2. variar. resol. cap. 4. num. 2. Quibus & ego magis assentior: Nam, illa distin- ctio ignorantis & scientis venditoris, lege nō probatur: & si talis distinctio adhibenda esset, non ita generaliter, sed moderatione aliqua adiecta constitutum fuisset, vt hoc in casu venditori actio competeret.

Huc accedat eandem æquitatis, sine humanitatis regu lam vigere vtroque casu, etsi enim venditor iustam æsti mationem rei suæ non ignorauerit, humanum tamē est, vt ei succurratur, qui fortè necessitate adactus vendidit, aut astutia emptoris deceptus fuit. Denique vix vnquam locus esset legis beneficio, si venditori scientia noceret. Præsumitur enim scire rei suæ æstimationem, argumen- to l. quisquis, C. de rescind. vend.

Respondent diuersæ sententiæ Authores, errorem & ignorantiam esse præsumendam ex immodica læsione. At contra, Rerum experiētia comprobatur, faciliùs quē errare in modico precij excessu, quàm in magno, vt & Pi nell. animaduerut.

Quod verò dicitur, scienti & consentienti iniuriā non fieri, neque dolum, parum mouet: Nam illud intelligi- tur quantum ad actionem iniuriarum, & actionem de dolo, quæ hoc in casu cessant, sed exinde non infertur, quin ex æquitate, venditori læso succurrendum sit, quē necessitas, vel alia causa coegit ad vendendum exiguo precio, vt scilicet contractū rescindere possit, aut iustum precium consequi.

Ad l. domum, ff. de contrah. emptio. Pinell. respondet, ibi specialiter ita fuisse constitutum, quia constitutio l. 2. non erat Iurisconsultis cognita. Adde, in ea specie nullā fieri mentionem læsionis vltra dimidiam, circa precium. Ratio enim dubitandi erat, quòd domus empta non ex- taret, sed incendio consumpta esset, licet area extaret. Re spondit tamen Iurisconsultus, venditionem consistere, si emptor sciebat combustam esse domum, nullam faciens de hac læsione mentionem. Quare ad hanc rem non per tinet ille textus.

Sexta & postrema controuersia est de renunciatione, an tollat actionem ex d. l. 2. Est autem duplex, altera ge- neralis, cum scilicet venditor renunciat omni legum au- xilio. Altera specialis, cum renunciat læsioni vltrā dimi- diam, & actioni competenti ex d. l. 2. Generalem renun- ciationem nō obesse venditori, docet Couua. lib. 2. var. resol. c. 4. Sed contrarium respondit Paul. Castren. in cō sil. 337. lib. 2. & And. Siculus in cōnsi. 63. lib. 4. Specialem autem renunciationem obesse Bar. disertè docuit, ad l. si quis cum aliter, circa fin. ff. de verb. obl. & alij, quos com memorat Couuar. loco annotato, quibus addi possunt a- lij ab Ant. Gabr. citati, commu. concl. ti. de empt. & vēd. concl. 1. num. 92.

Cæterum, non obesse contendit Cacanæus in cōs. 25. num. 27. Ego verò in vtroque casu sententiæ communi adhæreo, quam inprimis confirmabo, deinde argumen- ta contraria refutabo.

Renunciationem generalem nō obesse venditori, pro

A bari potest inprimis argumento petito ex l. vlt. §. item quæsitum est, ff. de condict. indeb. in illis verbis: *Item quæsitum est, an pactum quod in pactionibus scribi solet hunc modum: Ex hoc contractu nullam inter se controuer- siam amplius esse, impediat repetitionem. Respondi nihil proponi, cur impediret.*

Deinde probari potest ex eo, quod habetur in l. hæc a- dictio, ff. de verb. signif. & ex l. si libertus, ff. de operis li- bertorum, quibus ex locis deducitur, verba generalia ad modicam læsionem, non autem ad magnam esse refe- renda.

Denique probari potest hoc argumento. In generali sermone dolus non includitur, l. creditor, §. Lucius, ff. mandati, l. si pater, ff. quę in fraud. credit. l. 1. in fi. ff. de do li mali exceptione. Sed ex læsione vltra dimidiam, dolus re ipsa probatur, l. si superstite, C. de dolo, l. si quis cum aliter, ff. de verb. oblig. Ergo in generali renunciatione non continetur.

B Contrariæ sententiæ fundamentum est huiusmodi. Generalis renunciatio refertur ad omnia, de quibus re- nuncians cogitauit, vel in genere, vel in specie, l. qui iure militari, ff. de militari testamento, & tradit Bart. in l. sub prætextu, C. de transact. Sed renuncians hoc in casu, co- gitare videtur, saltem in genere, de auxilio l. 2. Ergò re- nunciato ad eam quoque causam porrigendā est.

Respondeo: Nego minorem, quia vt dictum est, ora- tio generalis illum casum non comprehendit, quo dolus continetur. Nec cōtrarium probat tex. qui allegatur, aut Bartoli authoritas.

Porrò specialem renunciationem obesse renuncianti ex eo manifestè probatur, quòd iuri suo quilibet renun- ciare potest, l. penult. C. de pact. & renuncianti non da- tur amplius regressus, l. quæritur, §. si venditor, ff. de ædi- lit. edicto.

Primum argumentum contrariæ opinionis est huius modi. Eadem facilitate, qua venditor vltra dimidiam in- C sti precij læditur, videtur etiam huiusmodi læsioni renū ciare. Ergò talis renunciatio nocere non potest, ex tradi- tis per Bal. in l. 2. nu. 7. C. de rescin. vend. Respondeo. Ne go antecedens: Nec Baldi authoritas obstat, quia ille lo- quitur de Fœminis, Minoribus, & Rusticis, qui facilius decipiuntur ignorantia, imprudentia, & animi fragi- litate. Quare, & iura promptiora sunt in eis adiu- uandis.

Secundum argumentum sumitur à simili, ex eo nem- pè, quod dicitur, renunciationem exceptionis nō nume- ratæ pecuniæ, incontinenti factā, non obstare, vt nota- tur in l. si ex cautione, C. de non numerata pecunia. Re- spondeo, id meritò ibi esse constitutum, quia sub spe fu- turæ numerationis omnia fiunt, quæ ratio in præsenti al legari non potest.

Tertium argumentum sumitur ex traditis à Ludoui- co Rom. in l. si quis cum aliter, ff. de verb. oblig. ubi dicit, renunciationem exceptionis doli, aut simulationis, in in D strumento ipso contractus adiectam, renuncianti non obesse. Respondeo, illud specialiter constitutum esse in odium doli & simulationis. Ratio est: quantum ad do- li exceptionem, quia præsumitur & in ea extorquenda dolus adhibitus. Quod verò attinet ad exceptionem si- mulationis, efficere non debet renunciatio, nec potest, vt id, quod verè actum non fuit, actum fuisse uideatur. Quæ quidem rationes cessant in præsenti.

Quartum argumentum est ex doctrina Bart. in l. vlt. §. Item quæsitum, ff. de condict. indeb. vbi dicit, Genera- lem renunciationem exceptionis doli, condictioni inde biti, &c. renuncianti non obesse, quin repetat indebitū solutum. Respondeo, Bartoli doctrinam lege non proba ri, quia textus in d. §. Item quæsitum, de tali renunciatio- ne non loquitur; sed de pactione illa: *Nullam amplius inter se controuersiam esse*, vt meritò à Bartoli sententia discesserint Fulg. Aret. Imola, & Alex. quos commemo- rat Didac. Couuar. loco annotato.

Quintum argumentū est ex eo, quod renunciationes eius-

eiusmodi contractibus, & instrumentis inserantur plerumque ex stylo potius cõi Notariorum, quàm ex mẽte contrahentium. Respondeo; infirmum esse argumentũ, quia sæpè etiam adijciuntur, iussu & voluntate contrahentium, & Notariorum stylus pro locorum & prouinciarum diuersitate, varius, ac diuersus esse consueuit.

Postremum argumẽtum est ex l. doli, vers. Diuersum, ff. de nouation. in illis verbis: *Diuersum est in Muliere, quæ contra Senatusconsultum promisit. Nam & in secunda promissione intercessio est. Idemq; est in Minore, qui circumscriptus delegatur, quia si nunc etiam minor est, rursus circumuenitur.* Respondeo, nec de his personis nos loqui, & speciem esse longè differentem ab hac nostra, vt patet.

CAPVT XXI.

Explicantur quatuor aliæ Controuersiæ pertinentes ad materiam l. 2. C. de rescind. vendit.

SVnt & aliæ controuersiæ ad hanc materiam pertinentes, quas tractabimus. Controuertitur enim, vtrum l. 2. C. de rescind. vend. locum habeat in liberatione facta deteriori, si ex ea creditor, vltrà dimidiam læsus fuerit. Nam locum non habere respondit Fab. de Monte, de empt. & vend. q. 8. num. 10. post Bal. & Castr. quos citat, quem tamen Castrensem hoc dicentem non inueni; idẽ respondit Cremensis, ad d. l. 2. nu. 131. & Corn. cõs. 166. nu. 4. lib. 1. Sed contrarium docuit Aret. ad l. si quis cum aliter, nu. 8. ff. de verb. obl. & ante eum Rom. ibid. nu. 24. Bar. in cons. 90. necnon Cagnol. in d. l. 2. nu. 195.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. si intra, ff. ff. de pact. Ait Papin. *Si intra illum diem debiti partem mihi solueris, acceptum tibi residuum feram, ac te liberabo, licet actionem non habeas, tamen exceptionem competere debitori constat.*

Fundamentum autem posterioris sententiæ positum est in legibus, quibus passim succurritur contrahentibus dolo re ipsa adhibito, & perperam deceptis, iuxta l. si quis cum aliter, ff. de verb. ob. l. maioribus, C. cõmunia vtriusque iudicij, l. si superstite, C. de dolo, & similes.

Ego verò tam creditori, quàm debitori grauiter decepto subueniendum esse non dubito, sed nequaquam ex d. l. 2. quia illa lex loquitur in venditore, & actionem cõcedit ad contractum rescindendum, nisi iustum pretiũ ab emptore suppleatur. Quę quidem constitutio ad liberationis actum, de quo agitur, inter creditorem & debitorem, haud facilè accommodari potest.

Quod verò istis sic deceptis succurrendum sit aliquo legis auxilio, demonstrari potest argumẽto huiusmodi. Aut enim creditor vel debitor læsus est in calculo rationum per errorem, & succurritur eis ex l. 1. C. de errore calculi. Aut per errorem debitor plus soluit, quàm deberet, vel creditor plus remisit, & datur repetitio, l. cuius per errorem, ff. de reg. iur. l. si non sortem, §. si centum, ff. de condict. indeb. Aut læsio contigit in æstimatione rei in solutum datæ creditori, & actio datur, vt in l. si quis aliam, 46. ff. de solut. & in l. si res, §. 1. ff. de iure dotium, & l. si non sortem, §. si centum, ff. de condict. indeb. Aut alia ex causa deceptus est, & succurrendum est ex legib. superius allegatis in huius sententiæ fundamento.

Illud nihil mouet quod habetur in l. si intra, ff. de pactis, quoniam in ea specie Creditor sponte residuum crediti remisit, nec ullum verbum fit de læsione ultra dimidiam.

Amplius est controuersia, an locus sit d. l. 2. si uenditio facta sit pręcedente subhastatione, & locũ non esse respõdit Ang. in l. 1. C. de præscr. 30. vel 40. annor. & in l. precia rerum, ff. ad leg. Falcid. Guido Papæ, Sing. 553. & decis. 22. in fi. Bal. in consi. 513. Iudex, lib. 5. Corn. in consi. 56. lib. 3. & alij, quos citat Gabr. commun. concl. ti. de empt. & uend. concl. 1. nu. 61.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. 1. C. de prædijs

A Decur. sine decreto non alienandis, lib. 10. in illis uerbis: *Denique nihil eris postmodum*, &c.

Secundum est huiusmodi. Res tanti ualet, quanti uendi potest, l. mortis causa, 18. §. vlt. ff. de donat. causa mort. Ergò cum res publicè præcedente subhastatione distrahitur, locus esse non potest rescissioni contractus, quia eo precio uendita est, quo vendi potuit.

Tertium argumentum. Non licet emptori rei ex publica subhastatione à contractu recedere, sub prætextu lęsionis, l. à Diuo Pio, §. si pignora, ff. de re iudic. Igitur, nec venditori, vt sit æqualis vtriusque conditio.

Sed contrarium docuerunt Paulus Castr. in d. l. 2. & ibid. Cagn. nu. 161. Pinel. in 2. par. nu. 25. Alex. in d. l. Precia rerum, & in cons. 117. col. vlt. lib. 7. Crauetta in consil. 29. nume. 4.

Et huic sententiæ libentius accedo, tum, quia humanitatis ratio uiget in omni uenditione, suadetque, vt uẽditori grauiter læso succurratur. Tum, quia l. 2. generali-
B ter loquitur & indistinctè, & ipsa uenditio facta præcedente subhastatione, rescissioni subiacet, dolo & fraude interueniente, l. si quos, C. de rescind. vend. quæ fraus uidetur esse, vbi tanta læsio intercessit.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respõdeo, ex lege in argumento allata nil aliud euinci, nisi uẽditorem allegare non posse, se metu coactum, aut insidijs adductum, vendidisse. Item, venditionem eo casu factam præsumi ritè, rectè & iusto precio. Sed non inde sequitur, quin contrarium probari possit, probataq; immodica lęsione, pręsumptio tollitur, veritas attenditur, ac præfertur. Consequenter venditori succurritur.

Ad secundum respondeo, rem tanti valere, quãti vendi potest, cessante omni dolo & fraude. Sed hic dolus re ipsa inest, propter immoderatam lęsionem. Quare illa bona præsumptio, etiã corruit, quæ pro subhastatione facit.

Ad tertium respondeo, tex. allegatum loqui de creditore, cui pignora debitoris adiudicantur, seu in solutũ dan-
C tur. Is hoc auxilio destituitur, quia de residuo, quod sibi deberur, pacto transegisse uidetur, vt inquit Iurisconsultus in d. §. si pignora.

Tertia controuersia est, vtrum in datione in solutum locum habeat l. 2. C. de rescin. vend. Et locum habere responderunt Io. Andr. ad Spec. ti. de Iudicijs, §. Sequitur, in addit. incipiente, Sequitur, in fi. Old. in cons. 37. Imo. in c. cum causa, de empt. & vend. col. vlt. Curt. iun. in cõsil. 53. Ias. in cons. 151. lib. 4. Mantua, in cons. 70.

Contrariam verò sententiam habuerunt Bal. in l. Ordo, C. de executione rei iudic. Soc. reg. 226. limit. 4. Rui. in cons. 49. nu. 11. lib. 4.

Sed communis & vera sententia est, distinguendum esse, inter dationem in solutum, extra iudicium factam à debitore creditori, & dationem in solutum iudicialem, cũ scilicet pignus creditori à Iudice adiudicatur. In priore locus est l. 2. in posteriori nequaquam. Ita Alex. ad l. si quis cum aliter, nu. 18. ff. de verb. obl. Fab. de Monte, de
D empt. & vend. q. 8. nu. 9. Anton. Burgos, in c. cum causa, nu. 45. de empt. & vend. Pinel. in d. l. 2. in 1. par. c. 4. n. 10. Quanquam ab his discedere videatur Cagn. ibid. n. 163. post Claudium Aquensem, quem citat.

Probatur hæc sententia, quod attinet ad dationem in solutum, extra iudicium factam, quia talis in solutum datio, similis esse dicitur uenditioni, l. si prædium, C. de euictionib. Si igitur in venditione locum habet, locum habebit etiam in hac datione in solutum.

Quantum verò attinet ad iudicialem, probatur hoc argumento, quia illa fit à Iudice, non à parte. Quare si ex ea læsio inferatur & damnum, remedium datur ordinarium appellationis, vt in l. ab executione, C. quorum appellationes non recipiantur.

Quod si creditor pignora accipere voluerit, & illis contentus esse, nec reclamare, de cætero veluti pacto transegisse videtur, l. à Diuo Pio, §. si pignora, ff. de re iudicata.

Neç obstat si dicas, nõ interuenisse hoc in casu Iudicis

H 2 sen-

sententiam, sed decretum quoddam ex officio Iudicis, quod excludere non uidetur constitutioné d.l.2.sicuti dicebant Aquens.& Cagn. quia illi argumentátur à decreto Iudicis interposito in actu voluntariæ iurisdictionis, ad decretū in contentiosa iurisdictione interpositum, à quo appellari posse constat, si modus excedatur in exequendo, vt in d.l.ab executione, quæ ratio non pertinet ad ea, quæ inter volentes à Iudice decernuntur.

Quarta est controuersia, vtrum eadem lex locum habeat, quoties contrahentium consensus est iteratus, atque, vt vocant, geminatus. Nam cessare hoc in casu eius legis constitutionem, responderunt Paul.Castr. in consil.386.col.2.lib.2.Panorm.in cós.70.in 2.dub.lib.1. Aegidius Bellamera,in cons.24.col.5.Dec.in consi.216.Rubeus Alc.133.& 139.& 167. Cassaneus in Consuet. Burgund.Rubr.7.§.12.nu.37.vers.Aduerte.Crauet.cós.151. nu.31.& 32.Couuar.ad c.quamuis,par.3.§.vlt.vers.octaua conclusio.Mantua,lib.1.locor.c.6.

Fundamentum autem est in pronunciatis quibusdam generalibus,quę circumferuntur,magnam esse vim & efficaciam geminati consensus,multaq; operari, vt proinde non sit mirum, si & istud operetur. Pronunciata deducuntur ex l.Ballista,ff.ad Trebell. ex Auth. Siue à me, C.ad Velleianum,& apud Fely.in c.si cautio,de fide instrumentorum,apud Euerardum in Centuria legali, Loco à vi geminationis,& alibi passim apud Doct.

Sed contraria sententia videtur mihi longè probabilior,quam secuti sunt Soc.sen.in consi.85.nu.5.lib.1.Decius in consi.60.circa fin.Rom.in consi.53.Corn.in consil.11.& 140.lib.3.Boer.q.100.col.6. Cassan in cons.21. nu.16.Fabian.de empt.& vend.q.8.vers.Tertiò quęro, Cagn.ad d.l.2.nu.71.& ibid. Pinel.in 2.par.c.1.nu.36.

Probatur hęc sententia. Primò, quia l.2. non distinguit,immò,absque dubio locum habet, etiam quãdo primò aliquis uendit, deinde ex interuallo tradit, quo casu videtur esse duplex consensus in venditore.

Secundò probatur. Quia semper eadé ratio humanitatis & ęquitatis uiget, suadetq; vt uenditori succurratur.

Tertiò. Quoniam nihil aliud efficere potest consensus sępè præstitus,nisi ut præsumatur maior deliberatio, maturiusq; consilium. Quæ quidem præsumptio cessat ob insignem læsionem, ex qua constat venditorem deceptú fuisse; Immò verò talis consensus multiplicatio obstare non potest,licet diximus, eá habere uim renunciationis dictæ l.2. Siquidé, vt superius probauimus,generalis renunciatio non facit,quò minùs cópetat actio ex d.l.2.

Quæ responsio valet ad omnes regulas,quæ adferuntur de ui & efficacia geminationis.

Sanè adferri solet pro contraria sententia Bar. doctrina,ad l.Iulianus,§.Si quis colludente, ff.de act.empt.Sed nihil obstat. Loquitur Bar. de contractu celebrato cum Procuratore colludente,& ait agi posse, vt dominus approbet, vel reprobet contractum, si approbetur, cessare docet in integrum restitutionem. Rectè. Sed non ad rem nostram,neque enim nos versamur in ea specie,qua uenditori grauiter decepto, illa detur optio, vt uel contractú approbet, vel propter læsionem rescindat,ita, vt si approbauerit, adhuc contendamus locum esse rescissioni. De hac specie nostra non est disputatio. Vnde Bartoli doctrina nihil obstat, quæ in dubium reuocari etiam potest, ex traditis per Pinel.ad l.1.in 3.par.nu.36.C.de bonis mat.

CAPVT XXII.

Quatuor aliæ Controuersiæ proponuntur in eadem materia.


NOn desunt & aliæ controuersiæ de eadé materia,quas ordine tractabimus. Et inprimis illa occurrit, an post tempus locationis expletum, si conductor se grauiter & vltra dimidiam læsum animaduertat, an ad instar eius beneficij, quod venditoribus est concessum, iuuari

A possit in eo, vt iustam tantum pensionem locatori præstare cogatur, vel solutam repetere, quatenus iustam quantitatem excedit.

Decius in consi.583.col.vlt.respondit, conductori nó esse succurrendum, quoniam constitutio d.l.2. ad eam speciem adaptari non potest,in qua contractus est iá per se rescissus & finitus.

Contrarium docuit Pinel.in d.l.2.in par.1.cap.3.post nu.18. Et huic sententiæ promptius accedo, existimoq; pro conductore sic læso, summam æquitatem pugnare, vt adiuuetur ex ijs legibus, quibus passim contrahentibus grauiter deceptis ac læsis succurritur, l.si superstite, C.de dolo,l.si quis cum aliter, ff.de verb.obl.

Huc accedat quod inter omnes conuenit,eam constitutionem d.l.2.ad contractum locationis extendi, vt per Alex.in consi.107.nu.20.lib.3. Cagn.in d.l.2.num.58.& videtur facere tex.in l.1.§.sed si emerit, in fi. ff.si quid in fraud.patr.ex quo idé colligit Robertus li.2.animad.c.14.

B Non obstat illa ratio,quod verba dictę legis in hac specie non conueniant,neque enim cótendimus eius solius legis opem implorandam, sed ex æquitatis ratione, qua illa lex nititur,& id genus aliæ,probamus subueniendū esse conductori, nec immoderatum lucrum locatoris tolerandum esse defendimus.

Sed maior est difficultas, vtrum in emphyteutico contractu,idē iuris statuendū sit, vt nempè Domino, vel emphyteutę vltra dimidiam læsis, ac deceptis succurratur.

Triplex ex Doctorum sentétia; Prima est,eam legem locum habere in cótractu emphyteutico. Authores sunt Spec.ti.de locato.§.nunc aliqua,q.90.Bart.ad d.l.2.nu.6. & ibi etiam Bal.Castr.nu.14.Salic.nu.8.idem Bar.in Authent.Qui rem,in fi.C.de sacrosanctis ecclesijs, & in cósil.387.lib.2. Panorm. in c.cum causa, nu.8. de empt.& vend.Roman.in l.si quis cum aliter,num.19. ff.de verb. oblig. Papiensis in forma libelli ad facti præstationem,in fi.Petr.Rebuff. de rescis. contract. artic.unico.Glos.15.

C nu.112.Fab.de Monte,de empt.& vend.q.8.num.14.Pinell.ad d.l.2.C.de rescind.vend. par.1. c.3. post nu.35.& ibid.Cremensis,nu.38.

Fundamentum huius sententię potissimū stat in eo,quod ex cói Doctorum sententia constitutio d.l.2.porrigatur etiam ad contractum locationis, cui affinis est emphyteuticus contractus, vt in §.Adeo,in Instit. de locato.

Secunda est sententia, non esse locú dictæ l.2. in contractu emphyteutico,ita Spec.sibi contrarius,ti.de feud. §.nunc uidendum. Bal.ad Rubr. C.de iure emphyteutico,col.vlt.Ias.ad l.1.nu.75.C.eo.tit.

Huius sententiæ fundamentum est,quia emphyteuta canonem præstare tenetur Domino, licet res emphyteutica ex parte perierit, vt in l.1.C.de iure emphyt. Quare Dñs conqueri non debet,ob eam causam, quod modica sit pensio quę præstatur pro re in emphyteusin data,cum emphyteuta dicto subiaceat periculo, & sic contractum sub pretextu læsionis rescindere non potest.

D Tertia est opinio distinguentium in hunc modū, vt in hoc contractu emphyteutico locus sit cóstitutioni d. l.2.considerata ęstimatione rei in emphyteusim datæ,nó absolutè,sed respectu iuris emphyteutici. Neque enim dominiū rei in emphyteutam transfertur, quare nec in læsione cognoscenda in æstimationem venire debet, sed duntaxat dominium quod vocant vtile, ita post I[illegible]olá, & Butrium tradit Cepolla, de simulatione contract. in primo Casu. Sequitur Ant.Gabr.commun.conclus.titu. de empt.& vend.concl.1.num.77.

Sed hæc sententia eadem esse mihi videtur cum priore. Inter omnes enim conuenit ita rationem esse ineundam,cum de læsione agitur in hoc contractu, vt non iusta rei æstimatio in quęstionem deducatur,sed duntaxat iuris emphyteutici ratio habenda sit. Quare hæc sententia non uidetur esse distinguenda à priore.

Est igitur tertia sententia verè distincta & differés ab alijs, Antonij Burgensis, in c.cum causa, nume.13.& 14. dę empt.& uend. Aut emphyteuta præstare tenetur do-

mino

mino rei pensionem magnam, fructibus percipiendis respondentem, & ferè æquiualentem, & tunc, quoniam ad instar conductoris esse uidetur, beneficium habet d. l. 2. sicuti cæteri conductores habent: Aut exigua quædã pensio præstatur, vt plerumque fit in recognitionem dominij, & tunc quia res in emphyteusin datur sterilis plerumque, vt melior reddatur, de læsione tractari non debet, nec potest, nec ex parte domini, nec ex parte emphyteutæ. Eandem sententiam secutus est Cagn. in d. l. 2. nu. 203. & seq. quibusdam alijs casibus adiectis.

Ego in eam sententiam sum procliuior, vt aliquo pacto subueniendum sit emphyteutę, uel domino, si grauiter, & immoderatè in emphyteusi danda, vel subeunda læsi fuerint ac decepti, ratione uidelicet habita æstimationis iuris emphyteutici.

Moueor ex legibus sæpè allegatis, quibus cauetur succurrendum esse contrahentibus grauiter læsis ac deceptis, l. si superstite, C. de dolo, l. maioribus, C. commun. vtriusque iudicij, l. si quis cum alter, ff. de verb. obl.

Non obstat argumentum contrariæ sententiæ, quoniam dum de læsione agimus, illud semper intelligimus, vt ratio habenda sit contractus emphyteutici, & omniũ circunstantiarum eius. Quamobrem in læsione statuenda, omnis periculi, quod imminet emphyteutę, ratio procul dubio habenda erit. Quæ responsio valet ad illud & argumentum, quo dicebatur, de læsione tractari nõ posse, quoties res sterilis ad meliorandum in emphyteusin conceditur, pro exigua quadam pensione præstanda quodammodo in recognitionem dominij. Nam si ratione habita sterilitatis, reliquarumque circunstantiarum memoratarum læsio grauissima apparebit, adhuc cõtendam immodicè læsis ac deceptis esse succurrendum.

Neque huic sententiæ obstat, si dicatur, argumentum sæpè sumi à feudo ad emphyteusin; ex communi verò Doctorum sententia constitutum esse, vt in contractu feudali nulla sit læsionis huiusmodi habenda ratio, teste Cagnolo, in d. l. 2. num. 207. & Pinello ibid. in 1. par. c. 4. num. 2. Quoniam feudum propriè non est contractus, sed beneficium, meritò hæc læsionis disputatio ab eo longè aliena esse debet, immò & in feudis contractus naturam induentibus, & propriam naturam non seruantibus, in quibus annuus canon præstari debet, fructib. conueniens, receptum esse uidetur, vt hic tractatus læsionis locum sibi uindicet, sicuti copiosè explicant Cagn. & Pinell. locis annotatis.

Tertia est controuersia, vtrum in permutatione beneficiorum Ecclesiasticorum locus sit constitutioni dictæ l. 2. Et locum non esse dixerunt Dec. in consi. 210. Prob. ad Io. Monachum in cap. vlt. de renunciationibus lib. 6. Anch. in c. cum causa, nume. 12. de empt. & vend. Imola ibid. num. 24. Bal. ad d. l. 2. & Cremensis ibid. Petrus Rebuff. de rescis. contract. Glos. 15. nume. 10. Couuar. lib. 1. variar. resolut. cap. 5. num. 3. & post nume. 8. vers. Vltima ratio.

Argumenta sunt ista. Primum in beneficijs ecclesiasticis, qui permutat, titulum habet à Pontifice, non autẽ ab eo, cum quo permutat, neque enim fieri potest, ecclesiasticorum beneficiorum permutatio, sine consensu Pontificis. Ergo in ea locum habere non potest constitutio d. l. 2. quæ loquitur de contrahẽte, qui ab altero contrahente læditur ac decipitur.

Secundò, constitutio d. l. 2. & similium de ijs rebus loquitur, quæ precio æstimantur, vt patet. Sed beneficia ecclesiastica quę diuinis vsibus inseruire debent, precio nũmario ęstimanda non esse uidentur, ergo cessat in illis constitutio d. l. 2.

Tertiò. Non potest is, qui lædit alterum, permutando beneficium ecclesiasticum, id supplere, quod deest iusto precio, quia incurreret crimen Simoniæ, vt notum est; Ergo ad hunc casum aptari non potest dicta constitutio.

Quartò, in huiusmodi rebus spiritualibus ratio duntaxat habenda esse uidetur, vtilitatis animarum, non autem commodi pecuniarij, vt meritò responderint Rotæ

A Romanæ Auditores, decis. 119. in antiquis, beneficiorũ permutationem non vitari, eam ob causam, quod unum sit maioris æstimationis altero. Consequenter omnis isthæc disputatio, quæ in æstimatione & commodo pecuniario uersatur, ab hac specie procul remouenda esse videtur.

Contrariam opinionem secuti sunt Cald. in cons. 4. ti. de rerum permut. Ant. Burgos, in c. cum causa, nu. 60. de empt. & vend. Pinellus, in d. l. 2. in 1. par. c. 3. nu. 16.

Istorum argumenta sunt ista. Primum ex c. cum uniuersorum, de rerum permut. in illis uerbis: *Cùm igitur deceptis, & non decipientibus iura subueniant*, &c. Et rursus ibi: *Mandamus, quatenus si constiterit prætaxatum G. taliter fuisse deceptum, amoto a præbenda sua consanguineo ipsius*, &c.

Secundum argumentum est ex c. Ad quæstiones, eo. tit. vbi S. Pontifex consentit, vt in permutatione rerum ecclesiasticarum aliquid pecuniæ ex una parte soluatur,
B quò magis contractus ad æqualitatem perducatur. Ex quo sumi potest argumentum, idem iuris esse concedendum, si ex permutatione grauis aliqua læsio emerserit.

Tertium argumentum est ex eo, quod in permutatione beneficiorum ecclesiasticorum, ius temporale separari potest à iure spirituali, quatenus scilicet bona ipsa, & eorum fructus æstimãtur. Quare cũ in alijs rebus temporalibus contractus, ex quibus insigniter quis lęditur, vel retractentur, vel ad æqualitatem reducantur, nihil proponi posse uidetur, cur & in hac specie idem omninò statuendum non sit.

Tertia est sententia Hieronymi Cagnoli in d. l. 2. post nu. 57. distinguẽtis in hunc modũ: Quandoque permutatio beneficiorũ fit, nulla mentione facta redituum ipsorũ beneficiorum, & tunc læsus contractũ rescindere nõ potest. Quandoque redituum fit mentio, sed falsa, & tũc aditus rescissioni patet. Quandoque prætextu læsionis cõtractus rescissio postulatur ab Ecclesia damnum passa, &
C rescissioni locus est. Quandoque læsio ex eo contingit, q. alter ex contrahentibus nullum ius habuit in beneficio permutato, & tunc permutatio retractatur, vt in c. cum vniuersorum, de rerum permutatione.

Ego hac in re tres pono assertiones, seu conclusiones. Prima est, si quæratur an in huiusmodi specie locus sit constitutioni d. l. 2. ita videlicet, vt propter læsionem vltra dimidiam contractus rescindi possit, aut iustum precium suppleri debeat. Respondendum est, locum non esse, quia precium iustum suppleri non potest absque uitio Simoniæ, quę committitur, quoties pecunia datur pro rebus ecclesiasticis & spiritualibus, c. cum essent, c. querelam, c. ex diligenti, de Simonia, c. constitutus, de Transactionib. cum alijs vulgaribus. Et probat optimè Couuar. lib. 1. variar. resol. c. 5. post nu. 8. vers. vltima ratio, ubi etiã optimè respondet ad tex. in c. ad quæstiones, de rer. permut. dicens, eam decisionem tractare de permutatione Ecclesiarum, quo ad earũ bona tẽporalia, non quo ad ti-
D tulum, iurave spiritualia, vt patet ibi: *Et in permutatione possessionum*, &c. Quo fit, vt si de permutatione ageretur possessionum ecclesiasticarum, simpliciter locus esse posset supplemento iusti precij, & consequenter rescissioni contractus, ex d. l. 2.

Secunda conclusio, si in permutatione dolus vel fraus intercedat, exempli gratia, si quantitas redituum expressa fuerit falsò & dolose, locus erit contractus rescissioni ac retractationi. Probatur hæc sententia agumento sumpto ex d. c. cum uniuersorum, de rerum permutatione.

Tertia conclusio. Si in eiusmodi permutatione ecclesiasticorum beneficiorum, dolus re ipsa fuerit adhibitus, quia scilicet alter contrahentium insigniter sit læsus ac deceptus, iudicis Ecclesiastici officio incumbet prospicere, vt damnum passo succurratur; cum inter omnes conueniat, eiusmodi contractus ecclesiasticarum rerum bona fide exuberare oportere, c. per tuas, de donationibus, & deceptis subueniendum esse doceat S. Pontifex in d. c. cum uniuersorum.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpõdeo, non eſſe bonam conſequentiam; Permutatio fieri non poteſt abſque S. Pontificis authoritate. Ergò permutanti decepto ſubueniendum non eſt, Hanc conſequentiam deſtruit tex. in c. cum uniuerſorum, de rerum permutatione.

Quod attinet ad ſecundum argumentum, fateor res ſpirituales precio nummario æſtimandas non eſſe, ſed hic agimus de rebus Eccleſiaſticis, quatenus temporales reditus ex eis percipiuntur, qui procul dubio pecunia æſtimantur, quod quidem ius temporale ſeparari facilè poteſt à iure ſpirituali, ſicut dicebant Anton. Burg. & Pinell. locis annotatis.

Ad tertium, concedo totum argumentum, quia nos quoque dicimus ad hanc ſpeciem non pertinere conſtitutionem d. l. 2. Sed contendimus alijs Iuris remedijs ſuccurrendum eſſe decepto.

Vltimum argumentum nihil obſtat, quia, ut iam dictum eſt in propoſita quæſtione, ſpectamus bona & iura temporalia non aũt ſpiritualem profectum animarum.

Quartò controuertitur. Vtrum conſtitutio d. l. 2. porrigenda ſit ad omnes contractus ſtricti iuris. Nam ad cõtractus bonæ fidei propter eandem æquitatis rationem porrigendam eſſe inter omnes conuenit, ſicuti declarat Pinel. ibi, in 1. par. c. 3. in prin. Vide l. Maioribus, C. cõm. vtriuſque iud. & Curac. lib. 13. Obſeru. 24.

Sunt igitur qui exiſtiment, eam legem porrigendam non eſſe ad cõtractus ſtricti iuris, ita Iaſ. poſt alios quos adducit ad l. ſi quis cum aliter, nu. 18. ff. de verb. obl. & ante eum Caſtr. in conſ. 386. col. 2. lib. 2.

Alij dixerunt locum eſſe in contractibus ſtricti Iuris, condictioni indebiti, ad repetendum id quod datũ eſt. Vel ſi læſus ac deceptus cõueniatur, locum eſſe exceptioni ex conſtitutione d. l. ſi quis cum aliter. Ita Alexan. ibi, necnon Bar. Bald. Caſtrenſ. & Salicet. in d. l. 2. C. de reſcind. vend. Ant. Burgos, in c. cum cauſa, nu. 15. de emptio. & vendit.

Alij deceptum agere poſſe dicunt ad precij iuſti ſupplementum, non autem ad contractus reſciſſionem. Ita Cagnol. in d. l. 2. nu. 67.

Alij competere læſo beneficium d. l. 2. reſponderunt, ita Pinell. in d. l. 2. in 1. par. c. 3. nu. 7. 8. & 9.

Ego & probabiliorem & communiorem eorum ſententiam eſſe iudico, qui in contractibus ſtricti iuris exceptionem ultra dimidiam deceptis, uel indebiti condictionem concedendam eſſe affirmarunt. Nam quod attinet ad exceptionem, illam eſſe damnum paſſo tribuendam, probat euidenter tex. in d. l. ſi quis cum aliter.

Quòd uerò danda ſit etiam indebiti condictio, probatur hoc argumento: Qui exceptione perpetua tutus, ſoluit per errorem, ſolutum condicere, ac repetere poteſt, l. Qui exceptionem, ff. de condic. indeb. Sed hic deceptus tutus erat exceptione, & per errorem ſoluit, ergo indebiti condictionem habet.

Illa minor propoſitio probatur: Nam quòd exceptione perpetua tutus eſſet, tàm grauiter læſus ac deceptus, probatur ex d. l. Si quis cum aliter. Quòd verò per errorem ſoluerit, iuris præſumptione, probatur. Etenim, error potius præſumendus eſt, quàm donatio, l. cum de indebito, ff. de probationibus preſertim, vbi tanta læſio intercedit, ſicut notatur in l. Quiſquis, C. de reſcind. vend.

Reſpondet Pinell. non benè ad hanc rem applicari l. Qui exceptionem, ff. de condic. indeb. quia illa lex loquitur, quones exceptio competit ab initio contractus. In ſpecie autem noſtra, hæc exceptio non cõpetit ab initio contractus, quia contractus nullum euidens uitiũ continet, & læſio probanda eſt per multa extrinſeca media.

Non obſtat hæc reſponſio, quoniam & in quæſtione propoſita exceptio competit ab initio cõtractus, propter læſionem & dolum re ipſa adhibitum, ut patet ex d. l. ſi quis cum aliter.

Nec obſtat quod contractus ſuam habeat formam, & nullum patens uitium, quia ſufficit in ipſo contractu læ-

A ſionem interceſſiſſe, eamq; poſtea probari. Neque enim probatio facit, vt læſio interceſſerit, ſed, vt detegatur, eã in ipſo contractu interceſſiſſe. Nec uerò neceſſe eſt, vt manifeſta ſit exceptio ex uitio manifeſto exorta, vt locus ſit conſtitutioni, d. l. qui exceptionem.

Porrò, non obſtat argumentum Pinelli, ad probandũ in propoſita quæſtione locum habere conſtitutionem d. l. 2. ſumitur enim ex l. in omnibus negocijs, ff. de act. & oblig. Nihil enim aliud vult illa lex, niſi in omnibus negotijs contrahendis, ſiue bonæ fidei ſint, ſiue non, errorẽ interuenientem efficere vt nihil ualeat quod actum eſt, cum ſcilicet alter ex contrahentibus unum ſentit, alter verò aliud diuerſum. At nos minimè verſamur in hac ſpecie. Agimus enim de contractibus mutuo conſenſu celebratis, in quibus nullus error circa rem, vel materiã intercedit, ſed dolus duntaxat reipſa, læſio, ac deceptio.

B

CAPVT XXIII.

Reſciſſa venditione ex remedio l. 2. C. de reſcind. vend. an reſoluatur hypotheca medio tempore contracta.



Celebris eſt controuerſia inter Bart. & Bald. vtrum hypotheca reſoluatur venditione reſoluta, ex conſtitutione l. 2. C. de reſcin. vendit. Barto. enim non ſolui exiſtimauit in l. ſi res, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca ſoluatur, & in l. 4. §. ſed Marcellus, ff. de in diẽ addictione, & in l. in diem, ff. de aqua pluuia arcen. Sed contrarium docuit Bald. in d. l. 2. nu. 17.

A Bartoli ſententia ſunt Io. And. in additione ad Specul. Rubr. de oblig. & ſol. col. 2. verſ. Propoſito congruit. Alber. in d. l. 2. col. 4. Anchar. in cap. Acceſſorium, col. 10. verſ. Prædictis applico quæſtionem, de reg. iur. lib. 6. Alexand. in conſi. 45. col. 2. verſ. Ad quod pluribus, lib. 5. Cu-
C manus, in d. l. in diem ff. de aqua pluuia arcen. Rom. ibid. Fulgoſ. in l. ſi res, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca ſoluatur. Boerius deciſ. 181. num. 10. Coraſius, ad l. 3. ff. de ſeruitutibus.

Argumenta uerò ſunt iſta. Quoties contractus reſoluitur non neceſſitate quadam, ſed uoluntate emptoris, hypotheca conſtituta nõ reſoluitur, l. ſi res, ff. quib. mod. pign. vel hypothec. ſoluatur, l. bouem, §. pignus, ff de ædilit. edicto. Sed hoc in caſu emptoris uoluntate reſoluitur. Ergò, &c. Probatur minor: quia emptor poteſt rem retinere, venditori ſoluendo id, quod iuſto precio deeſt.

Secundò. Ius hypothecæ, quod creditori competit in re vendita, fortius eſſe uidetur, ac potentius iure perſonali, quod uidelicet uenditor habet in perſonam emptoris, ut condictione ex d. l. 2. eum compellere poſſit ad rem reſtituendam. Nam plus cautionis eſt in re, quàm in perſona, l. plus cautionis, de reg. iur. Ergò non ſi reſcindatur contractus, & res uenditori reſtituatur, iccirco hy-
D potheca reſoluitur.

Huc accedat, quòd venditor poteſt rem diſtrahere, & contra tertium poſſeſſorem actio non competit ex d. l. 2. Ergo idem iuris eſſe uidetur, vbi emptor alteri rem obligauerit.

A ſententia uerò Baldi ſunt Salicet. in d. l. 2. q. 15. Caſtrenſ. ibid. nu. 11. Alex. ad Bart. in d. l. ſi res, Cremenſis, in d. l. 2. nu. 189. Cagn. ibid. nu. 120. & in l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. nu. 199. Alciatus in l. debitori. num. 2. C. de pact. Neguſantius de pignor. 1. membro, 5. par. nu. 43. Pariſien. in conſuet. Pariſ. §. 22. num. 45. Tiraquel. de retractu conuent. §. 3. Glo. 1. num. 12. & ad l. ſi unquam, in verbo, Reuertatur, num. 271. C. de reuocand. donat. Socin. iun. in conſi. 119. nu. 16. lib. 2. Pinell. in d. l. 2. parte 2. num. 13.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. lex vectigali, ff. de pignor. in illis uerbis: *Reſpondit, ſi (vt proponeretur) vectigali non ſoluto, iure ſuo dominus vſus eſſet, etiam pignoris ius euaniſſe.*

Re-

Respondet Bart. in ea specie volũtatem non intercessisse possessoris fundi, quia vectigal non soluit, scilicet ad id ordinata, vt fundus ad dominum rediret, propterea cõtractu resoluto, pignus etiam euanescit. At in casu nostro, venditio resoluitur ex voluntate emptoris ad ipsum ordinata, quia potest soluendo id, quod deest iusto precio, rem retinere.

Hæc responsio mihi non probatur; quia emptor non videtur sponte id facere, fundum enim venditori restituit, atque adeo contractum rescindi permittit inuitus, ne cogatur supplere iustum precium.

Secundum argumentum. Resoluto contractu ex pacto addictionis in diem, hypotheca resoluitur, l.4.§.sed Marcellus, ff.de in diem addictione, l.3.ff.quib.mod.pign.vel hypoth.soluatur. Ergo idem statuendum est venditione resoluta ex d.l.2. Sicut enim emptor potest impedire rescissionem, supplendo id, quod deest iusto precio, ita & emptor impedire potest, ne resoluatur contractus, si offerat venditori eam meliorem conditionem, quæ ab alio offertur, l.licet, & l.necesse, ff.de in diem addictio.

Tertium argumentum est Resoluto contractu ex necessitate iuris, hypotheca resoluitur, l.si res, ff quib.mod. pign.vel hypot.soluitur, l.4.§.sed Marcellus, ff. de in diẽ addict. Sed hic resoluitur ex iuris necessitate, quia emptor tenetur aut rem restituere venditori, aut iustum precium supplere, & cum alterutrum quis facere tenetur, dicitur coactus id facere, l. Illud, §.1. ff.de constituta pecunia, l.quæ sub conditione, §.sub conditione, ff.de conditionib.institutionum, ibi. *Ne alia eum vrgeat*, &c. Tiraq. de retractu consang.§.32.num.67. Ergo hypotheca resolui videtur.

Atque huic sententiæ ipse quoque assentior. Ad primum argumentum Bart.respondeo, negando contractũ resolui emptoris voluntate, resoluitur enim potius ex iuris necessitate, vt dictum est. Aut certe non resoluitur ex mera emptoris voluntate, sicuti requiritur, ad hoc, vt hypotheca euanescat, vt in d.l.si res, ff.quib.mod. pign. vel hypoth.solu.ibi. *Quanquam vbi res sit distracta est, nisi emptori displicuisset*, &c.

Ad secundum argumentum respondeo, dato quod regulariter ius in rem sit potentius, quàm in personam, nõ tamen eo casu potentius est, cum ipsum ius reale resolutioni obnoxium est, vt in præsenti specie; quia resoluto iure datoris, resoluitur ius acceptoris, vt in d.l.Les vectigali. Adde, quod in præsenti casu ius venditoris læsi videtur esse potẽtius, quàm ius creditoris, est enim antiquius iure creditoris, & legis auxilio munitum est.

Quòd verò postremò adijciebatur, si emptor rem distraheret, agi non posse contra tertium possessorem, ad hanc speciem nostram minimè pertinet, in qua non de alienatione agitur, sed de hypotheca.

CAPVT XXIV.

Vtrum venditione rescissa ex remedio d.l.2. res venditori restituenda sit simul cum fructibus ab emptore perceptis.


Ontrouersia est difficilis, vtrum venditione rescissa ex remedio l.2.C.de rescin.vend.res vẽditori restituenda sit, simul cum fructibus ab emptore percepus.

Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ. Altera affirmat, altera negat. Affirmant Roffredus de libellis, in 4. parte, in Rubr.de action. Quanti minoris, nu.20. Alber. ad d.l.2.nu.16. Salicetus ibid.nu.5. Bald.nu.3. Afflict.in c.1.num.150. de feudo dato in vicem legis commissoriæ, Emanuel Costa, ad l.Gallus, §. Et quid si tantum. nu.72. ff.de liberis & posthumis. Aug. Berous, c.cum dilecti, in fine, & in c.Ad nostram, nu.25. de empt. & vend. qui tamen declarat, ita esse intelligendum, vt fructus restituantur, ratione habita eius, quòd iusto precio deest. Quod si malit iustum precium emptor soluere, eum teneri dicit ad vsuras, respectu eius precij, quod suppletur.

A Hanc eandem sententiam amplexi sunt Io. Lupus, & Anton. Gomes. in locis à Pinello citatis, in d.l.2.in 1.par. cap.4.num.1. & 2. necnon Couuar. lib.2. variar. resolut. cap.3.num.9.

Argumenta sunt ista, Primum ex l.1.C.si maior factus alienationem ratam habuerit, in illis verbis: *In arbitrio eius ponere, an velit possessionem cum fructib.restituere*, &c.

Secundum argumentum est ex l. cum autem, §.cum redhiberetur, & ex l.Quod si nolit, in fine, ff.de ædilitio edicto, Vbi rescissa venditione per actionem redhibitoriam, fit restitutio rei vnà cum fructibus.

Tertium argumentum est ex l.Quod dictum, & ex l. Imperator, ff.de in diem addict. vbi similiter venditione rescissa, ex pacto addictionis in diem res restituntur vnà cum fructibus. Idem est vbi venditio resoluitur ex pacto legis commissoriæ, l.5.ff.de lege commissoria.

Quartum argumentum est ex l. Videamus, ff.de vsur. Quo in loco probatur, restitutionem rei, quæ ex iustitia

B fit, vnà cum fructibus esse faciendam.

Quintum argumentum est ex l.Filio, §.1.in fine, ff.de inoff. testam. vbi rescissa institutione hæredis per querelam inoff.testam. bona restituuntur vnà cum fructib.

Sextum & postremum est, ex l.Quòd si minor, 25.§. Restituuo, & ex l.Patri, 28.§.Item ex diuerso, ff.de minor. vbi patet, restitutione facta minoris aduersus contractum, fructus quoque restitui.

Cæterùm, negantem sententiam amplexi sunt Cremen.in d.l.2.Cagnol.ibid.nu.40. Pinell.in 2.par.c.4.n.1. & 2. Fabian. à Monte, de empt. & vend.q.8.nu.24. Ant. Gomes.variar.resol.tit.de Contract. c.2.nu.24. & cap.4. nu.21. Ant. Butrius & Imola, in c. Ad nostram, de empt. & vend. & ibid. Ant. Burgen.nu.36. Cepolla, de simulatione Contract. §.2. Ancharan.in c. Peccati venia, q.10. de reg.iur.in lib.6. Syluester Pierius, in verbo, Vsura, 2. q.15. Mantua, lib.1. Locor.cap.6.ad finem. Atque huic sententiæ & ipse adhæreo.

C Probatur primò ex eo, quòd in ipsa cõstitutione d.l.2. Mandat Imperator rescissa venditione rem restitui, de fructibus autem restituendis nullam facit mentionem.

Secundò, quia emptor habet bonam fidem, & iustum titulum, vt declarant Rotæ Romanæ Auditores, decis. 116.in nouis. Ergò fructus lucratur, l.Bonæ fidei, ff.de acquir. rerum domin.

Tertiò, quia emptor non est in mora restituendi rem venditam emptori, antequam is petat contractum rescindi, cur ergo teneatur ad fructuum restitutionem? Facit, quod habetur in l.2. C.de pact. inter empt. & vend. vbi emptor ad fructus non condemnatur, nisi ex eo tempore, quo in mora est, rem venditam restituendi.

Quartò, quia iniquum esse videtur, vt quis habeat precium & fructus rei venditæ, iuxtà notata in l.Curabit, C.de actio. empt. Quare cum venditor precium acceperit, non debet etiam fructus consequi, & sibi imputare debet, quòd non statim petierit contractum rescindi.

D Postremò probatur ex c.Ad nostram. de rebus Ecclesiæ non alienand. in illis verbis: *Cum tibi fructus percepti sufficere debent pro labore*, &c.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respõdeo, legem allegatam loqui de minore 25. annis, læso ex venditione sine decreto facta, & inconsultò ratificata, de qua specie nostra quæstio non est, sed de minore 25. annis læso.

Ad secundum respondeo, per actionem redhibitoriã omnia in pristinum statũ reuerti, & idcirco fructus quoque ab emptore restituendos. Meritò, nam ipse causa est, vt contractus resoluatur.

Ad tertium de pacto addictionis in diem, respondeo, locum esse restitutioni fructuum, cum venditio est conditionalis, sicuti loquuntur leges in argumento allegatæ, secus si pura sit venditio, sub conditione tamen resoluenda, vt in l.2.& 3.ff.de in diem addic.

Quod verò dicebatur idem esse in venditione resoluta ex pacto legis commissoriæ, ea ratione nititur, quia vẽ-

diuo

ditio resoluitur facto, & culpa emptoris, precium tempore constituto non soluentis, meritò is ad fructus restituēdos compellitur.

Ad quartum respondeo, argumentum procedere, quādo lex vtitur verbo restitutionis. Illud enim habet plenissimam significationem. Sed in proposita quęstione lex non vtitur restitutionis verbo.

Ad quintum respondeo, in querela inofficiosi testamēti fructuum restitutionem esse faciendam, quia hęreditas ex die mortis testatoris ad actorem peruenisse intelligitur, l. Eum qui, §. vlt. ff. de inoff. testam. Quæ ratio cessat in proposita quæstione.

Ad postremum respondeo, argumentum loqui de restitutione minorum, de qua nostra non est disputatio.

CAPVT XXV.

Vtrum uenditio rescindatur Medico ab infirmo facta, si læsio interuenerit, sed non ultrà dimidiam. Et nunquid in Foro Ecclesiastico venditori læso citrà dimidiam, actio detur.

Communis est & vera sententia, venditionē ab infirmo Medico factam rescindi posse, licet vltrà dimidiam læsio non interuenerit. Ita docet Panorm. in c. Quia plerique, n. 34. de immunit. Eccles. Ant. Burgos, in c. Cum causa, nu. 52. de empt. & vend. Rebuff. de rescis. contrac. art. vnico, Glos. 15. nu. 44. Pinell. alios citans, in l. 2. C. de rescind. vend. in 2. par. nu. 3.

Probatur hæc sententia primò ex l. Medicus, ff de varijs, & extraordinarijs cognitionibus, vbi dicitur: *Medicus, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per aduersa medicamina inferendo, compulit, vt ei possessiones suas contra bonā fidem ager venderet, incivile factum Præses prouinciæ coerceat, remque restitui iubeat.*

Secundò ex l. Archiatri, C. de Professoribus, & Medicis, lib. 10. in illis verbis: *Quos etiam patimur accipere, quæ sani offerunt, non quæ periclitantes pro salute promittunt.*

Tertiò, ex l. Quisquis, C. De postulando. Sicut enim ea lege prospectum est, ne durante lite inter Aduocatum & Clientē, huiusmodi promissiones, & conuentiones fiant, ita & inter Medicum & Aegrotum statuendum esse videtur, ne propter vitæ periculum, facilè ægrotus contrahat, & decipiatur.

Cæterùm, hanc rem aliter acceperunt Regij Neapolitani Consilij Adsessores, vt constat ex Afflicto decis. 123. & Cagnolo, in d. l. 2. nu. 191. Existimarunt enim eo casu contractum esse rescindendū, in quo omnia concurrunt, quæ commemorantur in specie d. l. Medicus, & tunc demum promissiones nō valere Medico factas ab infirmo, cum ex publico ærario stipendium habet.

Ego verò, si grauis sit infirmitas, & periculum mortis immineat, communem sententiā amplecti non vererer, tametsi circumstantiæ supradictæ non concurrerent, præsertim, si læsio esset magna, satis enim apparere videtur, ex magna læsione concurrente periculo mortis, iniustitia ipsius contractus, timoreque mortis, & impressione quadam potius, quàm libera voluntate infirmum contraxisse & promisisse, multumque præterea mouet ea constitutio, quæ de Aduocato, & Cliente loquitur.

Est etiam controuersia, Vtrum in foro Ecclesiastico aliquod sit proditum auxilium, quo læsus venditor citrà dimidiam, suæ prospicere valeat indemnitati. Petr. Anchar. in Reg. Peccatum, de reg. iur. lib. 6. censuit actionē dari, vbi ex necessitate quadam res vendita est. Idem docuit Ias. in §. Sed iste, nu. 107. in Inst. de action. Petr. Gerard. Sing. 21. Calcaneus, in cons. 27. nu. 28. & nouissimè Martinus Nauarrus in comment. ad c. Nouit, de Iudicijs, in 6. notab. Sed hanc sententiam impugnat Pinell. ad d. l. 2. in 2. parte, cap. 2. nu. 36. licet in foro conscientiæ illam recipiat.

Ego verò priori sententiæ facilè subscribo, quæ probatur hoc argumento. Iudex Ecclesiasticus, de quocunque peccato mortali, cuiuscumque etiam laici cognoscere potest, eo fine, vt cogat peccantem per censuras Ecclesiasticas ad pœnitentiam, c. Nouit, de Iudicijs. Sed emptor, vēditorem lædens grauiter, licet non vltrà dimidiam, mortaliter peccat, ex communi sententia Theologorum, sicuti deducit optimè Nauarrus loco annotato. Ergò compelli potest à Iudice Ecclesiastico ad pœnitentiam. Et cōsequenter, ad restitutionem rei, vel ad solutionem iusti precij.

Nec difficilè est ad argumentum Pinelli respondere. Is enim vtitur hoc argumento, quod nusquam iure Canonico sancitum sit, aut Ciuili, vt actio detur læso venditori, licet necessitate vrgente uendiderit, nisi vltrà dimidiam læsio interuenerit, vt patet ex l. Non idcirco, C. de rescind. vend. & ex c. Ad nostram, de reb. Ecclesiæ non alienan. Quem locum subtiliter inducit ad hanc sententiam confirmandam, in dictis commentarijs ad l. 2. par. 2. cap. 4. num. 27.

Respondeo, nullam actionem ordinariam esse constitutam. Cæterùm, per viam denunciationis Euangelicæ, vt dicitur, rectè probatur, succurrendum esse vendirori læso. Cui argumēto responsum nullum attulit Pinellus.

CAPVT XXVI.

Vtrum transactio rescindi possit ob læsionem vltrà dimidiam.

Non est omittenda celebris controuersia, quę & ab hoc tractatu non est aliena, virū transactio rescindi possit propter læsionem vltrà dimidiam. Et quidem rescindi non posse dixerunt Glos. Io. Andr. Anchar. & Barbatia, necnon Innocent. in c. Cum causa, de emptio. & vend. Glos. in l. Lucius, §. vlt. ff. ad Trebell. Specul. tit. de empt. & vendit. §. Nunc dicendum, vers. Quid de transactione, Cyn. Salicet. & Bald. ad l. 2. C. de rescind. vend. Iason, Alex. & Aret. ad l. Si quis cum aliter, ff. de verb. obligat. Guido Papæ, Singul. 376. Curt. sen. consi. 65. Panorm. in consi. 12. lib. 2. Barbatia in cons. 41. lib. 1. Corneus in cōs. 11. lib. 3. Alex. in cons. 42. lib. 3. & 118. lib. 7. Ruin. consil. 132. nu. 3. lib. 1. Decius in cons. 216. nu. 4. Gomes. ad Regulas Cancellariæ, de annali possessore, q. 2. Grammaticus decis. 66. nu. 47. Parisius in cons. 96. nu. 61. lib. 1. Berous in cons. 176. num. 25. lib. 1. Zasius in consil. 18. lib. 1. Socin. iun. in cons. 32. lib. 1. & in cons. 32. lib. 3. Alciat. in cons. 124. nu. 3. & 89. nu. 4. Crauetta cons. 151. nu. 26. Afflict. decis. 220. Alba, in cons. 11. Roland. in cons. 28. n. 25. lib. 4. Io. Mauritius de restit. in integr. c. 210. Cotta in Memor. in verbo, Venditor, Andreas Geyll, lib. 2. Obseru. 70. Menoch. in cons. 40 t. nu. 157. lib. 5. Plotus in cōs. 32. Tiraq. de retrac. §. 24. Glos. 9. nu. 107. Accedit vsus Galliæ, & edictū Caroli IX. latum anno 1561. teste Papon. 2. notar. 9. cap. de exceptio.

Argumenta sunt isthæc. Primum ex l. Lucius, §. vlt. ff. ad Trebell. ibi: *Postea repertis instrumentis apparuit, quadruplo amplius in hereditate fuisse. Quæsitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conueniri possit. Respondi secundum ea quæ proponerentur, si non transactum esset, posse.*

Secundum est ex l. Sub prætextu instrumenti, C. de Transactionib. vbi dicitur, Transactionem rescindi non posse sub prætextu instrumenti de nouo reperti. Et tamē euenire potest, vt ex instrumento noviter reperto appareat transigentis læsio vltrà dimidiam.

Tertium est ex l. A Diuo Pio, §. Si pignora, ff. de re iudicata, ibi: *Rescriptum est non posse amplius, quod sibi debetur petere, quia velut pacto transegisse de cætero videtur, quia contentus fuit pignora possidere.*

Quartum ex l. In summa, ff. de condict. indeb. in illis verbis: *Et quidem, quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur. Nam si lis fuerit, hoc ipsum quod à lite receditur causa videtur esse.*

Quintum argumentum. Transactio, & iuramentum æqui-

æquiparantur. Nam Iusiurandum est species Transactionis, l. 2. ff. de Iureiur. Sed causa per Iusiurandum finita, retractari non potest ob quamcunque læsionem, l. Non erit, §. Dato, l. Nam postea, §. 1. ff. eod. tit. Ergò idem est de causa Transactione finita statuendum.

Sextum est ex l. Quod si deferente, ff. de dolo, ibi: *Per Iusiurandum enim Transactum videtur.*

Septimum ex l. 1. C. de plus petitionibus, in illis verbis: *Transactionibus scilicet, & secundis confessionibus, etiam in hac specie suam obtinentibus firmitatem.*

Octauum argumentum. Quoties res est dubia, & incerta, læsio allegari non potest, l. De fideicommisso, C. de Transactionibus, l. Si ea lege, C. de vsuris. Sed euentus litis dubius esse dicitur, & incertus, l. Quod debetur, ff. de peculio. Ergò ex Transactione per quam à lite receditur, læsio allegari non potest.

Postremum argumentum. Transactio, & res iudicata æquiparantur, l. Non minorem, C. de Transact. Sed res iudicata non rescinditur ex quacunque læsione, si contrà ius litigatoris lata sit, nõ autem contrà ius constitutionis, l. 2. C. Quã prouocare non est necessè. Ergò nec Transac.

Sed contrariam sententiam habuerunt Bart. in l. 2. C. de rescind. vend. & in l. Lucius, §. vlt. ff. ad Trebell. Castr. Angel. & Imola ibidem, Decius in cons. 60. nu. 4. & 597. nu. 10. Socin. sen. in cons. 85. nu. 3. lib. 1. Cardinal. Butr. & Ant. Burg. in c. Cum causa, de empt. & vend. Fabian. à Monte, de empt. & vend. q. 8. nu. 13. Rubeus Alex. in cõsil. 71. nu. 8. Petr. Rebuff. de resciss. Contract. art. vnico, Glos. 15. nu. 18. Socin. iun. in cons. 129. num. 48. lib. 1. & cons. 98. nu. 17. lib. 2. Cagnol. in l. 1. nu. 29. C. de pact. Alios citant Gabrielius Commun. concl. tit. de emptio. & vend. conclus. 2. num. 68. & Pinell. in d. l. 2. C. de rescind. vend. in 1. par. cap. 4. nu. 14. Denique Rota Romana, vt patet ex nouissimis decisionib. in 1. par. decis. 102. nu. 2.

Argumenta duo sunt potissimum. Primum ex l. Si superstite, C. de dolo, in illis verbis: *Sanè, si immodicè læsa es, non de dolo propter paternam verecundiam, sed in factũ actio tibi tribuenda est.*

Secundum est ex l. In summa, ff. de condict. indeb. in illis verbis: *Sin autem euidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta est, & repetitio datur.*

Nondesunt, qui ea distinctione vtantur, vt si læsio lõgè vltrà dimidiam acciderit, quam enormissimam appellare consueuerunt, tunc posteriori sententiæ locus fit. Prior autem sententia obtineat, vbi læsio est simpliciter vltrà dimidiam, quæ enormis appellatur, quasi ex læsione enormissima dolus sit præsumendus, argumento sumpto ex l. Omnes, §. Lucius, ff. Quæ in fraudem creditorũ. Ita Corneus, in cõs. 27. lib. 4. Rota Romana apud Iacob. Puteum, decis. 230. lib. 1. alios citant Gabrielius, & Pinellus, locis superius annotatis.

Ego eorũ sententiæ adhæreo, qui docent, Transactionem rescindi posse ex immodica læsione, quam inter omnes conuenit esse eam, ex qua vltrà dimidiã quis læditur.

Mouet me textus in d. l. Si superstite; Nec probatur eorum interpretatio, qui dixerunt, in ea specie dolũ ex proposito interuenisse, quoniam textus loquitur de Transactione bona fide interposita. Nihil autem magis contrarium bonæ fidei est, quàm dolus, & totam vim Imperator ponit in læsione immodica.

Mouet secundò, quòd dolus ex proposito, & dolus re ipsa, æquiparari videntur, l. Si quis cum aliter, ff. de verb. oblig. ibi: *Idem est, etsi nullus dolus intercesserit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habeat.* Vide Dominum meum Cephalum, in cons. 405. nu. 27. lib. 3. Sed ex læsione vltrà dimidiam, dolus re ipsa apparet, ex communi omnium sententia, in d. l. Si quis cum aliter. Tradunt Iason in cõsil. 133. lib. 4. Parisius in cons. 12. nu. 82. in cons. 20. num. 105. & in cons. 89. nu. 68. lib. 1. Socin. iun. in cons. 77. nu. 132. lib. 1. & in cons. 47. nu. 40. lib. 3. Crauetta in consil. 142. nu. 21. & 192. nu. 8. Couuar. in c. Quamuis, 3. parte, §. 4. de pact. lib. 6. Hyppolit. Rimin. in cons. 3. nu. 18. lib. 1. Andr. Geyll, lib. 2. Obseru. 147. nu. 11. Pro qua sententia

A facit, quòd qui cum aliena iactura locupletatur, videtur esse in dolo, l. 1. §. An in pupillum, ff. Depositi, l. Si quis Mancipijs, §. vlt. ff. de instit. act.

Ergò idem statuendum est, ac si dolus ex proposito interueniret, quo casu proculdubio Transactio est rescindenda, l. Et eleganter, ff. de dolo, l. vlt. C. Mandati, l. Qui cum Tutoribus, §. Qui per fallaciam, ff. de Transact. cum alijs similibus.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respõdeo, in specie d. l. Lucius, §. vlt. læsionem non interuenisse, considerato tempore Transactionis. Quod sanè considerandum esse indicat text. in l. Si voluntate, C. de rescind. vend. illis verbis: *Si minus dimidia iusti precii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset*, idque plurib. confirmat Cagnol. ad d. l. 2. nu. 213. C. de rescind. vend. Tempore autem Transactionis considerato, nullam intercessisse læsionem, ex eo constat, quòd is, cui restituenda erat hæreditas, demonstrare non poterat, plura in hæredita-B te bona fuisse, quàm hæres diceret. Neque enim in promptu erant instrumenta, quibus id poterat elucere, sed postea reperta sunt, vt ibi dicitur. Quare actor in eo iudicio facilè succubuisset. Actore enim non probante, reus absoluitur, l. Qui accusare, C. de edendo.

Eadem responsio valet ad secundum argumentum, ex l. Sub prætextu instrumenti, C. de Transactionibus.

Ad tertium argumentum ex l. A Diuo Pio, §. Si pignora, Respondeo, creditorem in ea specie sibi damnum intulisse, quoniam contentus fuit pro credito pignora possidere; Item concurrisse iudicialem authoritatẽ, nec textum aliud dicere, nisi de cætero, quod sibi debetur, creditorem transegisse videri, ideoque amplius, quod sibi debetur, petere non posse.

An autem, si ex eo grauiter lædatur, pactum impugnare valeat, non decidit textus. Quanquam in ea re ita statuendum esse non dubitem, vt quoties iudicialis authoritas intercedit, & simul litigatoris consensus concurrit, C nullus amplius querelæ locus esse possit. Sibi enim imputare debet, qui sententiæ acquieuit, cùm prouocare, si grauatus erat, posset.

Ad quartum respondeo, quod habetur in l. In summa, ff. de condict. indeb. ad propositam quæstionem non pertinere. Sententia enim illius legis est, repeti non posse, quod solutum est ex causa Transactionis, licet nihil deberetur. Vtrum autem ipsa Transactio impugnari posset, ac rescindi, textus non declarat.

Ad quintum respondeo. Illud specialiter constitutum esse in Iureiurando, quia is, qui illud offert, consentire videtur, vt iurans testis ac Iudex sit in causa propria, l. vlt. C. de fideicommiss. Quare conqueri non debet, & damnum, quod sua culpa sentit, sibi imputare debet, reg. damnum, de reg. iur. lib. 6.

Ad sextum, ex l. 1. C. de plus petitionibus respondeo. Non dicit textus, Transactionem propter dolum non rescindi, sed quæ dolosè gesta sunt, & extorta, Transactio-D ne purgari.

Ad l. Si deferente, ff. de dolo, respondeo vt ad quintũ argumentum.

Ad octauum respondeo, conclusionem nostram intelligendam esse, quando dubio euentu litis perpenso, & omnibus alijs circumstantijs examinatis, de læsione vltrà dimidiam constat.

Ad postremum respondeo. Hæc esse dissimilia, quia sententia litigator læsus, ordinarium habet appellationis auxilium, quo si non vtatur, sibi imputet.

CAPVT XXVII.

De venditione facta ad corpus, & ad mensuram, Controuersia dua.


INter omnes constat, venditionem ad mensuræ modum iudicari, vt Doctores nostri loquuntur, si incipiat à mensura. Ad corpus autem videri, si à corpore incipiat, ex responso Oldradi 197. ex qua distinctione plura sequuntur, quę Docto-

res

res tractant, vt patet ex Couuar. practic. quęst.c.3. & ex Ario Pinello, ad l.2.C.de rescind. vendit. in 2.p.c.2.n.7.

Cæterùm, de duobus est controuersia. Alterum est in ea specie, in qua à corpore venditio incipit, sed statim mẽsuræ modus exprimitur, vt, Vendo tibi fundum Sempronianum, decem iugerum, his definitum ac distinctum limitibus, precio centum aureorum. Eiusmodi venditionẽ ad corpus censeri factam, & consequenter, si maior sit mensurę modus, id emptoris lucro cedere, respondit Carol. Ruin. in cons.83. lib.1. & cum eo Parisius in consil. 64. lib.1. necnon Socin. iun. in cons.42. lib.2. & hos secutus Couuar. pract. quæst.c.3.n.2. vers. Quarta species proponitur. Sed contrarium respondit Curt. iun. in cõs.131. & cum eo Dec. in cons.500. Quib. adstipulatur Cagnol. ad d.l.2.C.de rescind. vend. nu.182.

Alterum est, in ea specie, qua venditio ad corpus facta est, si minor mensuræ modus reperiatur, vtrum id emptoris damno, an autem venditoris cedat, vt propterea precium diminuendum sit. Nam precium diminuendũ esse, & sic emptorem tantò minùs soluere oportere, scriptũ reliquit Paul. Castr. in l. Si seruum, §. Si modus, ff.de act. empt. Socin. iun. in d.consil.42.num.21.lib.2. & post eos Couuar. loco paulò ante citato post nu.7. Sed contrarium respondit Corneus, in cons.59. lib.4. Boerius decis.50. nu.6. Pinell. ad d.l.2. in 3.par.c.2.nu.8.

Quod attinet ad primam controuersiam, prior sententia nititur his argumentis. Primum est ex eo, quod venditio hoc in casu à corpore incipiat, & licet mensuræ modus adijciatur ante confinia, nil tamen refert, quia secundum Iuris ordinem est perinde, ac si diceretur: Vendo tibi fundum Sempronianum, his designatum confinib. tot iugerum, quo casu secundum Oldradi distinctionem communiter receptam, in d.consil.197. venditio dicitur esse facta ad corpus.

Secundum argumentum est ex l.si venditor, ff.de act. empt. ibi. *Peculium eum habere decem*, &c. *& si plus habet, totum præstet*, &c.

Tertium. Qui fundum vendit, totum vendere intelligitur, argumento l. Si in rem, 6. & ibi Glos. in verbo Totam, ff.de rei vend. Ergò, si exprimat mensuram, & quantitatem iugerum, non iccirco taxare videtur, seu limitare venditionem.

Quartum est ex l. Qui fundum, ff.de euict. vbi Alphenus, *Qui fundum*, inquit, *tradiderat iugerum centum, fines multò ampliores emptori demonstrauerat. Si quid ex his finibus euinceretur, pro bonitate eius emptori præstãdum ait, quamuis id, quod relinqueretur, centum iugera haberet.*

Posterioris autem sententiæ argumenta sunt ista. Primum est ex eo, quod hæc verba, *Vendo fundum Sempronianum decem iugerum*, videntur (vt cum nostris Doctoribus loquar) accipienda esse restrictiuè, non autem demonstratiuè, argumento text. in c.cum capella, de priuileg. & eorum, quæ ibi notant Butr. & cæteri, & de genitiui natura Doctores, ad Rubr. de operis noui nunciatione. Consequenter, venditio in hac specie intelligitur esse facta ad mensuram, nempè, decem iugerum, non pluriũ.

Secundum argumentum est ex l. Locus, ff.de verb. signif. vbi dicitur, quamlibet partem fundi, dici posse fundum. Igitur ea pars quæ numerum iugerum, à contrahẽtibus expressum excedit, videtur esse fundus minimè comprehensus in venditione.

Tertium. Secundum regulas vulgares præsumendus est potius error, quàm donatio, l. Cum de indebito, ff.de probatio. Ergò, si maior sit numerus iugerum, quàm exprimatur, error potius est præsumendus, quàm donatio.

Quartum est ex traditis per Imolam, in c. Per tuas, de donation. vbi dicit in donatione, & alijs causis lucratiuis recipiendam esse Oldradi distinctionem. Cæterùm, in venditione rationem habendam esse mensuræ, & iuxtà eam precium esse moderandum.

Quintum argumentum. Hæc vẽditio videtur esse facta ad mensuram, quia statim exprimitur mensuræ modus, videlicet, quantitas iugerum, & quidem ante confi- A nium expressionem, secundum receptam Oldradi distinctionem.

Sextum argumentum. Nisi hæc venditio facta esse ad mensuram censeatur, frustrà videbitur expressus mensuræ modus. Non sunt aũt ita verba contractus accipiẽda, vt frustrà adiecta esse videantur, iuxtà celebre, & vulgatum dictum Bald. ad Rubr.C.de contrahen. empt. q.9.

Postremum argumentum. In obscuro venditio censeri potius debet facta esse ad mensuram, quàm ad corpus; quoniam id contrahentibus minùs pręiudicat, argumento l. Semper in dubijs, de reg. iur.

Nec obstat si dicatur, precium constitutum esse, non in singula iugera, sed vnicum pro toto fundo, quia id nõ facit, quò minus venditio sit ad mensuram facta, argum. l. Quod sępè, §. pen. vers. Sed etsi ex Doleario, ff.de contrahen. empt. ibi: *Nec interest, vtrum precium, omnium centum metretarum, simul dictum sit, an in singulas eas.*

Mihi videtur istis non obstantibus prior sententia pro- B babilior, idque potissimum ex l.si duorũ, ff.de act. empt. Agit ibi Iurisconsultus de venditione, ad eum fermè modũ constituta, qui nunc proponitur, & subijcit hæc verba: *Nec enim id, quod amplius in modo agri inuenitur, quã alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed emptoris pertinet.*

Quòd venditio in ea specie similis fuerit huic nostræ, ex eo patet, quòd fundi venditi fuerunt vno precio, & simul numerus iugerum fuit designatus. Verba hęc sunt: *Si duorum fundorum venditor separatim de modo cuiusq; pronunciauerit, & ita vtrumq; vno precio tradiderit*, &c.

Ad primum argumentum contrariæ iniæ respondeo, Genitiuũ hoc in casu non restringere, quia voluntas venditoris ea fuisse videtur, vt totus fundus censeatur venditus, qui intrà confines expressos est. Vnde illa verba stant demonstratiuè, sicut & in specie d.l.si duorum.

Ad secundum argumentum respondeo, negando consequentiam, quia quantitas iugerum excedens numerũ C expressum, censetur comprehensa in venditione totius fundi, & considerari debet vt pars fundi, non autem vt separatus fundus, cum sit intrà confines expressos.

Ad tertium, concedo totum argumentum, sed dico, expressionem erroris emptori prodesse hoc in casu, quia totum corpus emit, & sibi venditor imputare debet, ꝙ non distinctè in singula iugera precium constituerit.

Ad quartum respondeo, rationem habendam esse mẽsuræ, quoties venditio ad mensuram fit, secus si ad corpus fiat, vt in casu nostro, neque id negare Imolã, nec negauit loco allegato.

Ad quintum respondeo, non esse hanc venditionem ad mensuram, quia incipit à corpore, & licet iugera exprimantur ante confinia, nil refert, quia vnicum pręcium pro toto fundo est constitutum.

Ad sextum respondeo, non frustrà exprimi mensuræ modum à venditore, quoniam ea expressio facit, vt contrahentes de precio faciliùs conueniant.

D Ad vltimum respondeo, rem non esse obscuram, sed satis apparere mentem contrahentium, & mentem etiã Iuris Authorum de hac ipsa specie, vt ex d.l.si duorum, ff.de act. empt.

Quod attinet ad alteram controuersiam, fundamentũ eorum, qui dicunt, totam hanc rem cedere damno, vel commodo venditoris, illud est, quia inter contrahentes seruanda est ęqualitas, l.6. ff.de periculo, & commodo rei vend. Quare cùm ita constitutum sit, vt si maior sit mensuræ modus, id ad emptoris compendium pertineat, sicuti dicit text. in d.l.si duorum, sequitur dicendum, si minor modus reperiatur, id pertinere debere ad dispendiũ eiusdem emptoris, quia scilicet totum nihilominus precium constitutũ, & promissum vẽditori pręstare teneatur.

Sed posterior sententia mihi videtur euinci ex duab. legibus, nempè, ex d.l.si duorum, in illis verbis: *Nec enim id, quod amplius in modo agri inuenitur, quam alioqui dictum est, ad compendium venditoris, sed emptoris pertinet, & tunc tenetur venditor, cum minor modus inuenitur.* Hęc

postre-

postrema verba decidunt hanc quæstionẽ, Et ex l.si venditor hominis, ff.de act.empt. vbi venditor hominis dixit, eum habere peculium decem, & se nihil ablaturum, (hæc verba videntur importare quodammodo venditionem ad corpus,) *& si plus habet*, inquit textus, *totum præstet, sin minus, præstet esse decem.*

Huius aũt rei ratio reddi potest, quia is, qui vendit, verisimiliter magis nouit agri sui modum, q̃ is, qui emit, vnde si minorem modum exprimat, cùm maior esset, id sibi imputare debet, qui scire debuerat maiorem esse. Si verò maiorem exprimat modum, q̃ re vera sit, non est quòd emptori culpa adscribatur, qui putauit tot iugera esse, ideoque eam precij quantitatem promisit, non daturus fortasse, si non esse tot iugera existimasset.

Ad argumentum contrariæ opinionis responsio patet ex prędictis, etsi enim ęqualitas seruãda sit inter contrahentes regulariter, hic tamen dispar ratio, quæ est inter empt. & vend. contrarium suadet. Emptor enim ad emẽdum est inductus eo precio, quia putauit fundũ esse tot iugerũ, vnde si non sit tot iugerũ, preciũ est diminuendũ. Quòd si plura iugera cõtineat, de se conqueri venditorẽ oportet, cur ita, eoq; precio vniuersum fundũ distraxerit.

C A P V T XXVIII.

De venditione facta datis arris, quid Iuris, si alter ex contrahentibus promissa non exequatur.



Venditione perfecta, & arris datis, emptor, seu venditor recusat implere promissa, quæstio est quid Iuris? Sunt qui dicant, eum amissione arrarum multandum, vel si eas acceperit, dupli restitutione, & simul ẽt condemnandum in id, quod interest alterius. Ita Cyn. & Albericus, ad l.Contractus, §. Illud, C.de fide instrum. quorum fundamentum est, quia leges dicunt, si res vendita non tradatur, id, quod interest, præstandum esse, l.1.ff.de act. empt. l.si traditio, C.eod.tit.

Quòd verò de arrarum amissione, vel restitutione dictum est, iure constitutum reperitur, vt patet ex d.l.Contractus, §.Illud, & ex §.1.in Instit.de empt. & vend.

Alij verò docent in id, quod interest, actionem competere hoc in casu, sed in ratione eius, quod interest, cõpensandum quod arrarũ nomine datur, ita Bart. & Castr. in d.l.Contractus, §.Illud, Ang.Aret. in §.1.in Inst.de empt. & vend. Idem Bar. ad l.1.§.Vnde quæritur, ff.de Publicanis. Fab. à Monte, de empt. & vend. in 5.q.princ.nu.70.

Fundamentum est in l.Prædia, ff.de act.empt. & in l.si quis à socio, ff.pro socio, quibus in locis probatur, si contrahentes stipulati sint pęnam, peti tamen posse id, quod interest, nisi tantũdem in pęna sit, quantum interfuit stipulatoris. Igitur & in hac specie videtur esse idem statuẽdum ac respondendum, quasi arrę prę̨statio sit loco pęnę.

Sed mihi magis probatur eorum snia, qui docent hoc in casu ad id, quod interest, actionem non esse dandam, sed arras datas amitti, aut duplum reddi oportere, ita Salicet. in d.l.Contractus, §.Illud, Ant. Gomes. Variar. resol. Iuris, tit. de empt. & vend. num.18. Vdalricus Zasius lib.2. singul respons.cap.24.

Probatur hæc snia ex §.1. in Instit. de empt. & vend. *Ita tamen*, inquit, *impune eis recedere concedimus, nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum. Hoc enim subsecuto, siue in scriptis, siue sine scriptis venditio celebrata est, is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit. si verò venditor, duplum restituere compellitur.* Idem habetur in d.l.Contractus, § Illud.

Et cum ijs legibus specialiter in proposito casu decisum sit, & satis clarè, quid statuendũ, non puto interpretatione, ac disputatione hanc rẽ in dubiũ reuocari posse.

Nec me ab hac sententia abducit, quod alibi legib. ita constitutum sit, vt id, quod interest, præstetur. Neque enim loquuntur leges de eo casu, quo arrarum nomine aliquid datum est.

Quòd verò dicitur, de stipulatione pœnali, diuersam rationem habet; Pœnæ enim stipulatio interponitur loco eius, quod interest, vt scilicet cum difficilè sit probare id, quod interest, saltem pęnam stipulator consequatur.

Quòd si id, quod interest, pluris sit quàm pœna, nihil prohibet peti posse id, quod pluris interest, eo scilicet cõpensato, quod pœna continet.

Cæterum, vbi aliquid arræ nomine datur, ex eo manifestè apparet, contrahentium eam fuisse mentem ac voluntatem, vt id tantum amitteretur, vel duplatum restitueretur. Et cùm hæc sententia moribus iam recepta sit, non puto ab ea esse temerè recedendum.

C A P V T XXIX.

Si per procuratorem res vendita fuerit, an rescindi Contractus possit ob læsionem citrà dimidiam, & quid si læsio citrà dimidiam contingat in æstimatione rei in dotem data.



Vod attinet ad primum, non est eadem omnium sententia. Nam contractũ esse rescindendum Bartolus censuit, non tamen id planè affirmans, in l.Societatem, §. Arbitrorũ, nu.25.ff.pro socio. Paulus Castr. in l.2.nu.5. C.de rescin.vend. Ant.Butr. in c.Quintauallis, de iureiu.

Et fundamentum est; quia arbitri læsio dicitur esse enormis, quoties in sexta parte est, vt probatur ex d.§.arbitriorum, iuncto principio legis, & l.vnde & Nerua, ff.eo. tit. Ergò & in procuratore idem respondendum videtur.

Alij dixerunt, id ita constituendum esse in procuratore constituto ab homine, secus autem in legitimo procuratore & administratore. Ita Aret. in cons.126. & Ant. Gabr. Comm.concl.tit.de empt. & vend.concl.1.nu.28.

Cæterùm, hanc sententiam & priorem etiam falsam esse ostendit, l.si voluntate, C.de rescind.vend. ex qua adducor, vt eorum sententiæ magis adhæream, qui negant contractum rescindi posse, nisi læsio vltrà dimidiam probetur; quæ sententia est etiam frequentioribus suffragijs munita. Ita enim censuerunt Alex. in l.si quis cum aliter, nu.18.ff.de verbor. oblig. Panorm. in c.Cum causa, de empt. & vend. Et ibi etiam Anton. Burg. Aret. in d.consil.126. Cagnolus ad l.2.nu.166. C.de rescin.vend. & ibi Pinellus alios citans, in 2.par.c.1.nu.15.

Et manifestè probatur ex d.l. si voluntate. Nam in ea specie filius nomine matris fundum vendidit, vt habetur in principio legis, & textus in fine dicit, vẽditionem factam nõ rescindi, nisi minus dimidia iusti precij, quod fuerat tempore venditionis, datum esset.

Nec valet argumentum ab arbitro sumptum, quia procuratori modus agendi, & contrahendi præscribi potest, arbitro uerò nequaquam. Et qui ignarũ, ac imprudentẽ eligit procuratorem, sibi imputare debet, l.cum mandato, §.vlt.ff.de minor. Non idem est in arbitro; quẽ ut bonum uirum quis elegit, unde si grauem inferãt læsiohẽ, meritò ad boni viri arbitrium recurritur.

Quòd uerò ad alteram quæstionem attinet, sunt qui putent, succurrendũ esse coniugi damnum passo circa rei dotalis æstimationem, licet intra dimidiam sit damnum. Ita Imola, in c.cum dilecti, nu.16.de empt. & uend. Ant. Burg. in c.cum causa, n.48.eod.tit. Bald. Nouellus de priuileg.dotis, par.7. priuil.35. Afflict.decis.270.nu.3. Cremen. ad d.l.2.nu.168. & multi alij, quos refert & sequitur Pinellus ibi, par.1.c.1.nu.9. & nu.18. & Ant. Gabr. Commu.concl.tit.de empt. & vend.concl.1.nu.35.

Argumenta sunt ista. Primum ex l.Iure succursum, ff. de iure dot. *Si in dote danda*, inquit, *circumuentus sit alteruter, & maiori annis vigintiquinque, succurrendũ est, quia bono, & æquo non conueniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius; aut damnum sentire per alterius lucrum.*

Secundum est ex l.si res æstimata, §.1.ff.eodem: *Si mulier*, inquit, *se dicat circumuentam minoris res æstimasse, vt puta seruum, si quidem in hoc circumuenta est, quòd ser-*

uum

unum dedit, non tantum in hoc, quòd minoris æstimauit, in eo actur am, vt seruus sibi restituatur. Enimuerò, si in æstimationis modo circumuenta est, erit arbitrium mariti, vtrū iustam æstimationem, an potius seruum præstet.

Tertium est ex l. Si circumscripta, C. soluto matrimonio; *Si circumscripta*, inquit, *matre vestra viliore precio dotales res æstimata sunt; quid super huiusmodi contractū vitio statutum sit, vulgò patet.* Et paucis interiectis verbis: *Sin autem*, inquit, *etiam maritus in æstimatione grauatum se alleget, veritate examinata, non amplius, quàm pretium iustum restituere compellitur.*

Cæterùm, læsionem vltrà dimidiam requirunt in hac specie Fulgos. in d. l. 2. nu. 2. & 4. Salicet. in d. l. si res æstimata, §. 1. Rebuff. de rescisf. contract. art. vnico, Glos. 15. nu. 13. Cagnol. in d. l. 2, nu. 63. duobus argumentis.

Primum ex l. si voluntate, C. de rescind. vend. & alijs legibus similibus, quibus vltrà dimidiam læsio requiritur, vt contractus rescindatur.

Secundum argumentum est ex eo, quòd contrahentibus licet se inuicem decipere in precio, l. in causæ, 17. §. Idem Pomponius, ff. de Minoribus, l. item si precio, §. vlt. ff. locati.

Ad leges allegatas in contrarium respondent, eas esse intelligēdas, vbi læsio est vltrà dimidiam, vel cum dolus interuenit, vt innuit illud verbum, *circumuentus, & circumscriptus.* Argumento l. 1. ff. de Dolo, in vers. *Circumscribendum.*

Sed mihi prior sententia longè probabilior videtur: Tùm quia memoratæ leges quibus nititur, nullam læsionis vltrà dimidiam mentionem faciunt: Tùm quia ratio legum, quòd scilicet iustum non sit, siue bono & æquo non conueniat, vt alter lucretur cum alterius dāno, locū habeat, etiam in læsione citra dimidiam. Tùm ex eo denique, ꝙ d. l. si circumscripta, loquitur simpliciter, vbi maritus in æstimatione se grauatum allegat.

Nec obstat verbum illud, *Circumscripta*, quia læsionē significat etiam absque dolo, l. in causæ, §. penult. ff. de minorib. l. item si precio, §. vlt. ff. locati, & consequenter etiā illam, quæ dimidiam non excedit.

Non obstant argumenta contrariæ opinionis, quia quod in alijs constitutum ac permissum est, nō est ad cōiuges trahendum, inter quos maximè locus esse debet syncetæ ac bonæ fidei, omni auaritia ac deceptione, seu læsione penitus remotis.

CAPVT XXX.

An venditor præcisè teneatur rem tradere, cum tradendi facultatem habet.



Communis est sententia, venditorem præcisè compelli ad tradendum rem venditam emptori, cum tradendi facultatem habet, ita Glo. Bar. & Castr. ad l. 1. ff. de act. empt. Alc. Dec. & Ias. ad l. certi condictio, ff. si cert. pet. Fab. à Monte, de empt. & vend. in 6. q. prin. nu. 38. Necnō alij, quos refert & sequitur Pinel. ad l. 1. C. de bo. mat. p. 3. nu. 16. Quibus addi potest Couuar. lib. 2. var. resol. c. 19.

Argumēta hęc sunt. Primum ex l. ex empto, ff. de act. empt. ibi: *Venditorem oportet rem præstare, id est, tradere.*

Secundum ex §. perficiuntur, in Institut. de donat. ibi: *Et ad exemplum venditionis, nostra constitutio, eas etiam habere in se necessitatem traditionis voluit.*

Tertium ex §. precium, in Instit. de empt. & vend. ibi: *Omninò tradatur*, &c.

Quartum ex l. fistulas, §. fundum, ff. de contrah. empt. & ex l. magis puto, §. si patet, ff. de reb. eor. &c. Quibus in locis habetur, rem venditam tradi oportere, & icciro à minore, & à tutore, nullis etiam adhibitis solennibus, traditionem fieri posse.

Quintum ex l. qui restituere, ff. de rei vendic. vbi qui restituere condemnatus est, præcisè compellitur.

Sextum. Aliud pro alio inuito creditore solui non potest, l. 2. ff. si cert. petat. Sed res vendita debetur emptori. Ergo illa tradi debet, non autem aliud ipsius loco, inuito emptore.

Septimum. Venditor non solùm tenetur rem tradere, sed etiam dare, id est, dominium transferre, si sit dominus, l. ex empto, ff. de act. empt. l. cum manu sata, §. vlt. ff. de contrah. empt. Ergo, præcisè compelli potest, sicut is, qui dare tenetur, l. vbi autem, §. vlt. ff. de verb. obl.

Sed contrariam sententiam semper probabiliorem esse iudicaui, nempe venditorem præcisè cōpelli non posse ad tradendum, sed hanc necessitatem ei incumbere, vt vel rem tradat uenditam, vel id, quod emptoris interest, persoluat, quam sententiam amplexus est olim Ioannes, & secuti sunt Soc. in l. certi condictio, ff. si certum pet. & Alciat. ad l. vnicam, C. de sententijs, quæ pro eo quod interest, proferuntur.

Probatur. Primò ex l. 1. ff. de act. empt. *Si res vendita non tradatur, ad id, quod interest, agitur.*

B Secundò ex l. si traditio, C. eo. ti. vbi idem habetur.

Tertiò ex l. ex empto, §. & ex empto, ff. eod. titu. *Et ex empto* (inquit) *actionem esse, vt habere licere emptori caueatur. Sed & vt tradatur ei possessio. Idem ait nō tradentem, quanti intersit, condemnari.*

Respondent contrariæ sententię Authores, eas leges intelligendas esse, quando venditor facultatem tradendi non habet. Sed hęc interpretatio meram continet diuinationem.

Quartò probatur ex l. si iactum retis, ff. de act. empt. *Si iactum retis emero* (ait tex.) *& captos pisces piscator nolit tradere, ad æstimationem rei agendum.*

Nec bona est responsio, in ea specie agi de obligatione facti, & pisces in consequentiam venire, quia principaliter pisces considerati fuerunt, vt nempè, quicunque caperentur, emptori tradi deberent, quāquam si nihil caperetur, venditioni factæ locus esset.

Quintò probatur ex l. contractus, C. de fide instrum.

C illis verbis: *Adeò, vt nec illud in eiusmodi venditionibus liceat dicere, quod precio statuto, necessitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere* (nempè, rem tradere, & alia facere, secundum naturam venditionis) *vel id, quod emptoris interest, persoluere.*

Postremò probatur, quia in obligationibus facti sufficit præstare id, quod interest, l. stipulationes non diuidūtur, vers. Celsus, ff. de uerb. obl. l. si quis ab alio, §. vlt. ff. de re iudic. Sed uenditor tenetur ad factum, nempè, ad rem tradendam, l. si stipulatus, ff. de vsuris, l. si rem tradi, ff. de verb. obl. Ergò pręcisè compelli non potest ad tradendū, sed soluendo quod interest emptoris, liberatur.

Ad primum argumentum contrariæ sententię respondeo. Concedo, venditorem teneri ad tradendum, vt in lege allegata, sed dico, eum præcisè compelli non posse, sed soluendo id, quod interest, liberari, sicut in alijs legibus dicitur.

Et hęc responsio valet ad secundum & tertium argu-

D mentum, quia eodem modo accipienda sunt illa loca, nēpè, venditorem necessitatem habere, aut rem tradendi, aut soluendi id, quod interest emptoris.

Sic & ad quartum respondeo: Nam concedo venditorem obligatum esse ad tradendum, traditionemq; fieri posse absque solennibus: sed nego eum præcisè compelli posse, vt dictum est.

Ad quintum respondeo, illam legem loqui de eo, qui condemnatus est ad restituendum, quæ dissimilis est species ab hac nostra.

Ad sextum respondeo, venditorem aliud pro alio non præstare, cum sufficiat, si uel rem tradat, vel id, quod interest, persoluat.

Ad vltimū respondeo, negando venditorem teneri ad dandum, hoc est, ad dominiū transferendum, id, inquā, nego authoritate l. si ita distrahatur, ff. de contrah. empt. *qui vendidit*, inquit, *necesse non habet fundum emptoris facere.* Non obstant leges allegatę, quia non dicunt vēditorem teneri ad dominium transferendum, sed hoc vult

Iu-

Iurisconsultus in d.l. Ex empto, vt si vēditor sit dominus rei venditæ, eam tradendo dominium in emptorē transferat, & in d.l.cum manu sata, §.vlt. hoc tantum dicitur. Pactum nullius esse momenti, quò inter emptorem, & venditorem est conuentum, vt dominium rei venditę in eū non transferatur. Rectè, quia natura venditionis est, vt rei dominium in emptorem transferatur, si venditor rem tradens dominus existat, d.l. Ex empto; Addo Duarenum, pro hac sententia nostra, ad rit. de in litem iurando, vbi elegānter loquitur. Adde in contrarium Cuiac. ad lib. 1. Feudor. ti. 1. motum ex eo quod scribit Paulus, lib. 1. Sentent. & ex alijs, quibus suprà responsum est. Et locus Pauli est Palea, id est, non est insertus in corpore Iuris, ideò non potest allegari ad decisionem causarum. Mecum etiam sentit Vand. qq. cap. 9.

CAPUT XXXI.

Venditor vtrum actione ex empto conueniri possit, vt realiter venditam rem emptori tradat, quando emptoris nomine se illam constituit possidere. Et quid si precario nomine.

Non desunt, qui negant venditorem conueniri posse & cogi, vt rem tradat emptori, quādo is se cōstituit emptoris nomine rem venditam possidere; ita enim censuerunt Glos. Bart. Angelus, Salic. Fulgos. Iacopinus, & Iason, in l. Ab emptione, ff. de pactis, Alex. in l. Pomponius, §. si is qui precario, col. 3. vers. Quid econtrà quando venditor, ff. de acq. possess. Angelus Aret. in § 1. Instit. de empt. & vend. ad finem, Ludouicus Bologninus in cons. 72. col. 2. Mathesilanus Singul. 67. Nota quod venditor, & Singul. 170.

Fundamentum autem est; quia per Constitutum naturalis & ciuilis possessio transfertur in eum, cuius nomine possidetur, l. Quod meo, ff. de acq. possess. Igitur venditor rem tradidisse videtur.

Qua ratione idem responderunt, ut uenditor constituit, se precario emptoris nomine possidere, Alex. in cōs. 27. col. 2. lib. 1. Corneus in cons. 53. lib. 2. & 40. lib. 4. Vitalis Cambanus, de Clausulis, in Clausula, Constituit se precario nomine possidere. Afflictus in cap. 1. Quid sit inuestitura.

Sed neutra sententia mihi probatur: Nam cum uenditor rem tradere teneatur, sine dubio sequitur eum teneri ad uacuam possessionem tradendam, quatenus est facti. Arg. l. 3. §. 1. de act. emp. quæ sanè uacua possessio ex eo, quòd se nomine emptoris possidere constituat, non transfertur. Item, uenditor ex empto tenetur, ut emptori rem habere liceat, l. Ex empto, §. & ex empto, ff. eod. ut. licet aūt emptori rem habere, cū insistit possessioni, & re fruitur, l. Habere licere, ff. de euiction. Quamobrem, uenditorē hoc in casu minimè liberatum esse à necessitate tradendi rem effectualiter ac realiter, sic enim nostri loquuntur, immò conueniri ex empto posse, censuerunt Bald. & Castr. in d.l. Ab emptione, ff. de pactis, Alex. in cons. 28. lib. 2. Decius in cons. 281. col. 2. Ruin. cōs. 94. lib. 1. Tiraquell. de iure constituti, par. 1. nu. 10. Addentes ad Matthesilanum d. Singul. 67. quibus assentior.

Et cum precario nomine possidens naturalem possessionem habere dicatur, is uerò, cuius nomine possidetur, ciuilem, l. Et habet, § eum qui precario, ff. de Precario; uel secundum Labeonis sententiam, is solum possidet, qui precario rogauit, ut sibi possidere liceret, ut notat Cuiacius lib. 9. Obseru. 33. sequitur, uenditorem in proposita specie non uideri naturalem possessionem in emptorem transtulisse, consequēter adhuc ex uendito teneri. Ita Tiraquellus alios citans de iure constituti, in prima parte, nume. 8.

*

CAPUT XXXII.

Tractantur tres controuersiæ pertinentes ad interpretationem & materiam l. Curabit, C. de act. empt.

Curabit Præses Prouinciæ compellere emptorem, qui nactus possessionem, fructus percepit, partem precii, quam penes se habet, cum vsuris restituere, quas & perceptorum fructuum ratio, & minoris ætatis fauor (licet nulla mora intercesserit) generant.

A

Pro huius legis interpretatione controuertitur inter Doctores, an idem respondendum sit, cùm emptor nullos fructus ex re uendita, utpotè sterili, percepit. Et idem respondendum esse dixerunt Bald. ad l. 2. C. de Vsuris. Castr. in d.l. Curabit, Petrus Anchar. in c. Peccati uenia, de reg. iur. lib. 6 Io. Anania in c. conquestus, de Vsuris, Soc. sen. in cons. 88 nu 8. & 103. lib. 4. Paris. in c. cum uenerabilis, col. 8. de except. & in cons. 60. nu. 18. lib. 1. Gozad. in cons. 55. D. Io. Cephalus in cons. 736. nu. 26. lib. 5. Io. Petrus Surd. in cons. 101. Rota Genuens. decis. 194.

B

Fundamētum est in eo, quòd eiusmodi usuræ propter perfidiam emptoris debeantur, quia scilicet cum rem acceperit, nō exequitur id, quod debet, & preciū non soluit.

Huc accedat text. in l. 2. C. de Vsuris, ubi simpliciter habetur, uenditorem, cui possessio tradita est, usuras ęquitatis ratione præstare cogendum, si precium uenditori non obtulerit.

Contrariam sententiam amplexi fuere Cyn. & Salicet. in l. in minorum, C. in quib. cau. in integr. rest. nō est necess. Alex. in l. de diuisione, ff. sol. matr. Aretin. in cons. 594. nu. 1. & in l. Ita stipulatus, col. 5. ff. de verb. oblig. Socin. sen. in consil. 109. lib. 1. Corneus in cons. 59. lib. 3. Cagno. ad d. l. curabit, nu. 26. Io. Bapt. Lupus ibid nu. 141. Couuar. lib. 3. variar. resol cap. 4. in 7. Illatione. Natta in consil. 417. & 494. Petrus Benintendius decis. Bononien. 29. Et huic sententiæ & ipse adhæreo.

C

Probatur hæc sententia ex d. l. curabit, & ex ratione ipsius legis, ait enim lex, emptorem, qui nactus possessionem, fructus percepit, vsuras pendere oportere. Ergo secus dicendum videtur, cū fructus percipere non potuit.

Ratio autem legis est: quia cùm fructus percipiat, æquum est eum vsuras pendere, vt inquit tex. in l. Iulianus, §. Ex vendito, ff. de actio. empt. Vnde, alibi dicitur iniquum esse vsuras ab eo exigi, qui fructus non percepisset, l. Liberalitatis, ff. de Vsuris.

Nec enim sufficit emptorem rem habere, sed illud spectare debemus an facultatem habeat fructus percipiendi, ut in d. § ex uendito.

Non obstat id, quod dicebatur emptorem ad usuras pręcij non soluti condemnandum, propterea quòd fidē contractus non seruauerit, quia hoc nulla lege, nullaque ratione nititur, immò pugnat cum dicta l. Curabit, quatenus ibi dicitur, licet nulla mora intercesserit, emptorem teneri.

D

Non obstat text. in d. l. 2. C. de Vsuris, quia quod ibi simpliciter affirmatur, emptorem ad usuras præstandas teneri, ex alijs legibus declarandum est, nempè, ut uerū sit, ubi fructus percepit ex re empta, cuius possessionem nactus est.

Altera est controuersia, an usurarum præstationi sit locus, quando uenditor non tradidit emptori rem liberā, ut tenebatur, uel fideiussorem, quem promisit, euictionis nomine, non dedit. Et locū non esse, responderunt Bald. ad l. 1. C. de bonis mater. Socin. sen. in cons. 88. nu. 17. lib. 3. Paris. in c Venerabilis, col. 8. de except. Afflictus decis. 20. ad finem.

Fundamentum est, quia uenditor hoc in casu promissa non adimpleuit, unde nec precium petere potest, l. Iulianus, §. offerri, ff. de action. emption. l. Aediles, §. ordinem, ff. de ædil. edicto, Consequenter nec usuras, argumento l. Lecta, uersicu. Sed cum fortis, ff. si cert. petat.

Contrariam sententiam secuti fuere Bald. & Castr. in l. 2. C. de vsuris. Alex. in cons. 147. nu. 4. lib. 5. Dec. in consil. 119. col. 3. Cagnol. ad d. l. Curabit, nu. 31. Ioan. Bapt. Lupus ibid. nu. 142. Couuar. lib. 3. Variar. resol. c. 4. Illat. 12. Dominus meus Cephalus in consil. 609. lib. 4. quibus & ipse assentior.

Probatur hæc snia satis euidenter ex l. Iulianus, §. ex vend. ff. de act. empt. *Ex vendito*, inquit text. *actio venditori competit ad ea consequenda, quæ ei ab emptore præstari oportet. Veniunt autem in hoc iudicium infra scripta. In primis precium, quanti res venit. Item vsura precii post diem traditionis. Nam cùm re emptor fruatur, æquissimum est eum precii vsuras dependere. Possessionem autem traditam accipere debemus, etiamsi precaria sit possessio. Hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi.*

His postremis verbis probatur sententia suprà dicta. Nam precaria possessio, non est libera possessio, & tamen emptor vsuras cogitur præstare. Rursus ait text. *Hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi*; Vndè, sic argumentari licet. In proposita quæstione emptor facultatem habet fructus percipiendi, ergò tenetur vsuras soluere, licet venditor non adimpleuerit pro parte sua contractum.

Ex quibus cessat fundamentum contrariæ opinionis, quoniam vsurarum præstatio non ex mora emptoris procedit, sed ex æquitate illa, ne re & precio quis fruatur, sed si emptor fructus perceperit, vsuras pro fructuum perceptorum ratione pendat.

Tertiò controuertitur, vtrum iustè, & absque vsuræ labe conuenire venditor cum emptore possit, vt donec precium rei venditæ, puta prædij, vel alterius rei fructiferæ numeretur, aliquid certi annuatim pendatur. Et quidem eam conuentionem tanquam fœneratitiam dānant, Dec. in cons. 116. 119. 183. Socin. sen. in consil. 130. lib. 4. Crauetta cons. 189. vers. Tertius est casus. Syluanus in cons. 10. n. 46. D. Cephalus in cons. 290. lib. 2. Simon Pretus in cons. 198. Francis. Marcus decis. 891.

Argumenta hæc sunt. Vbi ad soluendum sortem debitam concessa est debitori dilatio, non tenetur ad vsuras præstandas, quia neque est in mora regulari, neque in mora irregulari, vt loquuntur Doctores, l. Lecta, vers. Sed cum sortis, ff. si cert. petatur. Ergò iniusta esse videtur ea conuentio, quę illum obligat ad pręstationem vsurarum, cum de iure non teneatur.

Secundò. Aut dicimus eam ob causam vsuras deberi, quòd emptor precium retineat; & hoc absurdum esse videtur, quia tunc pecunia pareret pecuniam, contra naturam, & iura. Aut eam ob causam, quòd res vendita videatur esse locata emptori donec precium soluerit; & hoc dici non potest, quia nemo conducit rem suam, l. Qui rem, C. locati, Rei aūt dominium in emptorem, cui res est tradita, transfertur, l. Quod vendidi, ff. de contrah. emption. etiamsi precium non sit numeratum, si modò habita sit ei fides de precio, §. Item venditæ, in Instit. de rer. diuis. Aut ex ęquitate l. Curabit, volumus esse locum vsurarū præstationi; & hoc non uidetur dici posse, quia emptor dilationem habet ad soluendum precium, quæ circumstantia procul dubio non est in specie illius legis. Fructus uerò suos facit, tanquam rei dominus, ac iustus possessor, l. Fructus, C. de act. empt.

Tertiò. Nemo potest absque usuræ labe cariore precio rem uendere, ob concessam dilationem ad soluendū precium, c. In ciuitate, de usuris. Videretur autem hoc in casu carius uendere, exigendo annuum censum, seu pensionem.

Quartò, ex Antonij Butrij snia in c. Salubriter, de usuris, non licet uiro usuras dotis, non solutæ petere ab uxore, cui ad soluendam dotem dilationem concessit. Ergò multò minùs uenditori licebit, ab emptore eas exigere.

Quintò, cùm dubium & incertum sit, quantum ex fructibus emolumenti percepturus sit emptor, non uidetur licere, certam taxare quantitatem usurarum, ex communi sententia Canonistarum, ut per Io. Andr. Ant. Butr. & alios, in c. Salubriter, de usuris, Roman. in cons. 510. Petrum Rebuffum in repetitione l. Vnicæ, in Glos. ult. nu. 34. 35. C. de sent. quæ pro eo, quod interest, &c.

Verùm istis non obstantibus eorum sententiam probabiliorem esse iudico, qui eiusmodi conuentionem, & pactum approbant, & absq; usuræ crimine fieri posse cōtendunt, si modò usuræ taxatæ quantitas nō excedat fructuum quantitatem, qui uerisimiliter ex re uendita percipiuntur, ac percipi possunt. Ita Castr. ad l. Iulianus, §. Ex uendito, ff. de act. empt. Alex. in cons. 121. nu. 4. lib. 5. Deci. in c. cum venerabilis, nu. 14. de except. & in consil. 111. col. vlt. Parisius in cons. 60. nu. 3. lib. 1. Cagnol. ad d. l. Curabit, nu. 57. Couuar. Variar. resol. lib. 3. c. 4. nu. 5. Ancha. q. 33. in 2. par. Io. Bapt. Lupus in d. l. Curabit, nu. 145.

Probatur hæc sententia, quia si nulla dilatione data ad soluendum tenetur emptor vsuras præstare ex ęquitate l. Curabit, Ergò nihil prohibet, quin idipsum, quod lex probat & constituit, in conuentionem & pactum deduci queat.

Sed & hanc sniam iuuat, quòd approbatur in contractu mutui ea conuentio, vt donec pecunia credita restituatur, aliquid pręstetur pro lucro creditoris cessante, vel damno emergente. Sicuti tradunt Hostiens. Abbas, & Anania, in d. c. Salubriter, de Vsuris, Alex. in cons. 228. lib. 2. Couuar. alios citans loco proximè annotato.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respōdeo, Vsuras in proposita specie deberi ac præstandas esse non ex mora, sed ex conuentione, quæ non pugnat cum lege, sed concordat.

Ad secundum respondeo, conuentionem esse legitimā ex ęquitate d. l. Curabit, Nam cùm emptor re fruatur, æquum est eum vsuras precij non soluti pendere, vt dicebat I. C. in l. Iulianus, §. ex vendito, ff. de act. empt. Nec dicimus in specie d. l. Curabit, eam dilationem emptori fuisse concessam ad precium soluendum, sed ex eo, quod concessa est, iustè venditorem pacisci, vt vsuræ præstentur; Aliud respondendum foret, si dilatio ad soluendum concederetur, nulla vsurarum præstandarum pactione interposita.

Ad tertium respondeo, venditorem carius rem non vendere, sed vsuras consequi pro ratione fructuum ab emptore perceptorum. Id enim æqualitas iustitiæ commutatiuæ postulat.

Ad quartum respondeo, Antonij Butrij sniæ oppositæ in argumento obstare aliorum magis receptam traditionem, maritum iustè vsuras pacisci, donec dos soluatur. Vide Anchar. & Abbatem, in d. c. Salubriter, Baldū Nouellum de dote, priuileg. 3. par. 7. Alex. in cons. 31. lib. 6. Couuar. loco proximè citato, in 4. & 5. Illatione.

Ad vltimum respondeo, sniam nostram intelligi & loqui, quoties taxata quantitas verisimiliter respondet fructibus percipiendis ab emptore, quo casu nihil obstat, vt declarant Deci. in d. c. cum venerabilis, nu. 14. de except. Couuar. & Rebuffus locis superius annotatis.

Solet aūt ad tollendam omnem dubitationē hoc consilium dari venditoribus, vt rei dominium apud se retineant, donec eis precium exoluatur, & interea locēt certa constituta pensione emptori rem venditam, vt tradūt Paunor. in cons. 121. lib. 5. Sociu. sen. in cons. 88. nu. 14. Socin. iun. in cons. 66. nu. 7. lib. 2. Cagnol. ad d. l. Curabit, n. 61. Couuar. loco annotato in 9. Illatione, Andr. Geyll. lib. 2. Obseru. 3. in fine.

CAPVT XXXIII.

De l. Quoties, C. de rei vend. an locum habeat in personis Ecclesiasticis vendentibus.


Vm quis eandem rem duobus vendidit, eum constat in obtinendo dominio esse potiorem, cui priori res est tradita. Sed an & in personis Ecclesiasticis vendentibus idem iuris sit, non est eadem omnium sententia.

Negant

Negant enim idem esse statuendum Hostiensis, & Io. Andr. in c. continebatur, de his quæ fiunt à maiori parte Capituli, eo quòd minimè deceat quenquam decipi à viris Ecclesiasticis, vt in Clem. cum Illusio, de renunc. c. Hocius porrectum, 10. q. 2. Huc accedat text. in c. cum inter Canonicos, de elect. in c. cum autem, de iure patronatus, quibus in locis patet, priorem in tempore præferendum esse, tanquam potiorem.

Affirmant verò idem esse statuendum etiam in personis ecclesiasticis, Panor. Butr. & alij magis communiter, in d. c. continebatur, Alexand. conf. 122. lib. 5. Iason in d. l. Quoties, nu. 19. Socin. sen. in conf. 29. lib. 4. Couuar. Variar. resol. lib. 2. cap. 19.

Ego posteriorem hanc affirmantem sequor. Nam iuris Ciuilis regulæ & traditiones, etiam iure Canonico sunt receptæ, ijs exceptis, quæ reprobantur expresse, vt patet ex c. 1. & 2. de operis no. nunc. Quare & regula d. l. quoties, iure Canonico recepta esse videtur. Consequenter, nihil proponitur, cur inter personas ecclesiasticas locum non habeat eadem iuris Ciuilis Constitutio; Nisi quis doceat, ecclesiasticos viros venditione sola retò dominium in emptores absque traditione transferre, aduersus alias iuris Ciuilis regulas, l. Traditionib. C. de pactis, si enim in posteriorem emptorem facta traditio, facit, vt dominium transferatur, sequitur eum esse in obtinendo dominio potiorem eo, cui priori res est vendita, quæ sententia est d. l. Quoties.

Nec mouet illud quod dicitur, viros Ecclesiasticos alienos esse oportere à similibus dolis, & deceptionib. Quia hæc ratio probat eos grauius hoc in casu peccare, & puniendos esse, quàm laicos homines, qui ob eam causam incidunt in crimen stellionatus, vt patet ex l. 1. & 2. C. de crim. stell. & l. 1. & seq. ff. eod. tit.

Regula verò iuris Canonici: Prior tempore, potior iure, similis est iuris Ciuilis Regulæ, quæ idem statuit. Sed ab vtraque species, de qua loquimur, excipienda est, nisi velimus iniuriam facere constitutioni d. l. quoties, C. de rei vendic. vide etiam hac de re Pistorium, lib. 2. parte posteriori, q. 29. nu. 27.

CAPVT XXXIV.

Venditio an probetur, si testes de certo precio non testificentur.

Tres sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima, venditionem probari, quia venditio facta esse intelligetur iusto precio. Ita Bald. ad l. 1. C. de reb. alienis non alien. Rom. in cõs. 91. nu. 7. And. Siculus in cõs. 90. col. 1. lib. 3.

Secunda, non probari. Ita Romanus sibi contrarius Sing. 749 Marsil. Sing. 38. Alex. in conf. 128. nu. 4. lib. 2. Dec. in conf. 57. nu. 5. & alij à Mascardo citati de probat. vol. 3. concl. 1401.

Tertia: Distinguendum. Aut res agitur inter emptorem & venditorem, altero affirmante, altero verò negante venditionem, & testibus affirmantibus venditionem factam, non autem de precio testificãtibus, de quo tamẽ contentio erat inter emptorem & venditorem, & tunc posterior sententia vera est. Aut res agitur inter venditorem, qui rem possidet, & alium, & contentio est an rem illam emerit, eo fine, vt præscriptionem allegare possit, & tunc prior sententia obtinere debet. Ita Alex. & Ias. in l. si duo patroni, §. Marcellus, ff. de iureiur. Afli. decis. 83. nu. 6. Iosephus Ludou. decis. Perusina 44. in 1. parte, & alij à Mascardo citati loco annotato, nu. 11. 12.

Ego magis probo eorũ sniam, qui negant, venditionẽ probari, quia venditionis substantia cõsistit ex re & precio, §. Precium, Institut. de empt. & vendit. Proinde, si de precio non constet, nec de ipsa venditione constare videtur.

Et nota est doctrina illa, Testibus fidem adhibendã non esse, qui non plenè testificantur, vtpotè, non plenè

A & sufficienter informati, vt notatur in l. Lucius, ff. de his qui notantur infamia.

Tempero hanc meam sententiã, vt locum nõ habeat, cũ testes dicunt rem fuisse venditam certo precio, licet iã ipsi nõ recordentur, quãtum fuerit, & simul tales sit causa, in qua de precij quantitate non disputatur, sed de titulo duntaxat venditionis, ad finem præscriptionis uel dominij probandi contra tertium, qui non vendidit. Hoc verò temperamentum ex lege non didici, sed ratio id me docuit, satis, ut mihi uidetur, manifesta.

CAPVT XXXV.

Tres controuersiæ circa litis denunciationem, quam venditori emptor facere tenetur.

Inter omnes cõstat, vt emptori euictionis nomine aduersus vẽditorem sit consultũ, eundem denunciare litem motam oportere, sed B cõtrouersia est primò, an sufficiat simplex litis motæ denũciatio vẽditori facta, an verò præterea in standũ & petendũ sit, vt vẽditor ad defendendũ ueniat.

Deinde, an sit necesse in ipso denunciationis libello inserere acta litis motæ aduersus ipsum emptorem?

Tertiò, an hæc solennis denunciatio necessaria sit, etiam quando uenditor scit litem motam emptori, & quę acta sunt, nouit.

Quod attinet ad primum, tres sunt Doct. sniæ. Prima, sufficere simplicẽ intimationem, seu denunciationẽ litis. Ita Bal. ad l. emptor, C. de euic. Salic. ad l. 1. C. de periculo & cõmodo rei vend. Io. Imolẽs. in c. vlt. de empt. & vẽd.

Fundamentum est potissimum in l. si cum quæstio, C. de euict. *Si cum quæstio*, inquit, *tibi super eo, quem comparaueras, moueretur, autorem tuum certum fecisti, nec citrà Iudicis disceptationem, eum, quem emeras, tradidisti, Præses prouinciæ in damnum, quæ te tolerasse meministi,* C *medelam Iuris adhibebit.*

Altera est sententia, non sufficere simplicẽ litis denunciationẽ, sed emptorem instare, & petere simul debere, vt uenditor ipsum defendat. Ita Bar. in l. non solũ, §. morte, nu. 51. ff. de op. no. nunc. Abb. in c. ult. de empt. & vẽd. Felyn. in c. cum M. Ferrariensis, nu. 65. & ibidem Ripa, nu. 166. de Constit. Cagn ad l. venditor, ff. de iud. Alciat. ad l. detestatio, ff. de uerb. oblig. nouissimè Caballinus de euiction. §. 3. num. 21.

Fundamentum est in multis legibus, quibus agitur de tali denunciatione, in hunc modũ, vt uẽditor lis assistat, vel causam instruat, & ipsum emptorem defendat, l. 1. C. de peric. & cõmo. rei vend. ibi: *Vt causæ agenda adesset:* l. si rem, 1. §. vlt. de euict. ibi: *Vt de ea re agenda adsit:* l. si parẽtes, C. eo. ibi: *Nec vobis, vt defenderetis denunciatum probetur:* l. empti actio, C. eo. ibi: *Interpellare venditorem, siue successorem eius, debes, vt tibi assistant, causamq́ instruant:* l. cũ successores, C. eo. ibi: *Assistere negotio denunD ciat:* l. venditor, ff. de iudic. l. si plus, §. Mota, ff. de euict. l. qui absentem, ff. de procur. c. vlt. de empt. & vend.

Tertia est opinio distinguẽtium. Aut vẽditor aliundè nouit litem motam, quàm ex relatione emptoris, & tũc procedat posterior sententia, quæ illud exigit, ut emptor petat se defendi: Aut scit litẽ motam ex relatu ipsius emptoris, & tunc vera sit prior sententia, quæ docet simplicem denunciationẽ sufficere. Ita Bal in l. 1. C. de periculo & commo. rei uend. & ibi etiam Salic. Alex. in l. non solùm, §. Morte, nu. 45. ff. de oper. no. nun. & ibid. Iason, nu. 39. Ant. Burg. in c. vlt. nu. 4. de empt. & vẽd. Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 17. sub nu. 5. vers. Tertiò adhuc.

Fundamentum est, quia cum emptor certiorem facit venditorẽ de lite mota, tacitè uidetur petere, ut ueniat ad se defendendum, Argum. d. l. si cum quæstio. Hæc autem ratio cessat, vbi aliundè, quàm ex ipso emptore uenditor litem motam intellexit. Iccirco tunc necesse est, vt emptor eum interpellet, vt causam defendat.

Mihi verior uidetur eorum sententia, qui dicunt necessa-

cessariam esse denunciationem, & simul etiam eam interpellationem, vt venditor ad defendendum veniat.

Probatur hæc sententia satis euidenter ex legibus superius allegatis, in quibus semper fit mentio talis interpellationis, quod sanè frustra positum non videtur.

Huc accedat, q nisi sic venditor interpellatus fuerit, probabiliter existimare potest, emptorem per se ipsum causam defensurum. Et nota est iuris Regula, Eum, qui tenetur ad aliquid faciendum, in mora non constitui, nisi fuerit interpellatus, l. mora, ff. de vsuris, l. si ex legati causa, & l. si insulam, ff. de verb. oblig. Decius in l. quod te, n. 44. ff. si cert. pet. & in cons. 2. nu. 7 Socin. sen. ad l. 2. §. voluntate, nu. 21. ff. solu. matrim.

Ad l. si cum quæstio, C. de euict. respondeo, licet illa lex nullam faciat mentionem eius interpellationis, vt vẽditor defendat, sed tantum denunciationis litis, debet tamen ex alijs legibus clarioribus, eam interpellationem requirentibus, interpretari & declarari. Vna enim lex ex altera declaratur, l. Vtrum, ff. de petitione hered. l. Sed & B posteriores, ff. de legib.

Non obstat, quod Doctores distinctione vtentes, dicunt, vbi fit ab emptore denũciatio, tacitè inesse eam interpellationem, vt venditor ad defendendum accedat. Quia id negari potest. Etsi enim ea fortasse denunciantis emptoris mens fuerit, non tamen certus est venditor, emptorem egere ipso defensore, & se ad id faciendum interpellari. Hæc de primo.

Quod attinet ad secundum, Etsi Lud. Rom. ad l. non solum, §. morte, ff. de ope. no. nunc. existimauerit, necesse non esse, ut libello seu denunciationi inserantur acta & gesta contra ipsum emptorem, quoniam venditor simplici emptoris verbo, si bonus vir reputetur, credere debeat argumen. l. Argentum, ff commod. & eorum, quæ notantur in l. Titio fundus, ff. de cond. & demonst. Et idem sentire Angelus videatur in l. Emptor, C. de euict. tamen cõtraria sententia longè uerior & communior est: Nam necesse fore, ut exemplum citationis & libelli eius, qui con- C tra emptorem de re empta litem instituit, edatur venditori simul cum denunciatione litis, tradunt, Bar. in d. l. Nõ solũ, §. morte, n. 48, ff. de op. no. nunc. Alex. ibi, nu. 42. Ias. nu. 38. Ripa n. 163. Couuar. lib. 3. var. resol. c. 17. n. 5. Caball. de euict. nu. 33. Cagnol. ad l. Venditor, ff. de iud.

Probatur hæc sentẽtia ex Clem. Causam, §. vlt. de ele. vbi ponitur forma denunciationum, ac intimationũ fiẽdarum, non solum in specie, de qua ibi, sed in alijs omnibus; & inter cætera constitutum est, ut libelli & citationis tenor intimationi inseratur. Meritò; vt uidelicet is cui insinuatio facienda est sciat, quid sibi faciẽdum sit, & deliberet, an cedere uel contendere velit. Hęc de secundo.

Quod attinet ad tertium, denũciationem non requiri, quoties venditor scientiam habet litis motæ, dixerũt Glos. & Bal. in l. Emptor. C. de euict. vbi etiam Cyn. Io. Imo. ad l. 2. §. voluntatem, ff. sol. matr. & in c. vlt. de empt. & vend. Alex. in d. §. voluntate. num. 12.

Fundamentum est, quia certus non est certiorandus D l. 1. ff. de act. empt. c. Eum qui certus est, de reg. iur. lib. 6.

Sed contraria sententia verior & communior est, nẽpe, litem etiam scienti venditori denunciandam esse. Ita Bart. in d. l. Non solum, §. Morte, n. 42. ff. de oper. no. nũc. & in l. denunciasse, ff. ad l. Iul. de adul. Specu. tit. de empt. & uend. §. ult. & ibi Io. Andr. in Addi. Panor. in c. ult. de empt. & vend. Dec. in cons. 74. Fely. in c. cum ille, nu. 65. de consti. & ibi Ripa, nu. 166. Capella Tholosana q. 407. Viuius commu. opi. in ver. vẽditor. Couuar. lib. 3. Variar. resolu. cap. 17. n. 5. Caballinus de euict. §. 3. nu. 4.

Probatur hæc sententia, quia denunciatio fieri debet, non in eum tantum finem, ut uenditor sciat litem motã, sed vt interpelletur & requiratur ad defendendum & assistendum causæ & emptori, vt dictum & conclusum est supra in prima huius capitis controuersia. Simile videmus in specie l. denunciasse, ff. ad l. Iul. de adult.

Ex his patet respõsio ad Regulam, Certus non est certiorandus, quia non procedit hoc in casu, cum certiora- A tio sit necessaria, vt simul etiam interpelletur venditor; quod non facit sola scientia eius, qui interpellandus est. Cætera argumenta ex l. ult. ff. de transactio. iuncta l. 3. C. de nouatio. leuiora sunt, quã vt confutatione indigeant.

CAPVT XXXVI.

Aliæ duæ controuersiæ tractantur de eadem euictionis materia.

St et iam controuersia inter Doctores, Si uẽditor sciat emptori litem esse motam, an requiratur interpellatio & denunciatio, cum iuramentum in contractu uenditionis accessit. Et necessariam interpellationem, seu denunciationem non esse, docet Ale. ad l. 2 §. uoluntate, ff. solu. matr. Andr. Sicul. in c. ult. de empt. & uend. & ibi etiam Anto. Burg. nu. 11. Claudius Seysellius & Anto- B nius Rubeus, in l. non solum, §. Morte, ff. de oper. no. nũ. ille nu. 202. iste n. 687. Io. Lup. in c. per uestras, §. ult. nu. 31. de donat. inter uir. & uxor. Purpuratus ad l. quod te, nu. 91. ff. si cert. petat.

Fundamentum est, quia iuramentum cõstituit in mora obligatum absq; interpellatione, ex communi Doctorum sententia, ut per Doct. in c. Breui, de Iureiur. Gabr. commu. concl. tit. de iureiur. conclus. 2. Seraphinum Senensem, de priuileg iuram. c. 37. Consequenter, si uenditor iurauit se defensurum emptorem, tenetur eum defendere etiam non interpellatus.

Contrariam sententiam amplexi sunt Socin. sen. in d. l. 2. §. uoluntate, num. 21. ff. sol. mat. Alciat. ad l. quod te, in uer. intelligere deberes, ff. si certum petat. Rebuffus de dilationibus art. 5. Glos. unica, nu. 36. Caballin. de euict. §. 3. n. 54. & seq.

Fundamentum est, quia iuramentum sequitur naturam contractus super quo interponitur, ca. quemadmo- C dum, de iureiur. sed ex natura cõtractus tenetur emptor uenditori litem denunciare, eumq; requirere, ut causam defendat. Ergò idem est respondendum, etiamsi iuramẽtum suæ adiecerit obligationi, ac promissioni.

Didacus Couuar. lib. 3. Variar. resol. c. 17. in §. Illatione, priori sententiæ adstipulatur, quoties venditor iureiurando nominatim promisit se emptorem defensurum, si quæstio ei moueatur de re uendita. Quod si simpliciter promiserit, se omnia & singula seruaturum, tũc posteriorem sententiam magis probat. Atque idem docet Ripa, in d. l. 2. §. voluntate, n. 18. ff. sol. matrim.

Sed quoniam iuramentum moribus nostris ita solet in contractu uenditionis adhiberi, ut prius quæ conuenta sunt præcedant, & inter alia uenditor promittat se defensurum emptorem, & rem venditam, tandem Clausula subijciatur Iurisiurãdi, existimarem in hac specie eorum sententiam æquiorem, qui nullam exigunt denunciationem aut interpellationem. Nam, vt denuncietur ei D qui iam certus est, opus non uidetur, cap. Eum qui certus est, de reg. iur. lib. 6. Vt uerò interpelletur is, qui promisit se facturũ iureiurando interposito, necesse non est. Argumẽto sumpto ex §. Licet, tit. si de feudo defuncti cõtentio sit inter dom. & agnat. ibi: *Si tamen sciat ei magnũ periculũ imminere, vltro adiutorium suũ ei debet præbere.*

Respondent contrariæ sententiæ authores, illud specialiter constitutum fuisse in feudo, ac Vasallo, quod proinde non est trahendum ad consequentias.

Non rectè, quia non solum ex iure feudali id receptũ uidetur, sed ex communi etiam Doctorum sententia, qua dicimus iuramentum operari, ut in mora quis constituatur absque interpellatione, de cuius tamen ueritate inferius tractabitur, lib. 3.

Nec obstat, quod respondet Caballinus, contrarium probari ex c. Breui, de iureiur. Quia nihil minus probat ille text. Quærit Summus Pontifex, an is, qui iureiurãdo promisit se defensurum, si requisitus appellet, periurus dicatur, & decidit, periurum esse, nec talem appellationem

eum

eum excusare. Vtrum autem requiri debeat, non decidit Pontifex. A

Non obstat argumentum contrariæ opinionis, nempè, iuramentum sequi naturam contractus, neq; in plus obligare iurantem, quàm ex ipso contra obligetur. Nam satis est, si obligetur efficacius ex vinculo iuramenti, quod sanè omnes fatentur. Cum enim efficacius obligetur, sequitur dicendum, nulla opus esse interpellatione, quia venditor iã scit se teneri, & iuramenti vinculum eũ satis vrgere dẽt, vt dicebar Specul. tit. de aduocatis, §. 1.

Nec valet illa Alciati ratio; venditorem ex eo, quod non requiritur, credere posse, emptorem defensore non indigere, Quia tam nouit se promisisse defensionem, & credere debet, se non requiri ab emptore eam ob causam potius, quod is putet eum vltro accessurũ ad defendendũ.

Sequitur & alia controuersia, Venditor nouit litem motam, & instrumenta pertinentia ad causæ defensionẽ habet penes se, an teneatur emptorem vltrò defendere, etiam non requisitus? Et teneri dixit Bald. ad l. primã, C. B de periculo & commo. rei vend. Aufrerius in addit. ad decis. Capellæ Tholosanę 407. in tertia limitatione. Anton. Burgos, in c. vlt. nu. 11. in 5. limitatione, de empt. & vendit.

Argumentum sumunt ex l. Iulianus, §. idem Iulianus & ex l. Titius cum decederet, ff. de act. empt. Quæ quidẽ leges id non probant, sed tantum docent venditorem nihil dolo facere debere, & à venditionis contractu dolũ abesse oportere.

Ideo contrariam sententiam veriorem esse cẽseo, quã amplexi fuere Ripa, in d. l. 2. §. Voluntate, post num. 18. ff sol. matr. Caballin. de euict. §. 3. nu 72. Nam cum leges denunciationem & interpellationem requirentes hunc casum non excipiant, nec nos eum excipere quasi noua lege cõdita, debemus. Nec ratio nobis suppetit, cur eum casum excipere debeamus.

CAPVT XXXVII. C

Vtrum emptori de euictione actio competat, quando litis denunciationem omisit, sed tamen constat, rem defendi non potuisse.

GRauis est controuersia apud interpretes; Vtrũ emptori, qui litem venditori non denunciauit, actio de euictione detur, si constiterit etiã denunciatione facta rem defendi nõ potuisse.

Raphael Fulgos. ad l. Si ideo, ff. de euict. affirmat hoc in casu actionem emptori esse dandã, refert & sequitur Alexand. in l. Non solum, §. morte, nu. 46. ff. de oper. no. nunc. Idem docuit Imolensis, in c. vlt. de empt. & uendi. col. vlt. Idem Alex. in cons. 67. lib. 3. & in consil. 63. col. vlti. lib. 6. Socin. iun. in cons. 120. nu. 11. & 12. lib. 3. Natta in cons. 232. nu. 5. & 462. num. 8. Aufrerius ad Capellam Tholos. quæst. 407. in sexta limitatione. Rebuff. de dilatione Artic. 5. nu. 38. Alios citat Couuar. lib. 3. Variar. re- D sol. ca. 17. in sexta Illatione, & alios Caballinus de euict. §. 3. num. 73.

Argumenta magis præcipua hæc sunt. Lex emptori negat actionem de euictione contra venditorem, si ei litem non denunciauerit, quia præsumit eo casu rem euictam fuisse, quoniam is malè instructus, causam defendere nõ potuerit, l. si fundo, §. vlt. ff. de euiction. Ergo si manifestè constet, causam defendi non potuisse, licet ipse emptor optimè a venditore instructus ac defensus fuisset, actio competere debet. Cessante enim ratione legis, cessat lex, iuxta regulas vulgares.

Secundum argumẽtum. Non potest emptor agere de euictione, nisi per sententiam iudicis res euicta fuerit; Si enim ipse rem litigatori cedat, non est quod dicat sibi venditorem euictionis nomine obligatum esse, l. Si dictum, §. 1. ff. de euict. l. si cum quæstio, C. eodem tit. l. At qui natura, §. At cum me, ff. de neg. gest. l. 1. C. de periculo & commo. rei vend. Et tamen si certum sit, causam

A defendi non posse, licet ipse venditor rem non defendat, de euictione actionem habet, l. Emptorem, ff. de action. empti. Ergò idem iuris esse videtur, cum emptor denunciationem omisit, cum certum est defendi causam non potuisse.

Tertium argumentum est a simili. Nam citatio non requiritur eius, cui ius non competere manifestum est, l. 2. §. Quod de limentaria, ff. de admin. rer. ad Ciuit. ptinent. Sic etiam non requiritur excussio debitoris, principalis, vt agi possit contra fideiussorem, vel tertium, cũ manifestè constat eum soluendo non esse. Vide Neguzan. de pignor. 1. membro, 8. parte, nu. 31. Gabricli. Commu. conclus. lib. 3. tit. de fideiussor. conclus. 1. nu. 50. Ergò & denũciatio, de qua agitur, necessaria esse non videtur, vbi constat nullum ius competere, quo defendi emptor possit.

Contrariam sententiam secuti sunt Glos. Bart. & Salicet. ad l. Emptorem, ff. de act. empt. Angel. Aretin. in §. B vlt. in Instit. de emptio. & vendit. Decius in cons. 74. ad finem. Socin. senior ad l. 2. §. Voluntate, ff. solu. matr. licet dubitare videatur.

Argumenta magis præcipua hęc sunt. Leges denunciationem exigunt, & non excipiunt eum casum, de quo agitur. Ergò nec nos excipere debemus, argumento l. de precio, ff de Publicia.

Secundum argumentum. Lex præsumit sententiam iudicis esse iustam, l. Herennius, §. Caia, ff. de euict. Et tamen re euicta per sententiam Iudicis, actionem emptori non concedit euictionis nomine, nisi is uenditori litem denunciauerit, l. Empti actio, l. Si parentes. C. de euict. & superius dictum est. Ergo lex non considerat iustitiam, uel iniustitiam causæ, sed an denunciatio facta fuerit ipsi uenditori.

Tertium argumentum. Cum res euincitur nulla denunciatione facta venditori, lex præsumit euinci propterea, quod emptor malè instructus causam defendere nequi- C uerit. l. si fundo, §. ult. ff. de euict. Et hæc præsumptio uidetur esse iuris, & de iure, vt loquuntur nostri, quia supea lex fundatur & statuit, Consequẽter, non admittitur probatio in contrarium, vt notatur in c. is qui fidem, de sponsalib. & in Auth. Sed iã necesse, C. de don. ante nup.

Io. Francis. Ripa ad d. l. 2. §. voluntate, distinguit; Aut tampore litis motæ, notum erat venditori nullam defensionem competere; & tunc non est quod emptori imputetur cur denunciationem omiserit. Aut id eo tempore nõ erat notum, sed postea appatuit, & tunc secus.

Alij dixerunt, omissa denunciatione agi nihilominus posse de euictione, sed ad simplum tantum, facta verò denunciatione ad duplum Item, tunc actionem emptori competere, cum probauerit notorium fuisse, nullã uenditori defensionem compenisse. Secus uerò si non probauerit, ut uidere est ex Couuar. Var. resol. lib. 3. cap. 17. in sexta Illatione.

Ego priorem sententiam, & communiorem & uerio- D rem existimo, Eamq; confirmo argumento à simili. Nã in conductore ita constitutum est, ut si iustam habeat causam deserendi rem conductam, eamque deserere uelit, id ipsum locatori denunciare debeat, l. Item quæritur, §. Exercitu, ff. locati, si tamen non intersit locatoris denũciationem esse factam, nulla ei competit exceptio eo nomine, quod non fuerit facta denũciatio, ita Ripa, in tractat. de peste, in præludijs de Priuilegijs contractuum causa pestis, nu. 23. Aegid. Bossi. de remiss. merced. nu. 52.

Porrò probandum esse iudico ab ipso emptore hoc suæ intentionis fundamentum, nempè, uenditorem nullam habuisse defensionem, sicuti docent Anton. Burg. in d. c. ult. de emptio. & uendit. & Couuar. loco annotato, quanquam Imola, in d. c. ult. secus sentire uideatur, sicut patet ex Crauetta, in cons. 83. nu. 6. & 179. nu. 6.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ sic respondeo. Licet leges non excipiant eum casum, ratio tamen ex legibus petita excipiendum esse demonstrat.

Ad secundum respondeo, leges præsumere pro iudi-

cis sententia, & tamen actionem euictionis nomine emptori denegare, nisi denũciauerit. Meritò: quia si emptor fuisset monitus, fortasse defendere potuisset. Sed dum dicitur, Ergò lex non curat, an causa iusta sit uel iniusta, respondeo id sequi, eo casu, quo denunciatio est omissa, & dubium est, an venditor interpellatus, emptorem defendere potuerit. Sed in re clara & manifesta, secus est præsumendum, neque enim lex frustra requireret interpellationem ac denunciationem, quæ nihil effectura est.

Ad tertium respondeo, iure non probari quod assumitur in argumento, & nostram disputationem versari in ea specie, qua planè constat, nullam venditori defensionem competere.

CAPVT XXXVIII.

Vtrum Ecclesia de euictione agere possit lite venditori non denunciata; & vtrum clericus venditor, cui lis emptori mota denunciatur, trahere causam ad forum Ecclesiasticum possit; Et quid in fisco.



Ecclesiam agere de euictione posse, licet venditori litem non denunciauerit, si venditor litem motam non ignoret, Authores sunt Baldus, in l. 1. C. de periculo & commo. rei vendi, Romanus nu. 10. & Antonius Rubeus, nu. 71 f. in l. Nõ solum, §. morte, ff. de oper. no. nunc. Couuar. lib. 3. Varia. resol. ca. 17. in quarta illatione, Aufrerius ad Capellam Tholosanam, q. 407. in secunda limitatione. Tiraquellus de priuilegijs piæ causę, Priuilegio 141. & seq. quibus & ipse adstipulor.

Fundamentum est præclarum, solidumq;, quia Ecclesia vtitur iure Minoris, c. 1. & c. Auditis, de in integrum restit. Sed in minoribus receptum est, vt de euictione agere possint, lite venditoribus (scientibus tamen) non denunciata, neque interpellatione facta; Igitur & in ecclesia idem statuendum est. In minoribus autem illud est receptum, argumento sumpto ex l. in minorum, C. in quibus cau. in integr. rest. non est necess. vbi textus dicit: *In minorum persona re ipsa, & ex solo tempore tardæ precii solutionis moram fieri.* Et id procedit tam in contractibus, quam in legatis.

Cæterum, Antonius Burg. in c. vlt. nu. 8. & 9. de empt. & vend. contrarium docuit, & cum eo Caballinus de Euictionibus, §. 3. nu. 102. & 103.

Mouetur primò ex c. breui, de iureiur. vbi text. innuit interpellationem esse necessariam etiam in Ecclesia, propter verbum (requisitus) quod in textu est. Sed respondeo nihil probare, quia non decidit in ea specie Summus Põtifex, interpellationem esse necessariam, sed venditorem requisitum, vt defendat Ecclesiam, periurum esse, si eam non defendat, quamuis appellet.

Secundò adferunt text. in c. Potuit, de locato. vbi dicitur, diem certam constituere in mora emphyteutam Ecclesiæ, & ideo necessariam eo casu non esse interpellationem. Ex quo sumitur argumentum, interpellationem esse necessariam, vbi dies certa non est.

Respondeo, diem certam & interpellationem hoc operari in ea specie, vt emphyteuta incidat in pęnam, & hoc probat ille textus. Vtrum autem requiratur interpellatio ad constituendum in mora debitorem Ecclesiæ, non deciditur a Pontifice ibi.

Tertiò adferunt argumentum ex Regula iuris, Mora non committitur absque interpellatione, l. mora, ff. de Vsuris; Ergò & in Ecclesia idem respondendum est, qa contrarium in ea constitutum non reperitur. Et licet in persona minoris aliud sit receptum, non debet tamen ad alios trahi.

Respondeo, ad Ecclesiam meritò id trahi posse, quia ille utitur iure minoris, ut declarat Summus Pontifex in d. c. 1. & in d. c. Auditis, de in integr. restit.

Illud etiam cõtrouersum est, an Clericus cui lis est de-

A nunciata, ad defensionem accedens, trahere possit causã ad forum Ecclesiasticum.

Communis est, & uera sententia, non posse. Ita Bald. Fulgosius, Lancellotus, Decius & Albericus, ad l. venditor ff de iudic. Angelus in l. Non solum, §. Quod vulgò, ff. de usucap. Abbas & Ant. Burgens. in c. ult. de empt. & uend. Idem Abbas, in c. quoniam frequenter, §. in alijs, nu. 28. Vt lite non contest. & ibidem Anton. Butr. Card. & Socin. nu. 127. Anchar. in Reg. Ea quæ, q. 17. de regu. iur. lib. 6. Idem Socin. in cons. 91. lib. 3. vers. Circa ultimã difficultatem. Aufrer. in Clem. 1. de off. ord. Reg. 2. Fall. 5. Gulielmus Benedictus, in c. Raynutius, in vers. Vxorẽ nomine Adelasiam, num. 417. de testam. Couuar. Pract. quæst. cap. 8. nu. 3. Idem Aufrerius ad Capellam Tholos. q. 360. Rebuf. de dilatio. art. 4. Glos. unica, nu. 1. Ripa, in c. 1. nu. 24. de iudic. Cagnol. ad d. l. venditor, ff. de iud. Cabal. de Euict. §. 3. nu. 110.

Probatur satis clarè ex l. uenditor, ff. de iudic. *Venditor* B *ab emptore denunciatus* (ait textus) *vt eum euictionis nomine defenderet, dicit se priuilegium habere sui iudicis. Quæritur an possit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorẽ cœpta est, ad suum Iudicem reuocare. Paulus respondit, venditorem emptoris Iudicem sequi solere.* Idem habetur in l. 1. C. Vbi in rem actio.

Contrariam sententiam habuerunt Gl. in cap. Nullus Clericum, 11. q. 1. Specul. tit. de primo & secundo decreto, §. Restat, uers. Quid si dominus, num. 24. Castrens. & Iacopin. in d. l. Venditor. Imolens. in d. l. Non solum, §. Quod uulgò, ff. de usucap. Io. Platea, in l. 3. C. de iure fisci lib. 10. Aretin. in §. Actionum, n. 19. in Inst. de act.

Fundamentum est in eo, quod Clericus fori secularis præscriptionem habeat, & coram Ecclesiastico Iudice cõueniendus sit, c. Si diligenti, de foro competen. ca. Clericum nullus, 11. q. 1. cum similibus.

Item, quia fiscus ad suum Iudicem causam reuocare potest, l. 3. C. de iure fisci, lib. 10. Ergo & Clericus idem C priuilegium habere debet.

Respondeo, regulariter quidem Clericum illud ius habere declinandi forum seculare. Sed cum in proposita specie reus conuentus ab actore sit laicus, rectè apud iudicem laicum conuenitur. Quod si ad eius defensionem clericus accedat, non potest actoris causam deteriorem facere, Ipse quidem clericus euictionis nomine apud Ecclesiasticum iudicem conueniendus est, sed ut possit etiã causam inter alios laicos inchoatam ad Ecclesiasticum magistratum trahere, neque lege probatur, nec ratione euinci potest.

Quod uero dicitur de fisco, non est adeò exploratum. Etenim, id iuris fisco competere existimarunt Gl. Bar. & Io. Platea, in d. l. 3. C. de iure fisci, lib. 10. Castrẽs. & Iacopin. in d. l. Venditor, ff. de iudi. & ibi etiam Cagnol. Dec. in cons. 700. Capycius decis. 197. Nouissimè Marcus Antonius Peregrinus, de priuilegijs fisci, lib. 7. tit. 1. nu 9.

Quorum fundamentum est ex legibus, quæ dicunt causas fiscales cognoscendas a iudice ipsius fisci, l. cum vẽ D dente, l. ad fiscum, C. vbi causæ fiscales, l. vnica, C. de vẽd. rer. fiscalium, lib. 10. Idem ex d. l. 3. C. de iure fisci: *Si minori precio, quàm res est* (inquit text.) *aperta emptoris fraude, vel gratia, quæ obligata sunt fisco venierunt, aditus procurator meus, debitam quantitatem inferentis restitui ea prædia iubebit.*

Sed contrariam sententiam amplexi sunt Bal. in d. l. 3. C. de iure fisci. Anto. Burgens. in c. vlt. de empt. & vend. nu. 10. & 11. Socin. in d. cons. 91. lib. 3. col. penult. Rebuf. de dilatio. Artic. 4. Glo. Vnica, nu. 9. Aret. in Rubr. de except. nu. 17. Couuar. pract. quæst. c. 8. n. 3. Caballin. de Euict. §. 3. n. 124. quibus & ipse assentior.

Probatur hęc sententia, quia certum est in priuatis ita constitutum esse, vt venditor emptoris iudicem sequatur ex d. l. venditor, ff. de iud. Sed fiscus vtitur iure priuatorũ præterquam in casibus exceptis & expressis, vt docet Gl. in l. itẽ veniũt, § in priuatorũ, ff. de pet. hęr. Dec. in cõs. 5. & alibi. Ergò & in proposita qõne vtitur iure priuatorũ,

quan-

quandoquidem nullibi contrarium sit expressum, ac iure singulari constitutum in ipso fisco.

Non obstant leges in contrarium allegatæ, quia cum non aliud dicant, nisi causas fiscales à Procuratore Cæsaris esse cognoscendas, non efficitur & hanc causam à fisco trahi posse ad eum iudicem, cum iure constitutum sit, vt venditor ad defensionem emptoris accedens, eius iudicem sequatur. Nec contrarium dicunt leges allegatę.

Ad l. 3. C. de iure fisci respondeo. Sententia illius legis est. Si res obligata fisco minori precio vendatur, (à fisco scilicet) emptoris fraude vel gratia (cum videlicet fiscus, vel decipitur, vel emptori gratificatur) dominus rei offerendo debitam fisco quantitatem, rem suam vendicare authoritate Procuratoris Cæsaris interueniente. Meritò hanc rem cognoscet iudex fisci, quia in ea specie non ita res agitur, quasi ipse actor rei dominus eam a possessore, cui fiscus vendidit, sibi restitui petat, & is litem fisco denunciet, qui proinde causam ad Procuratorem reuocet, quo modo existimant prioris sententiæ authores. Sed rei dominus fisco debitam offert quantitatem, & sibi rem suam restitui petit. Fiscus verò, qui malè rem distraxit, petit rescindi contractum, idque impetrat, quare Procurator Cæsaris rem restitui mandat domino suo. Huius interpretationis authorem habeo Cuiacium in comment. d. l. 3. *Infert igitur* (ait Cuiac.) *debitor fisco debitam quantitatem, non precium emptori Fiscus venditionem resoluit, & emptori precium restituit. Quid fiet si priuatus creditor aque dolo malo, aut gratiosè pignora minoris vendiderit? Et placet in eo idem obseruari, vt scilicet offerenti debitori debitam pecuniam, is in hoc teneatur, vt rem, vel id, quod interest, præstet: nisi is soluendo non sit, quo casu oblato precio, res ab emptore reuocatur, l. 1. & 3. C. si vend. pign. quod in fisco dici non potest, qui semper est soluendo.* Hactenus Cuiacius. Hanc eandem sententiam secutus est Senat. Pedem. apud Tessaurum, decis. 213.

CAPVT XXXIX.

Vtrum emptor, qui in lite sibi mota vicit aduersarium, sumptus factos causa litis agitatæ à venditore repetat, aduersario ab expensis absoluto.



Xistimo emptorem, secundum quem pronunciatum fuit in lite mota super dominio rei venditæ, expensas litis petere à venditore posse, si ab aduersario eas non recuperauit, quia videlicet absolutus fuit. Quam sententiam amplexi fuere Bar. in l. venditores, ff. de verbor. oblig. & ibi Angel. Imola, & Aretin. necnon Castrens. Alex. & Iason. Idem tradunt, Io. Andr. Ioan. Imolens. & Abbas, in c. vlt. de empt. & vend. Io. de Anania in consi. 31. & ibi Ludouicus Bologninus in addit. Capra in cons. 90. in 3. dubio. Ant. Gomes. Resol. iuris, tit. de emptio. & vend. nu. 47. Caballinus de Euict. §. 3. nu. 146. Nicolaus Valla, de reb. dubiis, c. 9.

Fundamentum est hoc. Venditor tenetur emptorem defendere in lite ei mota, l. si plus, §. Mota, ff. de Euict. l. qui absentem, ff. de procur. ergo suis sumptibus tenetur eum defendere. Hanc consequentiam probat tex. in l. suo victu, ff. de oper. libertor. Si non defendat, obligatus est ad id, quod emptoris interest, ex regula l. cum quærebatur, ff. iud. solui, & l. stipulationes nō diuiduntur, vers. Celsus, ff. de uerb. obl.

Contrariam sententiam secuti sunt Glos. & Bal. in l. 1. C. de euict. & in l. cum testamento, C. de testam. manu. Spec. de empt. & uend. §. 1. num. 34. post uers. Sed quid si in instrumento. Idem Bal. & Cuman. in l. uenditores, ff. de uerb. obl. Fulgos. in l. qui absentem, ff. de proc.

Sed non est difficile ad argumenta eorum respondere. In primis adsertur l. si status, C. de euic. in illis uerbis: *Quod si fuisse seruum sententia declarauerit, intelligis te ad venditorem reuerti non posse.*

Hic textus decidit, emptorem, secundum quem sen-

A tentia lata fuit, contra uenditorē agere non posse. Quod sanè intelligendum est, quo ad expensas, non autem quo ad seruum uenditum, neque enim respectu serui uenditi, & non euicti, dubitari poterat, an aduersus uenditorem agere posset, cum apud emptorem remansisset.

Respondeo, sensum legis esse, emptorem de euictione agere non posse ipsius serui, nec eo nomine amplius ad venditorem reuerti. Nam ita olim constitutum erat, vt cum status quęstio moueretur, certis solennibus adhibitis, libertatis aut seruitutis assertor decerneretur, quæ solennia sustulit Imperator Iustinianus, in l. 1. C. de assertione tollen. Solebat autem etiam post sententiam latam iterum causa examinari, vsque ad tertiam vicem, quod & Iustinianus emendauit. Hoc igitur decernunt Diocletianus, & Maximianus, in d. l. si status, vt si quidem pro libertate sententia lata fuerit, emptor serui agere de euictione possit, quamuis causa iterum ad examen reuocari possit. Si verò pro seruitute, non possit ad venditorem re-
B uerti, licet causa iterum examinari possit. Itaque nec de his sumptibus agitur in ea lege: & ratio dubitandi oritur ex eo, quòd causa iterum examinari poterat, quamobrem dicēdum videbatur, non prius agi posse, quàm causa iterum cognita fuisset, & tandem exitum habuisset.

Secundò adsertur hoc argumentum. Aut emptoris aduersarius, qui litem mouit, ab expēsis litis absolutus fuit per imprudentiam Iudicis, aut quia iustam habuit causam litigandi. Si per Iudicis imprudentiam, venditor nō tenetur, l. si per imprudentiam, ff. de euict. Si propterea, quòd habuerit iustam causam litigandi, nō tenetur, quia hæc est noua causa, quæ post venditionem emersit.

Respondeo negando, esse nouam causam, quæ post vēditionem emerserit, quoties aduersarius iustam litigandi causam habuit. Nam venditionis tempore, vel antè suberat causa, propter quam lis fuit instituta, neque enim emptor eam suscitauit, quare venditor, qui eum defendere promisit, suis id sumptibus facere debet.

C Tertiò adserunt argumentum ex eo, quòd venditor ad hoc tenetur, vt rem emptori habere liceat, l. ex empto, §. & ex empto, ff. de act. empt. Ergo cum ei rem habere liceat in proposita specie, vt patet, nullam aduersus venditorem actionem habet.

Respondeo, concedo totum argumentum, respectu rei venditæ, sed nego respectu expensarum litis, quas venditorem sustinere oportet, cum ad defendendum emptorem obligatus sit.

Quartò, argumentum proferunt huiusmodi. Venditor de euictione tenetur ipsius rei principaliter, ad sumptus verò in consequentiam, & accessoriè, sublata ergo principali obligatione, tolli videtur & accessoria, argu. l. petitori, ff. de lib. leg. reg. accessorium, de reg. iur. lib. 6.

Respondeo, nego sumptuum refusionem esse accessoriam euictioni causæ. Est enim accessoria obligationi de defendendo rem venditam, quę non est sublata. Et quod dicitur in d. l. petitori, nil commune habet cum quæstio-
D ne nostra. Et inter rem venditam, & litis sumptus, ratio differentiæ patet; quia res non est euicta, ideo eius nomine cessat euictionis actio. Sumptus autem refundendi sunt, quibus lis peracta est, quam suis venditor sumptib. agere tenetur.

Sed quæri potest, ad quos sumptus refundendos obligatus sit venditor? Respondent Castr. & Alex. in d. l. venditores, ff. de verb. obl. ad eos sumptus, qui fiunt gratia ipsius litis instruendæ, vt in testibus, Instrumentis, & aliis documentis ac iuribus, quibus causa solet instrui.

Nituntur autem iis legibus, quibus dicitur venditorem assistere debere emptori, & causam instruere, l. si parentes, l. empti, C. de euict. Et insuper, l. 1. C. de periculo, & commo. rei vendit. vbi dicitur venditorem non teneri, si emptor in lite mota contumax extiterit, nec actori responderit.

Sed hæc sententia dura Caballino visa est in tract. de euictionibus, §. 3. nu. 148. Et mihi non probatur. Quia defendere in iudicio est id facere, quod dominus esset ta-

cturus,

ctturus, l. ſed etſi, §. defendere, ff. de procurat. Quare cum A venditor monitus emptorẽ deſendere debeat in lite mota, l. ſi plus, §. mota, ff. de euict. l. qui abſentem, ff. de proc. omnia facere tenetur, quæ ipſe emptor eſſet ſacturus, iudiciumque in ſe ſuſcipere, & omnes ſumptus facere ac ſuppeditare, qui neceſſarij ſunt in lite & cauſa.

Nec quicquam obſtat l. 1. C. de periculo, & commo. rei vend. quia loquitur in ea ſpecie, qua emptor eſt in culpa, cum ſit contumax. Nec bona eſt collectio: Venditor aſſiſtere tenetur, & cauſam inſtruere, ergo eorum tantum ſumptuum nomine tenetur, qui cauſa litis inſtruendæ fiunt, tenetur enim emptorem defendere, atque adeo iudicium & cauſam in iudicio motam in ſe ſuſcipere, & conſequenter omnes ſumptus neceſſarios erogare. Atque ita ſentio.

CAPVT XL.

Emens ſcienter rem alienam, an re euicta agere poſſit ad reſtitutionem precij. Quid ſi pacto conuentum ſit, vt agi non poſſit de euictione. Et vtrum emptor re euicta per ſententiam, teneatur à ſententia appellare. B



Communis eſt & vera ſententia, eũ qui ſcienter emit rem alienam, nô habere actionem de euictione, nec ad precii reſtitutionem, niſi aliter conuentum ſit, & probatur authoritate l. ſi fundum, C. de euic. *Si fundum ſciens alienum, vel obligatum comparauit Athenocles, neque quicquam de euictione conuenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poſcit rationem.* Ita Gl. Bal. & Salicet. in l. non dubitatur, C. de euict. Gl. & Panorm. in c. ad audientiam, de rebus Eccleſ. non alienand. Caſtrenſ. in l. emptorem, §. qui autem, nu. 3. ff. de act. empt. Dec. in conſ. 114. nu. 4. Natta in conſ. 181. nu. 8. Couuar. variar. reſol. lib. 3. c. 17. poſt nu. 1. quare non poſſum ſatis mirari, cur Franc. Aret. in l. ſi aliquam, nu. 5. ff de acq. poſſeſ. communiter concludi C dixerit, ad precij reſtitutionem regreſſum dari, & cur Caballin. de euict. §. 5. nu. 22. dubitet, an d. l. ſi fundum, C. de euict. correcta, ſit ex l. vlt. §. vlt. C. commu. de legat. Nã in d. §. vlt. agitur de emptore rei fideicommiſſo ſubiectę, quæ proinde aliena non erat, ita reſpondit Couuar. loco ſuperius annotato, verſ. ad eam quæſtionem à qua digreſſus ſum. Sed non mihi probatur hæc reſponſio, quia tex. in d. §. vlt. dicit. Cum ſufficiat emptori ſaltem pro precio, quod ſciens dedit pro alienare, ſibi ſatisfieri. Ego puto de ea ſpecie textum illum accipiendum eſſe, in qua de euictione promiſit venditor, tunc enim actio ſaltem ad precii reſtitutionem datur. Id patet ex verbis pręcedentibus dicti §. ait enim: *Neque dupla ſtipulatione, neque melioratione locum habente.* Quibus verbis intelligitur, tex. loqui quando de euictione interpoſita eſt ſtipulatio, quo caſu Imperator negat actionem dari ad duplũ, cũ ſufficiat emptori, ſibi de precio, qđ pro aliena re ſciẽs dedit, ſatisfieri.

Maior controuerſia eſt, quando inter cõtrahentes eſt D conuentum, vt is, qui vendit, de euictione non ſit obligatus. Nam teneri nihilominus ad reſtitutionem precij, probat tex. in l. emptorem, §. qui autem, ff. de actio. empt. Sed controuerſia eſt, ſi pactum generaliter non concipiatur, ſed ad certam cauſam, vel perſonam reſpiciat, exempli gratia, cum ita ſit conuentum, vt non teneatur venditor de euictione ex cauſa litis mouendæ à Titio. Etenim, actionem hoc in caſu ad precii reſtitutionem non competere, docet glo. in l. libertatis, ff. de euict. & ibidem Bal. Ang. & Salic. Roma. Sing. 387. Caſtr. in d. l. emptorem, §. qui autem, ff. de act. empt. Marſil Sing. 656. Ripa, in l. ſi aliquam rem, nu. 47. ff. de acq. poſſ. Natta in conſ. 181. nu. 7. Tiraquel. de retractu conſan. §. 12. Gl. 1. nu. 14.

Fundamentum eſt in d. l. libertatis, cuius hæc ſunt verba: *Qui libertatis cauſam excepit in venditione, ſiue iam tunc, cum traderetur, liber homo fuerit, ſiue conditione, qua teſtamento fuerit impleta, ad libertatem peruenerit, non tenebitur euictionis nomine.*

Huc accedat ratio. Nam cum certa cauſa expreſſa eſt, ſibi emptor imputare debet, cur antequam emerit, non diligentiam adhibuerit, in inueſtiganda ipſa cauſa, & an res euictioni eſſet obnoxia.

Contrariam ſententiam habuerunt Anto. Rubeus, in l. non ſolum, §. morte, nu. 446. ff. de oper. no. nunc. Couuar. lib. 3. Variar. reſol. c. 17. nu. 1. Caballin. de euict. §. 5. poſt nu. 26. & iſti alios citant, quibus & ipſe aſſentior.

Probatur hæc ſententia ex l. emptorem, §. qui autem, ff de act. empt. cuius hæc ſunt verba: *Ibidem ait, Idem eſſe dicendum, & ſi apertè in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine præſtitum iri. Precium quidem deberi re euicta, vtilitatem non deberi. Neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emptor rem amitteret, & venditor precium retineret.*

Huius textus verba ſunt generalia, vnde & propoſitæ ſpeciei rectè accommodantur, & ratio ipſius legis optimè conuenire videtur.

Ad tex. in l. libertatis, ff. de euictio. reſpondeo, non obſtare, quia nihil aliud dicit, niſi venditorem eo caſu non teneri euictionis nomine, ſcilicet quoad vtilitatem, non autem quoad precii reſtitutionem, ne pugnet cum d. l. emptorem, §. qui autem.

Non obſtat ratio allegata, quia etiam cum nulla cauſa exprimitur, ſed tantum generaliter illud in conuentionem deducitur, vt de euictione agi non poſſit, imputare ſibi emptor deberet, cur emerit eam rem, quam certò neſciebat eſſe vendentis. Cur non diligenter perquiſierit, an eſſet in dominiò venditoris. Sed quoniam bonæ fidei contractus eſt, æquitas non patitur, vt venditor precium retineat, eo caſu, quo emptor rem amittit.

Sed & an emptor victus per ſententiam teneatur appellare, non eſt eadem omnium ſententia. Non appellare debere dicunt Spec. tit. de appel. §. 1. num. 8. Papienſis in forma libelli in cauſa venditionis, in verbo, promittens, nu. 8. Cagnol. ad l. venditor, nu. 5. ff. de iudi. Dec. in conſilio 74. num. 3.

Alij diſtinguunt; aut emptor habet bonam cauſam, aut malam, aut dubiam. Si bonam, tenetur appellare, ſi malam, aut dubiam, non tenetur. Glo. Bar. & Ange. in l. Herennius, §. Caia, ff. de euict. Imola, in c. vlt. num. 8. de empt. & vend. Natta cõſ. 206. Caballi. de euic. §. 3. n. 145.

Alij docent emptorem appellare debere, licet cauſam dubiam habeat, ſi venditor præſens non fuerit; Ita Bald. in d. §. Caia, Ang. Aret. in §. actionum, nu. 20. de action. Conuar. lib. 3. Variar. reſol. c. 17. verſ. Nono venditor.

Alij exiſtimant, ſi venditor præſens fuerit, emptorem non teneri appellare. Ita Io. Andr. in add. ad Spec. loco annotato, Natta dicto conſ. 208. & ibi dicit, idem iuris fore, quoties venditori ſententia fuerit intimata.

Alij denique cenſent, emptorem, ſi bonam cauſam habeat, appellare debere, licet venditor fuerit præſens. Ita Bal. in d. §. Caia.

Ego totam hanc rem ſequentibus concluſionibus explicari poſſe exiſtimo.

Prima concluſio. Emptor bonam cauſam habens, tenetur appellare. Probatur ex l. ſi bonam, C. de admi. tut. & l. ſi procuratorem. §. ſi ignorantes, ff. de procur. Et hac ratione: quia cum habet bonam cauſam, ſententia eſt iniuſta, ergo ipſi nocet, non autem venditori, l. ſi per imprudentiam, ff. de euict. meritò appellare debet, alioqui ſibi præiudicat ſententia.

Secunda concluſio. Emptor bonam cauſam habens, appellare tenetur, licet venditor præſens fuerit. Probatur; quia ſententia iniuſta emptori ipſi nocet, non autẽ venditori, vt proximè dictum eſt; vnde ſi non appellet, ſibi imputare debet, & ſua culpa damnum ſentire videtur. Et idem iuris eſt etiam, quando ſententia venditori eſt intimata. Eadem eſt enim ratio.

Non obſtant huic concluſioni l. Herennius, §. Caia, ff. de euict. & l. ſi procur. §. ſi ignorantes, ff. de procur. Nã quod attinet ad §. Caia, illa eſt ratio, quia emptor bonam cauſam non habebat, vt patet ex illis verbis: *Siue quod*

alienus fuerit, cum veniret, siue quòd tunc obligatus, cum euictus est, &c. Quod verò attinet ad d. §. si ignorantes, in specie fideiussor conuentus & condemnatus fuit, is verò sententiam intimauit debitori, vt si vellet, appellaret, quę res à proposita quæstione longè est aliena.

Tertia conclusio, si emptor malam causam habeat, nō tenetur appellare. Probatur ex dicto, §. Caia.

Quarta concl. Vbi emptor habet causam dubiam, non tenetur appellare. Probatur: quia nulla lege cautum reperitur, quòd appellare teneatur. Nam leges dant actionem emptori euictionis nomine, si modò litem venditori denunciauerit, nulla facta mentione necessitatis appellandi quando causam ipse emptor malam habet, vel dubiam, vt in l. libera, C. de sententiis & interlocutionibus omn. iud. cum vulg.

Quinta concl. Si pacto remissa sit emptori necessitas appellandi, non tenetur appellare. Et hæc sunt pacta utilia nuncupata, quibus emptor releuatur a multis obligationibus, vt declarat Cagn. in l. venditor, post nu. 5. ff. de Iud. Facit lex in d. l. Herennius, in princ ff. de euict. & in l. quæritur, §. si venditor, ff. de ædilit. edicto.

Coronidis loco notandum, si emptor appellauerit, eū teneri ad prosequendam appellationis causam, l. Heren. §. vlt. ff. de euict.

CAPVT XLI.

Vtrum statuto Ciuitatis causas inter consanguineos compromitti in arbitros, seu arbitratores mandante, possit venditor, ad emptoris defensionem accedens, in lite mota cogere aduersarium ad compromittendum.

COmmunis est & vera sententia, venditorem cogere posse aduersarium emptoris ad compromittendum, vigore statuti. Ita enim censuerunt Bar. in 2. q. incipiente: Pisaniæ Ciuitatis. Castrens. ad l. venditor, ff. de Iudicijs. Ant. Burg. in c. vlt. nu. 21. de empt. & vend. Socin. sen. in cons. 91. nu. 12. lib. 3. Cagnol. in d. l. venditor, nu. 21. Caballin. de euict. §. 3. nu. 127. Blanc. de Compromissis, q. 3. nu. 49. vers. Assumens iudicium pro alio.

Probatur hæc sententia, quia hoc in casu verba statuti conueniunt, & causa ipsius statuti. Nam statutum mandat, causas & lites inter consanguineos comprimitti. Sed venditor, & litem instituens, sunt consanguinei, & litē habent inuicem, quia alter rem vindicat ab emptore, alter eum defendit, ac se opponit, atque ita inter se litigant & contendunt. Causa verò statuti hæc est, ut sine strepitu Iudicii, sine magnis sumptibus, citiusque, & facilius consanguineorum controuersiæ decidantur. Quæ quidē ratio, locum sibi vendicat & in hac specie.

Est autem vulgata iuris Regala ac trita. Quoties verba legis conueniunt, & ratio ipsius legis, non esse dubitādum, quin & lex in ea specie conueniat, suamque uim exerceat.

Contrariam sententiam habuerunt Bal. & Sal. ad l. 1. C. ubi in rem actio. Castr. sibi contrarius, in cons. 178. libro 2. Ang. ad l. emptori, C. de euict. Alex. in cons. 65. lib. 7. Io. de Arnono, Sing. 70. Laurent. Syluan. in cons. 49. numero 70.

Alij uerò distinguunt, utrum statutum mandet in arbitrum compromitti, an uerò in arbitratorem, ut per Angel. Aret. in Rubr. de except. nu. 16. & per Syluan. d. cons. 49. nu. 70. Sed magis probatur superior sententia. Porrò fundamentum contrariæ sententiæ positum est in eo, quod venditor ad defensionem emptoris accedens, sequi debeat Iudicem emptoris, vt in l. venditor, ff. de Iudicijs. Sed hoc argumentum non obstat, quia si venditor ad defendendum accedens, trahere posset causam ad alium iudicem, id eam ob causam tantum obtineret, quod dum emptorem defendit, Rei conuenti loco esse videatur. Actor autem forum rei sequi debeat. Sed quoniam Reus non est, sed defensor ipsius Rei conuenti, nempè emptoA ris, idcirco sequi debet emptoris Iudicem. At in proposita quæst. non eo fundamento nititur, quòd sit Reus conuētus, vel loco Rei conuenti habendus, sed quòd sit consanguineus Actoris, quod & verum est, & facit, vt lex municipalis seruanda sit.

CAPVT XLII.

Vtrum uolens ex pacto rem redimere, precium offerre tantum debeat, an uerò etiam deponere.



VEnditor ex lege venditionis rem vult redimere, vtrum satis ei sit precium offerre, an verò teneatur etiam illud deponere, controuersia est non modica.

Et quidem sufficere oblationem realem ipsius precii, responderunt Io. And. in addit. ad Spec. Rub. de empt. & vend. post prin. Bal. in l. acceptam, in 5. q. C. de vsuris, & ibidem Alber. col. 2. Castr. ad l. 2. C. de pact. int.
B empt. & vend. & in l. si à te, C. eod. tit. Aret. in l. si seruus communis, col. 1. ff. de vulg. & pup. Soc. sen. in cons. 80. col. 3. lib. 3. Cagnol. in Repetit. d. l. 2. C. de pact. inter emptio. & vend. in 4. notabili. Marsilins Singul. 479. Cassanæus consi. 41. Boerius decis. 124. nu. 27.

Argumenta hæc sunt. Primum ex l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. vbi patet, ex oblatione precii facta, actionem competere, nec in textu fit vlla mētio depositionis.

Secundum argumentum ex l. si rem, 9. §. vlt. ff. de pig. act. ibi. *Tamen si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pignoratam, & quod sua est, consequi*. nec vlla fit mentio depositionis ipsius pecuniæ.

Tertium argumentum est ex l. qui decem, 72. ff. de solutio. *Qui decem debet*, ait textus, *si ea obtulit Creditori, & ille sine iusta causa accipere recusauit*, &c. *doli mali exceptione posse se tueri*, &c.

Contrariam sententiam, nempè, solam oblationē non sufficere, sed requiri etiam depositionem, & obsignatio-
C nem, secuti sunt Gl. in d. l. 2. in uerbo, oblatam, Bar. & Salic. in l. si a te, C. de pact. inter empt. & vend. Idem Bar. in l. acceptam, C. de vsuris, Bal. in cons. 108. lib. 5. Petr. Anchar. in cons. 331. col. 1. Io. Andr. in ca. illo vos, col. tit. de pig. Mansuerius in tit. de empt. & vend. §. Item venditor ex pacto.

Argumenta hæc sunt. Primum ex d. l. si a te, ibi: *Denūciationis & obsignationis, depositionisque remedio contra fraudem poteris iuri tuo consulere*.

Secundum ex l. acceptam, C. de usuris: *Acceptam*, inquit, *mutuò sortem cum vsuris licitis creditoribus post contestationem offeras, & si non recipiant, consignatam in publico depone, &c.*

Tertium ex l. vlt. ff. de lege commissoria, ibi: *Die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exoluere, & sacculum cum pecunia signatorum signis obsignauit.*

Quartum ex l. 2. C. de iure emphyt. ibi: *Attestatione*
D *premissa pecunias offerat, hisq́; obsignatis, & secundum legem depositis, minimè deiectionis timere periculum.*

Tertia est opinio distinguentium: Aut oblatio fit in iudicio, & sufficit, argum. l. si rem, §. vlt. ff. de pig. actio. Aut extra iudicium, & non sufficit: sed requiritur etiam depositio & consignatio, argumento aliarum legum, quæ pro posteriore sententia allatæ sunt. Ita Castr. in d. l. si ad te, & ante eum Petr. de Bellapertica, in d. l. 2.

Postrema est sententia Andr. Tiraq. de retrac. conuēt. §. 4. Gl. 6. nu. 4. Oblationē quidem realem sufficere, vt res ipsa redimatur, sed vt redimere volēs fructus ex die oblationis consequatur, necessariam esse depositionem, & obsignationem pecuniæ.

Ego sanè in hac cōtrouersia existimarem, sufficere realem oblationem precii, nisi aduersa pars recusaret accipere, tunc enim depositione pecuniæ opus esse iudicarem.

Moueor authoritate l. nec creditores, C. de pig. actio: ibi: *Reddita Iuri debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata, obsignata, & deposita*, &c.

Moueor prætereà ex alijs legibus quæ superiùs allatæ sunt, & quę dilertè requirunt eiusmodi depositioné & cõsignationé, quoties creditor detrectat recipere pecuniã.

Nec me ab hac sententia deterrent Iuris loca pro contraria opinione relata. Nam quod attinet ad d.l.2.nec ibi negatur necessariam esse depositionem reluctante aduersario, & contrahentes in ea specie pacti sunt, & quandocunque venditores, siue hæredes eorum precium offerrent, fundus eis restitueretur.

Quod verò dicitur in d.l.Si rem, §.vlt.minimè obstat: quia creditor in ea specie pecuniam accipere non detrectabat, sed quęstio erat an pignus repeti posset, quia quantitas debita, non erat soluta creditori. Iurisconsultus respondit actionem competere ad pignus reluendum, debita pecunia oblata.

Ad l.Qui decem, ff.de solutio.respondeo, eo in loco nõ agi, an debitor offerendo debitam pecuniam, actionem consequatur, sicut in casu nostro, sed an post oblationem periculum amissionis pecuniæ, pertineat ad ipsum debitorem, vel creditorem; Et ait textus ad creditorem pertinere, non enim est æquum, eum teneri pecunia amissa, qui non teneretur, si creditor eam accipere voluisset. Quanquam non desunt, qui existiment etiam in ea specie depositionem esse necessariam. Vide Decium in l.Quod te, in 2.lectura, nu.26.ff. Si certum petatur.

Solet etiam adferri textus pro contraria opinione, in l. Si per te, C.de vsuris. Sed nihil obstat: quia depositionem requirit, vt patet ex illis verbis: *Quod si etiam sortem deposuisti, exinde, ex quo id factum apparuerit, in vsuras non conuenieris.*

CAPVT XLIII.

Quodnam sit precium iustum annui census.

Hoc caput Italis meis scribo, non Germanis, apud quos Cæsarea lege definitum est, iustum annui census precium esse, cum in singula centena quinque constituuntur, vt constat ex Andr.Geyll.lib.2.Obseru.c.7. Quod quidem alibi non ita definitum est, & apud Doctores maximè controuersum.

Iustum esse precium primo loco annui census cùm decem in singula centena dantur, responderunt multi, quos citat Tiraquell. de retractu consang.§.1.Glos.6.num.17. Anton. Tessaurus decisio. Pedem. 154. Benedictus Bonius de Censib.lib.1.artic.8.& eorum fundamentum est in Extrauag.Martini V.tit. de empt.& vend.necnon Calixti, ibidem relata, & Nicolai V. ad Alphonsum Aragonum Regem, eiusque subditos citrà & vltrà Pharum Siciliæ constitutos directa, In quam Commentaria scripsit Petrus Follerius. Adstipulatur & doctrina Bartoli in l.In lege Falcidia, 45.ff.ad leg.Falcid.& in l.Papinianus, §.Vnde si quis, ff.de inoff.testam.quibus in locis docuit interusurij æstimationem esse decem pro centum.

Sed hæc sententia solidum non habet fundamentum; quia Martini & Calixti Constitutiones non definiunt generaliter id esse iustũ annui census precium, sed statuunt, eos contractus censuum, qui in Dięcesi Vratislauiensi frequentabantur, esse licitos. Fiebant auté in hunc modum, vt ibi Martinus Pont. Max.commemorat: *Ad rationem, & pro qualibet marca annuo census decem, vndecim, tredecim, quatuordecim marca, aut plus vel minus, secundùm temporis qualitatem, prout ipsi contrahentes inter se conueneant*; Quibus verbis significatur, aliquando decem in singula centena fuisse constituta, aliquando nouem, aliquando octo, aliquando septem, & quandoque sex. Sed licet Summus Põtifex ex relatione Cardinalis, cui negotium illud fuerat cum peritorum consilio demandatum, comperit contractus eos iuridicos & licitos fuisse, vt ipse dicit in dicta Constitutione, non tamen efficitur, alibi quoque generaliter ita esse statuendum, vt nulla locorũ, temporum, personarum habita ratione, iustum annui census

A precium reputetur, cùm in singula centena decẽ dantur? Quamobrem extra prouincias illas extendi non posse memoratas Constitutiones responderũt Alciatus in cons.3.n.3.Natta in cons.498.Gratus cons.39.lib.2.Aret.cõl.30.

Quod verò attinet ad Nicolai V.Constitutionem, eã pertinere ad Regem Sicilię, & eius subditos, patet ex eius tenore, & testatur optimè Io.Bapt.Lupus ad l.2.C.de pactis inter empt. & vend.Comment.2.§.2.num.86.

Secunda est opinio, iustum esse preciũ quantum ascendit cumulus pensionum, quindecim annorum, Argu.l.Si quis argentum.§.Sin aũt donator, C.de dona.quã sententiã cõsuetudine Montargiensiũ & Loruiensium receptã esse testatur Tiraquell.loco annotato. Sed cùm decisio dicti §.Sin aũt donator, in donatore paupere loquatur, nullum ex ea fundamentum sumi potest firmum, sicuti adnotauit Couuar. Variar.resol.lib.3.c.9.nu.6.

Tertia est sententia, quinq; pro centum, esse iustũ annui census precium, Glos.in auth. Perpetua, in ver. Iusta,

B C.de sacrosanct. Eccles. & ibi Castrens.Rom.in cõs.423. Cepolla de simula.contract.in 3.Præsumpt.Guido Papę, in consil.180. & alij à Tiraquello citati de retractu consang.§.1.Glo.6.nu.19.

Nititur hæc sententia textu in §. Si verò alicuius, in Auth. de non alien.reb. Eccles. qui non facit ad rem nostram, loquitur enim de emphyteusi rei Ecclesiasticæ ad certum tempus concessa, pretiosę quidem, sed modici reditus, sicuti adnotarunt Couuar.lib.3.Variar.resol.ca.9. nu.5.& Lupus loco superiùs citato, nu.77.

Quarta est sententia, sed nullo nixa fundamento, sex pro centum, iustum precium constituere. Ita Laurentius de Rodulphis in Commentarijs de vsuris, 2.parte, quæst. 12. Parisius in consil 60.nu.29.lib.1.

Quinta est sententia Couuar. loco suprà citato, obseruandam esse hac in re prouincię consuetudinem, communemque hominum æstimationem, secundùm quã rerum precia definiri solent, l.Precia rerum, ff.ad leg.Falcid.

C Sexta est opinio Io.Baptis.Lupi in sæpè citatis cõmentarijs ad l.2.C.de pact.int.empt.& vend.comment.2.§.2. nu.79 Iustum esse precium annui census illud, quod æstimationi rei, super qua constituitur, & fructibus, qui ex ea percipiuntur, respondet & conforme est.

Eandem sententiam probat Iacob.Menoch. in consil. 445.nu.11.lib.5. Eiusdem sententiæ mihi vr̃ esse Martin. Nauarr.in cõmentarijs de vsuris, ante nu.86.vbi in hanc rem perpendit verba Constitutionis Pij V.quibus dr̃ censum constituendum esse super re frugifera. *Quamuis*, inquit Nauarrus, *non dicat* (Pontifex Maximus) *quanta frugis debeat esse, satis tamen significat, quod debeat esse tanta, quãtus est census, alioquin non satis aptè diceretur frugifera.*

Hanc sententiam ego cæteris omnibus facilè antepono, quia manifestam habet rationem. Sed animaduertendum esse iudico ex eiusdem Pij V.Constitutione, ita censum creari posse & constitui, vt semper in potestate venditoris census positum sit, eundem censum redimere.

D Constat prætereà venditorem census nec dominium, nec possessionem amittere illius rei, super qua fit census. Qua propter iustum esse precium existimarem etiam illud, quod rei æstimationem, & fructus ex ea percipi solitos excedit. Etenim pactum illud reluendi ex communi omnium sententia diminuit iustam rei venditæ æstimationé, vt patet ex traditis per Socin.in cons.16.lib.1.Couuar. Variar.resolut.lib.3.c.10.Rolan.à Valle, in cons.96.n. 38.lib.2.& alios passim. Itaque, si v.g.quinq; pro centum ex re censui supposita percipiatur, iustam tamen eam esse conuentionem arbitror, qua septem annua, vel etiam octo emptori census præstantur. Nam si rem ipsam emisset liberè & absque onere reluitionis, quinque annua ex ea percepisset, præter alia commoda, quæ ex prędijs & rebus frugiferis percipi solent. Atque hanc sententiam iuri & æquitati consentaneam fuisse iudicatam à Summo Pontifice Gregorio XIII. ex testibus fide dignis ac religiosis accepi; idque in Ecclesiastica ipsa ditione passim ferè obseruatur,

CA.

CAPVT XLIIII.

Vtrum annuus census necessariò constitui debeat super certis rebus frugiferis.



T hoc caput Germanis mihi carissimis par[u] vsui esse poterit, apud quos consuetudine receptum esse, vt cēsus tàm super certis, quàm super incertis rebus, immò & super persona li obligatione constitui possint, testis est Andr. Geyll. lib. 2. Obser. 7. nu. 13. Sed tamen iuuat illud in disputationem reuocare, quòd satis celebris ea de re sit controuersia.

Et quidem eorum sententiam magis probo, qui super certis rebus sui natura frugiferis census esse constituendos existimarunt. His etenim adstipulatur Pij V. Pontificis Maximi autoritas, cuius ea de re extat Constitutio edita anno 1568. 14 Kal. Februarij, præter Mart. & Calixti editas Constitutiones, de quibus in Extrauag. de empti. & vend. in illis verbis: *Super bonis suis, dominiis oppidis*, &c. Et rursus ibi: *Super eorum bonis, domibus, agris, prædiis, possessionibus*, &c. Authores autem huius sententię sunt Io. de Lignano in c. In ciuitate, de vsuris, & in c. vlt. quæst. 1. eo tit. Aretin. in cons. 151. col. 3. Abbas Panor. in disputatione 5. col. vlt. Laurentius de Rodulphis in c. consuluit, in c. ex parte, quæst. 12. Angelus in Summa, in verbo, Vsura, nu. 78. Cassanæus in Catalogo Gloriæ mundi, parte 12. Consideratione 98. Fallen. 25. & in cons. 63. nu. 6. S. Antoninus in Summa, in 2. parte, tit. 1. c. 8. §. 10. Ioan. Bapt. Lupus Geminianus, ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. comment. 2. §. 2. nu. 63. Martinus Nauarrus in Commentarijs de Vsuris ante num. 86.

Contrariam sententiam habuerunt; Scilicet etiam super personali obligatione posse constitui, Conradus de Contractibus, quæst. 74. & 75. Io. Medina de restitutione, quæst. de Censib. col. 5. Dominicus Sotus de iust. & iure, lib. 6. q. 5. artic. 1. Couuar. lib. 3. Variar. resol. cap. 7. nume. 5. versic. Ego sanè.

Argumenta hæc sunt. Primum argum. Census constitui potest super certis bonis, ita, vt eis peremptis, venditor nihilominus ad annuam pensionem teneatur. Huiusmodi autem obligatio non est alia quàm personalis. Ergò nihil prohibet, quò minus super persona constitui possit.

Assumptio probatur ex Constitutione Martini & Calixti, in Extrauag. de empt. & vend.

Respondeo, eas Constitutiones id non dicere. Verba Cōstitutionis Summi Pontificis Martini hæc sunt, quod ad hanc rem attinet: *Sed ad hoc huiusmodi census venditores minime, nequaquam per emptores arctari, vel adstringi valerent, etiam ipsis possessionibus, & bonis obligatis penitus interemptis, seu destructis.* Verba Calixti hæc sunt: *Sed eidem ementes etiam si bona domus, terra, agri, possessiones, & hereditates huiusmodi processu temporis ad omnimoda destructionis, seu desolationis reducerentur opprobrium, pecuniam ipsam etiam agendo repetere non valerent.*

Quibus verbis hoc summi Pontifices decernunt, vt re perempta, perimatur etiam actio ad sortem repetendam. Sed non inde sequitur, actionem ad censum annuum rebus etiā peremptis saluam remanere, Id non dicunt textus dictarum Constitutionum, Immò cùm ad sortem repetendam extinguatur actio, videtur etiam in consequentiam extingui ad census annuos petendos, qui propter ipsam sortem pecuniæ præstantur.

Secundum argumentum. Licet alicui gratis se obligare ad annuam pensionem alicui præstandam, Ergò & data pecunia licebit.

Respondeo, nego consequentiam, sicut si quis ita argumentaretur. Potest quis donare cuipiam aliquid ex liberalitate; Ergò donare potest etiam propter pecuniam ab eo mutuatam.

Tertium argu. potest quis locare certa mercede constituta operas suas, l. Qui operas, l. In operis, ff. locati, Ergò

A & eas vendere, certo precio constituto. Videtur autem quis operas suas vendere, dum se ad præstādum annuum censum obligat, certa pecuniæ summa accepta.

Respondeo negando, operas in proposita specie vendi. Quid enim, si obligatus ad censum idoneus non sit ad operandum? Quid si idoneus sit quidem, sed non tanti æstimandæ sint operæ, quantū census nomine pręstat? Quid si infirmus sit, & ex eo nulla prorsus speret operā?

Quartum argumentum. Quoties super certis rebus census constituitur, persona tamen principaliter videtur esse obligata, ideoque & re perempta manet obligatio personæ, argum. l. creditor, 28. ff. si certum petatur. Igitur æquè potest super ipsa personæ obligatione census fundari, atque super ipsis rebus. Immò iustior esse vr̄ contractus, quo persona tantùm obligata sit, & vtilior emptori.

Respondeo, personam quidem esse principaliter obligatam, sed tamen super certis rebus constituendum esse censum, vt pecuniæ amittendæ re perempta, vel infrugi-
B fera reddita, periculum emptor subeat, sic enim contractus à feneratitio mutuo euidenter erit alienus, ac proinde licitus. Cùm alioqui personalis obligatio rei peremptione non tollatur, l. incendium, C. si cert. petat. Sed dū dr̄, ergo æquè bene super persona, &c. Negatur, quoniam super rebus sit, non tantum vt eæ sint emptori obligatæ, sed ēt vt subiaceat alicui periculo census, nempe vt re perempta, & ipse perimatur. quod vnà cum alijs conditionibus à Pio V. Pontifice Maximo requisitis, facit, vt contractus magis licitus, & minus suspectus iudicetur.

CAPVT XLV.

Quis contractus esse dicatur, cùm pro re datur res, & simul etiam pecunia, & an dicatur esse permutatio, cùm res, siue species certa datur pro incerta, vel incerta, pro incerta.

C CVm ex vna parte contrahentium res datur, vt res accipiatur, & simul etiam pecunia, disputari solet, quisnam contractus censeatur. Prima est sententia eiusmodi contractum esse innominatum. Ita Bartol. ad l. 1. ff. de rer. permut. Fulgos. & Iason ibid. Imola, & Ludouic. Rom. ad l. Aristo, ff. de donation. Idem Roman. in cons. 86. Io. Berberius in viatorio Iuris, rubr. de rer. permut. col. 2. Guido Papæ decis. 92. Firmian in tract. de Gabellis 3. parte, 8. partis princip. quæst. 2. vers. Item an habeat. Ripa ad l. 2. ff. si certū petatur, in vlt. col. Cotta in Memor. in verbo, Contractus an in dubio. Tiraq. de retractu consang. §. 30. Glos. 1. num. 36. Pinell. ad l. 2. C. de rescin. vend. in 2. parte, cap. 2. nu. 5. Anton. Gomes. variar. resol. tit. de contract. cap. 2. num. 10.

Fundamentum est in eo, quòd cùm incertum est, quis contractus appellari possit, innominatus esse censeatur, & icciroo præscriptis verbis agendum sit, l. 1. ff. de tribu-
D tor. actio. l. 1. & 2. ff. de præscript. verb.

Secunda est opinio, huiusmodi contractum venditionem censeri, quoniam id videtur esse fauorabilius, ita Bald. in prælud. Feud. nu. 11. Alex. ad Bart. l. Si in empt. ff. de contrah. empt. Fabian. à Monte de empt. & vend. in 2. quæst. princ. nu. 23.

Tertia est sententia, hanc rem diiudicandam esse, non ex nomine, quo contrahentes vtuntur, sed ex substantia, & qualitate ipsius contractus; Nam si exempli gratia res detur, vt alia res accipiatur, & simul etiam precium modicum, & longè minus, quàm sit ipsa res, talis contractus erit permutatio, non autem venditio, licet res & precium intercesserit. Ita Castren. ad dictam l. Aristo, ff. de donation. Antonius, Gomesius & Tiraquell. locis annotatis.

Quarta est opinio Francisci Connani lib. 7. Commen. Iuris. titu. de rer. permut. nu. 3. Id sequendum esse, quod contrahentes præcipuè voluerunt, eamque voluntatem ex magnitudine quidem precij iudicandam, sed non

ex solo

A ex ſolo exceſſu, quia poteſt tam paruus exceſſus eſſe, ut in fraudem vẽditionis permutatio fieri videatur, id quod iudicio prudentis Iudicis æſtimabitur.

Quod ſi vectigal aliquod pendendum ſit, vel canon emphyteuticus de rebus emptis, exiſtimat Connanus hæc ad viuum eſſe reſecanda, & quatenus interuenit pecunia, venditionem eſſe iudicandam, quatenus res interuenit, permutationem.

Quinta & poſtrema eſt ſententia, hunc contractum partim eſſe venditionem, partim permutationem, ita Alciatus ad l.2. nu. 18. ff. de verb. oblig. Idem ante eum ſubobſcure tamen dixerunt Specu. tit. de rer. permut. verſ. Si verò res. Cyn. ad l. Quæritur, ff. de ſtatu hominum. & ibi & Ang. necnon Caſtr. in l. Ariſto. n. 3. ff. de don. Eandem ſniam ſecutus eſt Couu. Variar. reſol. li. 2. c. 3. n. 9. & nouiſſimè Federic. Scotus ad l.1. ff. ſi cert. petatur.

Ex his ſententiis hæc poſtrema videtur mihi probabilior, ſed & tertiam ſententiam magnopere probo. Pro cõfirmatione autem adſerri poſſunt leges, quibus patet nõ B eſſe nouum, vt aliquis contractus partim venditionis, partim donationis nonne cenſeatur, l. cum hic ſtatus, §. pen. l. ſi ſponſus. §. circa, ff. de donat. inter virum & vxorem, l. Ariſto, de donation. Et cum in hac facti ſpecie omnia interueniant, quæ ad venditionis & permutionis cõtractum pertinent, nempè, res pro re, & ſimul etiam precium, haud dubium eſſe poteſt, quin ex ea parte, qua precium interuenit, contractus ad venditionem referendus ſit, & quatenus res datùr, vt altera eius vice accipiatur, ad permutationem, niſi precium ita ſit exiguum, vt eius habenda ratio non videatur ad conſtituendum ex eo contractum.

Nec Pinelli argumenta, hanc ſententiam refellere conantis aliquo pacto me mouent. Inprimis adfert l. Si in emptione, 34 ff. de contrahen. empt. in illis verbis: *Nec refert quanti ſit acceſſio, ſiue plus in ea ſit.*

Reſpondeo, ſenſum eſſe, id, quod accedit deberi, quantumcunque ſit, quia plerunque res propter acceſſiones C emuntur. Debetur autem id, quod venditor intellexit, quia debitoris eſt electio, cum aliquid in genere debetur vt fruſtra Cuiacius lib. 1. Obſeru. ca. 10. tentauerit, loco venditoris, ſubſtituere emptoris. Sed acceſſio in ea lege non mutat ſpeciem contractus, vt in propoſita quæſtione. Quare ad hanc rem non pertinet ille textus.

Secundò adſert tex. in l. fundi partem, 79. ff. eo. titu. & in l. 6. §. 1. & in l. ſi ſterilis, §. ſi tibi, ff. de actio. empt. in quibus legibus, inquit Pinellus, Iuriſconſulti venditionem appellant, cum datur pecunia, & alia res, nec diſtinguunt quid ex his excedat, & quantum.

Reſpondeo. Quod attinet ad d. l. fundi partem, ibi nõ dicitur venditionem factam fuiſſe certo precio conſtituto, & ſimul etiam alia re data, ſed lex loquitur de venditione, cui pactum acceſſit, vt emptor alteram partem fundi conductam haberet, atque ex empto actionem dari, vt pactum impleatur, quæ res toto diſtat cælo à quæſtione noſtra. D

Eadem reſponſio valet ad d. l. 6. §. 1. in qua agitur de pacto venditioni adiecto, non autem de precio, & alia re: *Si vendidi,* inquit, *tibi Inſulam certa pecunia, vt aliam inſulam reficeres, agam ex vendito, vt reficias.* Eodẽ modo loquitur l. ſi ſterilis, §. ſi tibi.

Eſt & altera controuerſia, ſit ne permutatio etiã quando res incerta datur pro incerta, vel pro certa.

Affirmant Deci. ad l. 2. ff. ſi certum pet. nu. 18. Alciat. ibid. nu. 25. Zaſius, nu. 4. Curt. iun. 29. Buticella, num. 37. Feder. Scot. nu. 124. & alij quos commemorat Pinell. ad l. 2. C. de reſcin. vend. in 1. parte rubr. c. 1. nu. 10.

Negant verò Gloſ. in l. 1. C. de rerum permut. in verbo, Poſtulatis, Bart. ad l. 1. in 3. q. ff. eod. tit. & in l. 2. ff. ſi certum pet. & ibid. Caſtrenſ. Iaſon, nu. 8. Ripa, nu. 25. necnõ & nouiſſimè Viglius.

Fundamentum habet hæc poſterior ſententia in ijs legibus, quibus agitur de permutatione, & mentio plerumque ſit rei certæ, vt in l. 1. l. quoniam, l. emptionem, C. de rer. permut. & in l. 1, ff. eo. tit. Contra verò cum res in genere datur, vt res accipiatur, contractus eſt innominatus, l. 4. §. 1. ff. de præſcript. verb. Accedat, inquit Iaſon, quod permutationis verbum ſignificat quandam perfectam mutationem, quæ maximè eſt, cum vnà ſpecies cum altera commutatur.

Sed iſtis nil motantibus, priori ſententiæ magis accedo, quæ probatur ex l. vlt. C. de rer. permut. vbi patet permutationem eſſe, cum aliquid menſtruum in genere, vel annuum præſtandum eſt.

Secundò probatur ex l. 1. ff. de contrahen. empt. vbi patet permutationem appellari cum agitur, vt pro toga data, recipiatur tunica, vel ferrum pro vino, & ſic in gñre.

Tertiò ex l. 4. §. 1. ff. de præſcript. verb. ibi: *Sin autem do rem, vt rem accipiam* (in genere) *quia non placet permutationem rerum, emptionem eſſe,* &c. Quibus verbis permutatio appellatur, vt patet.

Poſtremò probatur ex ipſa Rubrica, quæ inſcribitur de rerum permutatione, & ſic in genere, non autem de ſpecierum permutatione, & ſic rerum certarum, quicquid diuinando Ripa reſponderit.

Ad argumenta contrariæ opinionis reſpondeo, meritò appellari permutationem rerum, ſeu ſpecierum certarum in dictis ll. non tamen infertur ſecus eſſe ſtatuendum in rebus incertis, nec id negant ll. allegatæ. Quod vero dicebat Iaſon, nullius eſt momenti, quia cum res in genere promittitur, & contractus effectum ſortitur, tunc res certa datur, vt dicebant Dec. & Federic. Scot. locis annotatis.

CAPVT XLVI.

Quomodo probetur minorem, vel pupillum locupletiorem factum eſſe ex contractu, vel etiam maiorem.

MInorem viginti quinque annis prædium alienatum vindicare poſſe, nec ad precium reſtituendum obligari, niſi in eius vtilitatem verſum ſit, docet l. prædiorum, C. de prædiis minorum, & minorem eſſe reſtituendum aduerſus contractum, niſi factus ſit ex eo locupletior, præſertim vbi pecuniam fœnori acceperit, docet l. 1. & 2. C. ſi aduerſus creditorem.

Conſtat etiam, pupillum contrahentem non obligari, niſi, quatenus locupletior factus eſt, l. vlt. C. de vſuca. pro emptore, l. patri, §. item ex diuerſo, ff. de minoribus. Sed & bonæ fidei poſſeſſor tenetur petitione hæreditatis, in quantum factus eſt locupletior, l. item veniunt, §. præter hæc, & l. Vtrum, ff. de petition. hæred. Controuerſia eſt igitur, quomodo probetur quempiam factum eſſe locupletiorem?

Prima eſt ſententia eorum, qui exiſtimant, id ex eo probari, quod pecuniam ad aliquem perueniſſe probetur, niſi ipſe probet ſe eam malè conſumpſiſſe. Ita Gloſ. in l. Vtrum, in verbo conſumpſiſſe, ff. de petitio. hæredit. necnon Angel. ibid. Fulgoſ. ad l. ſed etſi lege, § Quod autem, ff. eo. tit. Rom. in conſ. 149. nu. 2. Anchar. in conſ. 5. nu. 1. Alex. in conſ. 63. n. 5. lib. 2. Corn. in conſ. 72. nu. 9. lib. 3. Dec. in l. ex pœna lib. nu. 5. de reg. iur. Io. Crotus in conſ. 11. nu. 48. lib. 1. Ruin. conſ. 24. ad fin. lib. 1. & in cõſ. 29. ad fin. lib. 2. Socin. ſen. in conſ. 24. nu. 41. lib. 1. & 159. nu. 19. lib. 2. Socin. iun. in conſ. vlt. nu. 39. lib. 1. Berous in conſ. 44. n. 6. & nu. 16. lib. 1. Gozadin. in cõſ. 94. n. 7. Ant. Gabriel. lib. 1. commu. concl. tit. de probat. concl. 7. n. 16. Io. Lup. in Rubr. de donatio. int. vir. & vxor. §. 48. nu. 1. Alios citat Maſcardus de probat. vol. 3. concl. 1164.

Fundamentũ eſt, quia nemo præſumitur iactare ſuũ, l. Cum de indebito, ff. de probatio. Iccirco non præſumitur quis conſumpſiſſe pecuniam, ſed potius locupletior factus, l. ſi defunctus, C. arbitrium tutelæ. Imò præſumitur res extare adhuc, & non eſſe conſumpta, argumento l. ſi creditor, C. de pignorat. actio. & eorũ quę tradit Bart. ad l. ſi quis ex argentarijs, §. Au vero, ff. de eden.

Huc

Huc accedat tex. in l. quod ſi minor, §. reſtitutio, ff. de minor. & in l. 1. C. de reputatio. quibus in locis dicitur mi norem reſtituere debere pecuniam, quæ ad eum peruenit, niſi quis ſciens eum conſumpturum, dederit.

Sed contrariam ſententiam, nempè pecuniam conſumptam præſumi, & iccirco probandum eſſe conuerſam fuiſſe in vtilitatem accipientis, amplexi ſunt Ange. ſibi parum conſtans in conſi. 160. circa fin. Dec. ad l. certi condictio, §. quoniam, nu. 3. ff. ſi cer. pet. Ruin. in conſ. 204. nu. 15. lib. 1. & in conſ. 91. nu. 6. lib. 5. Iaſon ad l. Neſennius. §. fundum. nu. 4. ff. de re iud. Fely. in c. de quarta. col. 10. verſ. Secunda reſtrictio. de præſcr. Curt. ſen. in cõſil. 72. col. 4. verſ. ſeptima concluſio. Curt. iun. in conſ. 6. nu. 26. & nu. 28. Caſtr. in conſ. 247. nu. 6. lib. 1. Gomeſ. in §. actiones. nu. 21. Inſt. de act. Alciat. in d. l. certi condic. §. quoniam. nu. 10. Cagnol. in l. ex pęnalib. nu. 3. de reg. iur. Hyppolit. Riminal. in §. vlt. nu. 72. in Inſt. quibus aliena re non licet. & in conſi. 43. lib. 1. Menoch. de præſumpt. lib. 6. præſump. 27. nu. 6. & de recup. poſſ. remed. 15. nu. 568. Crauetta in conſ. 550. nu. 16. lib. 3. Alios citat Maſcardus loco ſuperius annotato.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex eo, quod docet Glo. communiter recepta in l. vlt. C. de vſucap. pro empto. Nẽpe probari quempiam eſſe factam locupletiorem, ſi probetur pecuniam extare apud eum, qui accepit, aut in ſumptus neceſſario erogatam, aut aliquid ex ea emptum.

Secundum argumentum eſt ex l. in pupillo, ff. de ſolutio. dum ibi dicitur, tempus litis conteſtatæ inſpiciendũ eſſe, vt ſciatur, an aliquis factus ſit locupletior. Ergò non ſufficit probare, pecuniam ad eum perueniſſe.

Tertium eſt ex l. vtrum, ff. de petitio. hęred. dum ibi dicitur, verbum *perueniſſent*, accipiendum eſſe cum effectu, ſ. ſi bonæ fidei poſſeſſor ex eo factus ſit locupletior.

Quartum eſt ex l. prædiorũ, & ex l. ſi prædiũ, C. de prędijs minorũ, in illis verbis; *Pro ea duntaxat parte te conueniri permittet, quã in facultates tuas erogatã eẽ cõſt. terit.*

Quintum ex l. 1. & 2. C. ſi aduerſus creditorem, in illis verb. *Nec doceri potuiſſe, ex eo contractu locupletiorem eſſe factum.* Item ibi, *Nec ea in rem tuam verſa eſt*, &c.

Tertia eſt ſententia diſtinguens. Aut contractus nullus eſt cum pupillo, vel Minore initus, & tunc is, qui dicit eum locupletiorem factum, id probare debet aliunde quam ex eo, quod pecunia ad eum peruenerit. Aut contractus initus valet, ſed minor petit ſe reſtitui, & tũc ſufficit probare, pecuniã ad eum perueniſſe, eiq; onus probãdi incumbit, pecuniam malè fuiſſe inſumptam. Ita gl. in l. prædiorum, C. de prædijs minor. & ibi Barto. qui tamen dicit id non procedere in pecunia fęnori accepta.

Eandem ſententiam ſecuti ſunt Bald. Salic. & Angel. ibi. Socin. ſen. in conſ. 115. col. vlt. lib. 1. Hyppol. Rimin. in d. conſ. 43. nu. 9. lib. 1.

Aliam hac in re diſtinctionem adhibet idem Bar. in l. 1. C. ſi aduerſus creditorem, quam placuiſſe multis, teſtatur Pinell. ad l. 2. C. de reſcin. vend. in 3. part. c. 1. nu. 27. *Quandoque*, inquit Bar. *minor repetit rem ſuam alienata, dicens contractum ipſo iure nullum, reus autẽ vult retinere rem, dicens precium conuerſum in vtilitatẽ minoris, & tunc reus probare debet minorem locupletatum, ita loquitur l. ſi prædium, C. de prædiis minorum. Quandoq; minor repetit rem ſuam per reſtitutionem in integrum, vel aliàs petit ſe reſtitui, & tunc aduerte, quia ſi minor dicit ſe læſum in eo, quod vendidit, quia non expediebat ſibi vendere, aduerſarius vult retinere rem pro precio, quod dedit minori, quod eſt verſum in vtilitatem minoris, tunc aduerſarius debet probare minorem locupletatum, quia eſt cauſa ſuæ exceptionis, l. patri, §. 1. & 2. ff. de minoribus, l. ſi res, §. 1. de iure dot. Quãdoque minor petit ſe reſtitui, quia læſus eſt in eo, quod preciũ perdidit, & tunc debet ipſe probare ſe perdidiſſe, quia eſt cauſa ſuæ intentionis, l. Minoribus, C. de in integr. reſtit. l. nam & poſtea. §. quod ſi minor, ff. de iureiur. fallit in fœneratore, hic eſt caſus;* Hactenus Bar. idem pręclare docet, Duaren. ad tit. C. ſi aduerſ. creditorem.

Poſtrema eſt ſententia Pinelli ad l. 2. part. 2. cap. 4. nu. 66. Aut verſamur in contractu cũ minore facto, & tunc probandum eſt minorem fuiſſe locupletatum aliundè, quam ex eo, quòd pecunia ad eum peruenerit. Aut verſamur in contractu facto cum maiore, & tunc ſi probetur pecuniam ad eum perueniſſe, eo ipſo locupletior factus probatur.

Ego ſanè in eorum ſentẽtiam ſum procliuior, qui ſimpliciter docent, probandum eſſe pecuniam in vtilitatem verſam, ita vt non ſufficiat probare, pecuniam ad minorem, vel alium, perueniſſe: Si enim ex eo, quòd pecunia ad aliquem peruenerit, præſumeretur ex ea factus locupletior, nõ erat opus, vt illud à lege requireretur, nempè, ex ea pecunia, vel alia re, quæ ad quempiam peruenit, eũ factum eſſe locupletiorem, ſed dicendum erat eum teneri, niſi probaret ſe cõſumpſiſſe. Solet enim iuris præſumptio onus probandi in eum transferre, contra quem viget, l. non eſt veriſimile, ff. de eo quod met. cauſa. At leges requirunt probationem. Id patet ex legibus pro hac ſen-

B tentia ſuperius citatis. Sed ſatis diſertè id patet ex l. ſi ſine §. interpoſitio, ff. de admi. tut. vbi text. ita dicit. *Quare an cum ex hac venditione melior factus non ſit, neque in rem ſuam quicquam verſum probetur, precium emptori reſtituere non debeat?* &c. Quibus verbis apparet id probari oportere, nempè, precium in vtilitatem verſum. quod certè probandum non eſſet, ſi præſumeretur verſum ex eo, quod ſolutum fuiſſet minori. Similiter in l. patri, §. item ex diuerſo, ff. de minoribus, ait text. *Iuuenis autem eatenus ex precio reddere, quatenus ex ea pecunia factus eſt locupletior.* Sed & ex l. Vtrum, ff. de petit. hær. manifeſtum euadit, ex eo, ꝙ res ad aliquem peruenerit, non ſtatim præſumendum, eum ex ea locupletiorem factum. Sic. n. textus: *Et verbum quidem perueniſſe ambiguum eſt. Solumne hoc cõtineat, quod prima ratione fuit, an verò & id, quod durat, & puto ſequentem Clauſulam Senatuſconſulti ſequẽdam* (Nempè, eam quæ requirit, vt ex eo, quod peruenit, factus ſit locupletior, vt in l. item veniũt, §. eos, ff. eo. ti.)

C *Etſi hæc ſit ambigua, vt ita demum computet, ſi factus ſit locupletior.*

Quare id quod ſimpliciter eſt dictum in l. quod ſi minor, §. reſtitutio, ff. de minor. & in l. 1. C. de reputatio. & alibi, minorem precium, quod ad eum peruenit, teſtituere debere, intelligendum erit, ſi ex eo factus eſt locupletior, cuius interpretationis autorem habeo Iacobũ Cuiacium ad lib. 1. Sententiaruum Pauli, titu. de Minoribus, is enim in hanc ſententiam omnes leges accepiſſe videtur, quę minorem in integrum reſtitutum, ad precium reſtituendum, condemnant.

Porrò, illa legis notiſſima præſumptio, neminem iactare ſuum, ad hanc ſpeciem accommodari nõ poteſt, quia lex requirit probationem, nec illa præſumptione contenta eſt, vt patet ex legibus allegatis.

CAPVT XLVII.

D *Vtrum is, cui plures res ſunt obligatæ à diuerſis poſſeßæ, contra vnum ex poſſeſſoribus agere poſſit in ſolidum, an vero conuenire omnes debeat pro rata.*



DVm controuertitur, an is, cui plures res obligatæ ſunt à pluribus poſſeſſoribus detentæ agere poſſit hypothecaria contra vnum, an verò omnes ſimul pro rata conuenire debeat, adſertur pro deciſione text. in l. Moſchis, ff. de iure fiſci, cuius autoritate omnes poſſeſſores pro rata conueniendos docent Ioan. Faber, in §. item ſi quis in fraudem, n. 16. in Inſt. de act. Caſſanæus in Conſuet. Burgund. rub. 5. §. 2. nu. 37.

Et Afflictus ad Conſt. Neapolit. lib. 1. Rubr. 17 num. 36. hanc ſententiam æquiorem eſſe dicit, ideoque ſeruari in Regno Neapolitano.

Sed contraria ſententia ſemper mihi probabilior viſa eſt, nempe poſſeſſorem quemlibet in ſolidũ conueni-

ri poſſe. Huius ſententiæ autores habeo Bart. in d. l. Moſchis. Specu. de oblig. & ſol. §. 2. nu. 46. verſ. Item debitor meus. Iaſonem in §. Item ſi quis in fraudem, nu. 128. Inſtit. de act. Neguſantium de pignor. 1. membro, 8. partis princip. nu. 50. Couuar. lib. 3. variat. reſolut. c. 7. nu. 7. Io. Bapt. Lupum, Geminianũ, ad l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. Comment. 2. §. 2. nu. 68 Et probatur ea ratione, quia & omnes res obligatæ ſunt creditori, & nulla eſt lex quæ talem diuiſionem inducat. Immò verò Iuriſconſultus facit ab hac ſoĩa in d. l. Moſchis, ĩ illis verbis. *Aequũ putauit Imperator, prius hæredes cõueniri debere, deinde in reliquum poſſeſſorem omnem.* Ego interpretor, *poſſeſſorem omnem*, non collectiuè, vt loquitur, ſed diſtributiuè, Ita vt ſenſus ſit, quemlibet poſſeſſorem conueniri poſſe, ſi enim pro rata contra quemlibet inſtituenda eſſet actio, Iuriſconſultus dixiſſet, omnes poſſeſſores conueniẽdos eſſe pro rata. Atque ita ſentio.

CAPVT XLVIII.

Proponuntur duæ Controuerſię, circa Pontificis reſponſum, in c. nauiganti, de vſuris.



Regorius IX. in c. nauiganti. de vſuris, ſcribit in hęc verba: *Naniganti, vel eunti ad nundinas certam mutuans pecuniæ quantitatem, pro eo, quod ſuſcipit in ſe periculum, recepturus aliquid vltra ſortem, vſurarius eſt cenſendus.* Ex hoc reſponſo duæ exiſtunt controuerſiæ. Altera ex iuris Cæſarei legibus, quibus huiuſmodi nauticum fęnus approbatur. Eſt inquam controuerſia, an leges Ciuiles videantur eſſe ſublatæ. Altera eſt controuerſia, an in dubio, talis mutuans præſumatur non aliter mutuaturus fuiſſe, niſi propter periculum aliquid vltra ſortem accepiſſet, & conſequenter vſurarius cenſendus ſit.

Quod attinet ad primam, Iure Canonico ſublatas eſſe Cæſareas leges propter hunc Canonem Gregorij, reſpõderunt Hoſtienſ. in Summa, de vſuris, verſ. In alijs autẽ caſibus omnibus. Io. de Anania, in d. c. nauiganti, Salic. in Auth. Ad hæc, C. de vſuris. Ioan. Faber, in Rubr. C. de nautico fœnore. Anchar. in Reg. Peccatum, quæſt. 5. de regu. iur. lib. 6. Guido Papæ, in tract. de Contract. nume. 18. Benuenutus Stracha, de aſſecuratio. in præfatione, num. 27.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Modern. Pariſ. de Contract. q. 3. & Adrian. in tract. de vſuris, exiſtimantes Pontificem Gregorium loqui cum vani periculi occaſio prætexitur, vt eo colore quæſito, creditor aliquid vltra ſortem lucretur in fraudem vſurarum, licet verè nullum ſubeat periculum. A qua quidem ſententia non procul abeſſe mihi videtur Nauarrus in Manuali Confeſſar. cap. 17. nu. 284. ſic enim ait: *Gregorio Pontifici maximo animum fuiſſe obuiandi quamplurimis vſuris palliatis, quæ fiebant mutuando cum aſſecuratione, ſuſcepto pro ea precio quamplurimis, qui volentes ſibi mutuari, & non inuenientes, qui gratis mutuarent, fingebant ſe velle traiicere pecuniam in alias terras, & velle eas ſibi aſſecurari, addito precio iuſto, quo inuenirent mutuatores. Obuiauit autem inducendo præſumptionem Iuris, & de iure, qua, qui id faceret, præſumeretur vſurarius, & ita non dixit enim, qui hoc faceret eſſe vſurarium, ſed cenſendum, hoc eſt, præſumẽdum eſſe vſurarium. Quæ prouiſio digna fuit ſanctitate, & eruditione Gregorij IX. & firmatur ratione prædicta, per quam ſoluuntur argumenta, per quæ prædictis, & etiam nos intellectum cõmunem reliquimus.* Hactenus Nauarrus, qui & in conſ. 21. tit. de vſuris. ſententiæ huius ſuæ mentionem facit aliqua declaratione adhibita.

Cæterum, omiſſis aliorum ſententijs, hæc eſt communis Doctorum interpretatio & concluſio; Licitum ac permiſſum eſſe mutuum ea lege, vt mutuanti aliquid vltra ſortem detur, propter periculum amiſſionis ſortis. Quod vero Gregorius reſpondit, ita eſſe accipiendum, cum mutuans non aliter mutuaturus eſſet, niſi fieret ea

A conuentio de periculo ſuſcipiendo, & de ſoluendo aliquid ob eam cauſam vltrà ſortem. Talis enim cõtractus videtur eſſe fęneratitius, neque enim licet aliquid in pactum deducere, per quod mutuo accipiens, mutuanti obligetur ad aliquid faciendum, iuxta illud Euangelicum; *Mutuum dantes, nihil inde ſperantes*, ita S. Antoninus in Summa, parte 2. tit. 1. cap. 7. §. 21. Conrad. de Contract. q. 39. concluſ. 1. Syluester Prier. in Summa, in verbo, vſura, 1. §. 35. Alios citat Couuar. lib. 3. Variat. reſol. ca. 2. nu. 5. & Io. Bapt. Lupus Geminianus in Comment. ad d. ca. nauiganti, Comment. 3. §. 1. nu. 15. & 16.

Fundamentum eſt in eo; Quod talis conuentio, qua propter ſuſceptum periculum aliquid vltrà ſortem accipitur, iuſta & licita eſſe reputatur ab omnibus, etiam in foro conſcientiæ. Quare cum Summus Pontifex contrarium decernat, neceſſe eſt eius reſponſum intelligere eo in caſu, quo talis conuentio eſt illicita. Eſt autem illicita, cum pactum ſuſcipiendi periculi non ſponte fit, ſed
B neceſſariò, quia ſcilicet non aliter quis mutuare velit, quam ſi ita paciſcatur.

Ego ſanè hac in re exiſtimarem omnium commodiſſimam eſſe eam interpretationem, qua Pontificis reſponſum ita intelligeretur, ut eam conuentionem negaret eſſe uſurariam, id quod facilè obtineretur, ſi negatiua dictio textui addijceretur. Nam re vera ex ſequẽtibus uerbis eiuſdem textus fortiſſima eſt coniectura, negatiuam deſiderari. Subdit enim textus duos alios caſus, in quib. contractus non eſt uſurarius, & quod perpendi maximè debet, oratio ita continuatur: *Ille quoque*, inquit, *qui dat decem ſolidos*, &c. *non debet ex hoc vſurarius reputari.* Certè indicant hæc verba Pontificem Maximum, etiã in præcedenti caſu idem reſpondiſſe, contractum ſcilicet vſurarium non eſſe. Aut oratio eſt penitus inuſitata, & eo magis inclinat animus in hanc ſententiam, quod omnis alia interpretatio uidetur eſſe magnopere incommoda. Nam quod dicitur, Pontificem locutum, cum uani
C periculi prætexitur occaſio, uix probabile uidetur, cum loquatur de mutuante pecunias, eunti, uel nauiganti ad nundinas, quibus maxima imminere pericula notius eſt, quam ut probatione egeat.

Aliæ quoque interpretationes non uidentur diuinatione carere. Sed quoniam repugnat huic nouæ opinioni, omnium Codicum fides, communiori ſententiæ habens acquieſco.

Altera eſt controuerſia, utrum mutuans ea lege, ut propter periculum ſuſceptum, aliquid ultrà ſortem recipiat, præſumatur non aliter fuiſſe mutuaturus, niſi debitor ita paciſceretur. Io. Bapt. Lupus in Comment. ad dictũ cap. nauiganti, Comment. 3. §. 4. num. 90. negat præſumi, quoniam in dubio delictum non præſumitur, l. merito, ff. pro ſocio. Sed nemini placere poteſt hæc ſententia, qui Pontificis maximi reſponſum affirmatiuè legendum arbitretur. Nam cum ipſe Summus Pontifex eiuſmodi contractum uſurarium eſſe iudicet, ſimpliciter &
D abſolutè, ut patet ex textu, neceſſario fatendum eſt, ita præſumendum eſſe in dubio, ut qui ea lege mutuat, non aliter mutuaturus eſſet, quaſi contractus, contemplatione pacti factus uideatur, iuxta aſſertionem illam Doctorum, de qua per Tiraquell. ad l. ſi unquam, in uerbo, Donatione largitus, num. 118. C. de reuocand. donat. & per Menoch. conſil. 109. num. 9. lib. 2. Nimirum, præſumi debere contractum eſſe factum reſpectu & gratia alterius, qui incontinenti celebratur. Neque enim alio nomine contractus huiuſmodi uſurarius cenſeri poteſt.

Atque huius ſententiæ autores exiſtunt Corneus, ad l. ſi paſcenda, col. 16. C. de pact. Benuenutus Stracha de aſſecur. in præfat. num. 32. Martin. Nauar. in Manuali confeſ. c. 17. nume. 284.

CA-

CAPVT XLIX.

Quid sit mutuum consistere in his rebus, quæ in genere suo funct onem recipiunt, per solutionem magis, quàm per speciem, vt in l.2. ff. si certum petatur.

HOc caput in studiosorum gratiam annecto, quibus gratissimum erit intelligere, quid sibi Paulus voluerit in l.2.§.mutui datio, ff. si certum petatur, cum dixit, mutui dationem consistere in ijs rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant, *quoniam eorum donatione, possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiũt, per solutionem magis, quàm specie, siue per speciem.*

Prima expositio est Accursij: *Per solutionem*, inquit, *id est, vt aliud omninò sua vice fungatur, si fuerit solutum, magis quàm per speciem, scilicet eandem, & dictio (magis) electiuè ponitur, quasi dicat per eandem speciem non debet fieri solutio.* Eandem expositionem secuti sunt Bartol. Corn. Castr. Alex. Iason & Socin. sen. *Differentia est*, inquiunt, *inter solutionem & restitutionem. Solui dicitur illud, quod nunquam in specie illa fuit datum. Restitui dicitur, quando idem corpus in indiuiduo, quod fuit datum, redditur. Hoc igitur textus vult: In istis rebus ideò mutuum consistere, quia tantam habent inter se similitudinem, vt idem corpus reddi non sit opus, cùm per solutionem alterius rei, quantum ad speciem, perfectè satisfiat.* Hæc ferè illi.

Secunda est expositio Decij in Commentarijs d.§.mutui datio: *Per solutionem*, inquit, *magis, quàm per speciem, non eandem, prout Glos. dicit & Paulus Castr. sed quia maior est similitudo in istis rebus, in quibus mutuum consistit, quàm in speciebus, in quibus licet altera alteri assimilari possit, non est talis similitudo, in qua mutuum consistat, & sic quod per speciem, quæ pro alia simili reddatur, vel maior functio, videtur in rebus, in quibus consistit mutuum, quia per solutionem totum ius creditoris conseruatur, sed non sic in speciebus, quæ redduntur deteriores, cùm eadem reddantur. prior tamen sensus planior videtur.* Hactenus Decius.

Tertia est expositio Vdalrici Zasij in d.§.mutui datio, functionem *in mutuo magis attendi in eo, quòd ritè et rectè soluatur res accepta, quàm attendatur similitudo speciei, quasi dicat, quantumcunque res fungibiles sint similes, & inuicem communicentur, tamen si non fiat ritè & formaliter solutio, tunc non cõsistit mutuum. Et hoc est, quod magis per solutionem, quàm per speciem functio consideratur; Est ergo ritè facta solutio numeri ad numerum, ponderis ad pondus, mensuræ ad mensuram: Id quod Glos. hic in verbo Creditum videtur à remotis attigisse: Vnde si mensurarem tibi decem corbes frumẽti, tu ponderares mihi aceruũ frumẽti, non esset ritè facta solutio: Et tamen species natura similes sunt datæ. Et hæc est magis per solutionẽ, q̃ per speciẽ.* Hucusq; Zasius.

Quarta expositio est Alciati in d.§.mutui datio, & lib. 2. Paradox. cap.2. *Per solutionem magis, quam per speciem, hoc est, quia in eis non censetur obligata species, seu ea res, quæ data est; sed recipiunt functionem suam per solutionem, quia si tantundem soluas, liberaberis. Species enim eadem restituenda non est: Tametsi & quandoque restituatur, vt quando res consumpta nõ est, quia debitor ea non indiguit, & eandem restituere vult, potest enim etiam inuito creditore, quo sensu recepto dictio (magis) stat comparatiuè, iuxta naturam suam.* Hæc Alciatus.

Quinta expositio est Io. Francisci Ripæ, in d.§.mutui datio, vt sit sensus. *Harum rerum datione possumus in creditum ire. Quia etsi debitor, qui rem mutuatam consumpsit, videatur aliam speciem soluere, & sic aliud pro alio contra regulas iuris; quia tamen hæ res recipiunt functionem in genere suo, non dicitur aliud solui, & ideo magis per solutionem eiusdem, quam per speciem diuersam, id est, solutionem diuersæ speciei, functionem recipiunt, quod in cæteris rebus contingere non potest. Ideo in cæteris non possumus in creditum ire. Hic est sensus huius literæ.* Sic Ripa.

Sexta expositio est Nicolai Belloni, lib.1. Supputationum Iuris, c.4. Dicitur in dicto §. *Mutui dationem in iis rebus consistere, quæ pondere, numero, mensurave consistunt,*

A *quoniam ista functionem in genere suo recipiant, sed contrà. Nam vinum nouum est eiusdem generis cuius vetus, & tamen non recipit functionem cum veteri. Ad hoc replicat I.C. verum esse, q̃ ex eo solo, q̃ si sciet, id est, corpus eiusdem generis reddatur, ista non recipiunt functionem, sed cùm debeat fieri solutio, nõ modo eiusdẽ generis, sed ẽt eiusdẽ qualitatis, id est, bonitatis, l.cùm quid, ff. si cert. pet. eod. modo recipiunt functionem. Erit igitur sensus, q̃ hæc recipiant functionẽ, & ex corpore eiusdem generis, & sic ex specie, & ex solutione: tamen magis per solutionẽ, quia debet esse eiusdẽ bonitatis, q̃ per speciem, id est, corpus datum in eo. genere, quia posset esse deterius. Et in summa vult dicere I.C. quod solutio qualificata sit illa, quæ perficiat functionem.* Sic ille.

Septima est expositio Francisci Duareni lib.1. Anniuers. disput. c.14. *Functio*, inquit Duaren. *præter vulgarẽ & notam oĩbus significationem, pro pensitatione, seu solutione alicuius rei debitæ vsurpatur, quod genus loquendi ex eo, ni fallor, ductum est, q̃ qui tributa aut vectigal pendunt, Resp.*
B *fungi munere, vel tributione dicuntur a veteribus; Eamque pensitationem Cicero functionem muneris appellat. Sensus igitur horum verborum est, mutuum rectè contrahi de his rebus, quæ functionem, id est, præstationem & redditionẽ in genere suo magis, q̃ in specie excipiũt: id est, quæ eius sunt naturæ, vt præstando rem aliam eiusdem generis, creditori satisfiat: Et quæ inutiliter utenda concederentur, si speciem ipsam, quæ data est, reddere cogeretur debitor.* Hæc Duaren.

Hãc solutionẽ Robertus Aurelianus impugnat, lib.3. Sentent. c.14. quem post Donellum, quẽ refert, secutus est Vulteius disceptationũ scholasticarũ, c.14. functionemq; isti interpretantur satisfactionem, & ex ea cõtingentem liberationem, q̃ affert rerum earum præstatio; qm̃ his rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant, soluendis, planè satisfiat creditori, vt conqueri non possit, quippe q̃ eiuscemodi sint, vt singulæ eiusdem generis singularum vicem solutione æqualiter subire possint, sicque pro alijs aliæ solui corpore quidem, sed nõ qualitate, aut æsti-
C matione; vt quamuis non eadem, quæ datæ fuerunt, species reddantur, tantundem tamen solutum, æqualisque omninò, ac propemodum eadem res reddita dicatur.

Postrema est sententia Forcatuli, quã ex Federico Scoto referam, qui nouissimè scripsit elegantissima Commentaria in d.§.mutui datio, & eam sequi vr̃. Is legit textum hoc modo: *Quoniam earum datione possumus in creditum ire (quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem) magis q̃ per speciem.* Sicque verba illa, (*quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem,*) in parenthesin includit. Scribit ergo Forcatulus, omnem difficultatem esse in verbis illis, *magis per solutionẽ, q̃ per speciem. Hinc illas angustias. Hũc esse editũ illũ montẽ, qui viã cliuosam et asperã reddit. Hũc illũ verticem à quo nulla interpretũ nauis tutò nauigare creditur. Sed vt Annibal alpes aliòq. inuias diuidẽdo peruias fecit, & Xerxes Hellespõti impetũ ponte medio euasit, & iura fugiendarum rixarũ cã cõiones segregant, eas parientes; ita vbi nos interstitio dimouerimus verba hæc, magis*
D *per solutionem, q̃ per speciẽ, vnde illa seges discordiæ: perspicua fore Iurisc sñiam. Nõ enim hoc (magis q̃ per speciẽ) referri ad proximè dictũ, per solutionẽ, sed ad illa verba. (Qm̃ earũ datione possumus in creditũ ire) vt cõtextũ ordinemus ita. Qm̃ earũ datione possumus in creditum ire magis, q̃ per speciẽ. Rõ præcedit: Quia in genere suo functionẽ recipiũt per solutionẽ.* Itaq; cùm Iurisc. dixisset, mutuũ consistere in rebus pondere, numero, mẽsuræve accõmodatis, adiunxit, magis nos posse in creditũ ire, quã per speciẽ, quæ non cõtcat effectus, vt prædictæ res, quæ recipiũt functionẽ in genere suo. Id est, q̃ reddũtur, datarũ loco omninò sunt, & pro datis habẽtur. Atq; hoc est qđ dr̃, functionẽ recipere. Hactenus ex Comite Feder. sent. Forcatuli retulimus.

Sed vt, & quid ipse sentiam, breuiter exponam, in primis animaduerto text. d.§.mutui datio, diuersimodè legi. Aliqui enim Codices habẽt: *Quia in genere suo functionẽ recipiunt per solutionem, quàm speciem. Alij per solutionem magis, quàm specie*, sic habetur in Florentinis Holoandrinisq; Pandectis, *Alij per solutionẽ magis, q̃ per speciem.*

A Codicem nullum legi, qui ea verba in parenthesin includat sicut Forcatulus, quò fit vt eius lectionis fides penes relinquenda sit. Illud constat, omnes ferè lectiones eundem sensum habere (Forcatuli lectionem excipio) huiusmodi res functionem in genere suo recipere per solutionem magis, quàm per speciem. Illa dictio, (magis,) sub auditur, neque est inusitatus loquendi modus, vt declarat Ant. August. lib. 4. Emend. cap. 8.

Omnis difficultas est in eo posita, quo modo verum sit, res, quæ pondere, numero, mensurave constant, functionem in genere suo recipere per solutionem magis, quàm per speciem. Et quidem quid sit functionem recipere, videtur inter omnes paucis certè exceptis conuenire, nimirum nihil aliud esse nisi vnam rem fungi vice & natura alterius, in eodem genere, ita vt præstando aliam rem eiusdem generis, creditori satisfiat. Et in summa, res quæ redditur licet alia sit, habeatur tamen eius loco, quæ data est: Vt puta mutuò accipit quis centum aureos; creditori satisfaciet, si totidem reddat, licet non eos ipsos, B quos mutuò habuit, Ergò illa verba *per solutionem magis, quàm specie*, hunc habent sensum. Functionem eas res recipere dum soluuntur, quia solutio facta aliarum rerũ generis eiusdem, debitorem liberat magis quàm per speciem, quia species, puta, aurei, qui creditori restituuntur, non funguntur vice aureorum mutuatorum suapte natura; quasi species vna alteram eiusdem generis repræsentet, & vicem eius subeat: differt enim, nec eadem est cum alia specie, sed dum soluitur creditori, fungitur alterius vice. Nam aurei, qui redduntur, non sunt iidem cum mutuatis, sed eorum vicem sustinent, per solutionem.

CAPVT L.

Vtrum ei, qui mutuò aureos nummos accepit, liceat reddere creditori inuito eorum æstimationem & precium in alia materia, puta in argenteis nummis,

C Debitorem, qui nummos aureos mutuò accepit, reddere nõ posse creditori inuito eorum æstimationem in alia moneta, censuerũt Bar. ad l. 1. §. vlt. ff. de auro & argẽto leg. ad l. Paul. ff. de solut. & ad l. quę extrinsecus, ff. de verb. oblig. Castr. & Imola, in d. l. Paulus, Alex. & Aret. ad l. 2. §. 1. ff si certum petatur. Ant. Butr. & Abbas Panor. in ca. quanto, de solution. Bald. ad l. si quis argentum, C. de donation. Boerius decis. 327. Couuar. de veter. nummism. collat. c. 3. §. vni. Quorum fundamentum illud est, quoniam aliud pro alio inuito creditore solui non potest, l. 2. §. 1. ff. si certum petatur.

Sed contrariam sententiam procul dubio probabiliorem censeo, & amplectendam, quoniam hoc in casu non soluitur aliud pro alio. Siquidem in nummis ratio tàm habenda est potestatis, seu æstimationis, quàm ipsorum qualitatis, l. 1. ff. de contrahen. empt. ibi. *Non tàm ex substantia, quàm ex quantitate*, &c.

D Huc accedat I.C. in l. Paulus, 99. ff. de solut. docens creditorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex eo damnum passurus est, ergò si damnum passurus non est, cogitur accipere. Hinc etiam Iurisconsultus in l. Quæ intrinsecus, ff. de verbor. oblig. *Nihil obesse stipulationi respondit, cùm stipulanti denarios* (scilicet argenteos) *aurei promittuntur eiusdem quantitatis*. Et Imperator in l. vnica, C de argenti precio, quod thesauris infertur, eod. lib. statuit, vt in publicis collationibus liceat pro XX. libris æris, vnum auri solidum, & pro singulis, argenti libris, quinos æreos inferre. Etsi creditoris nihil intersit, mihi pro debitore summa æquitas pugnare videtur, argumento l. 2. §. varus, ff. de aqua plu. arcen.

Denique hæc sententia consuetudine recepta esse videtur, & autores habet non contemnendos. Alciatum ad d. l. 2. §. Mutui datio, nu. 11. ff. si certum petatur. Purpurat. ibid. nu. 31. & nouissimè Comitem Federicum Scotum insignem Iurisconsultum, ibi. nu. 231. Curt. iun. ad l. cum quid, nu. 25. ff. eod. tit. Pinell. ad l. 2. C. de rescin, vend. in 1. parte Rub. cap. 3. num. 7. & quendam Doctorem Gallum lib. quæst. illustrium, cap. 15.

CAPVT LI.

Quatuor Controuersiæ tractantur circa mutuum.

Placet hic subijcere quatuor controuersias ad eandem mutui materiam spectantes. Prima. Vtrum agens ex mutuo, nec probans numerationem factam, sed tantùm confessionem receptæ pecuniæ, obtinere possit.

Secunda, Nunquid mutuum plenè probatum esse dicatur, si vnus testium de numeratione testificetur, alter verò de confessione.

Tertia, si variè testificentur testes examinati, quia videlicet, vnus affirmat centum mutuata, alter septuaginta, B alter quinquaginta, nunquid mutuum sufficienter probatum esse dicatur, saltem quinquaginta.

Quarta, vtrum si quis testibus probauerit se mutuasse, licet de quantitate non testificentur, de ipsa quantitate standum sit actoris iuramento,

Quod attinet ad primam, triplex est Doctorum sententia. Prima, eiusmodi agentem obtinere non posse. Huius sententiæ autores sunt Specul tit. de teste, in princip. nu. 66. vers. Sed pone egi contra te ad decem Bart. ad l. si ita stipulatus, §. Grisogonus, ff de verbor. oblig. Angel. in consil. 155. In quæstione vertente, Tiraquell. alios citans, de retractu conuent. §. 4. Glos. 6. post nu. 10.

Fundamentum est: quia agens ex vna causa, & probãs aliam, succumbit, l. qui habebat, ff. de instit. act. Sed actor in præsenti specie agit ex numeratione, agit enim ex mutuo, & aliud probat, nempè Aduersarij confessionem, Ergò succumbere debet. Aliud autem esse confessionem, aliud numerationem, constat ex l. 1. & 2. C. de dote cauta C non numerata, & ex l. 1. §. Mutuam, ff. si quid in fraudem Patroni. Huc accedat text. in l. si ex cautione, C. de non numerata pecunia. ibi: *Compelluntur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam, quo non impleto, absolutio sequitur*,

Secunda est opinio, agentem in pposita quæstione obtinere debere. Autores sunt Bart. ad l. certi condictio, §. si nummos, nu. 6. ff. si certum petatur. Bald. ad l. generaliter, in 9. quæst. C. de non numerata pecun. Salicet. ibid. in quęstio. 17. & in d. l. si ex cautione, col. penult. eod. titu. Paul. Castr. ad l. 2. §. vlt. ff. si certum petatur, & alij, quos refert & sequitur Ioseph. Mascardus, de probat. vol. 2. conclusio. 1084. num. 4.

Fundamentum est in eo, quia licet confessio non inducat obligationem, probat tamen iam inductam, l. Publia, ff. depositi. Quare, ex confessione dubitandum non videtur, quin mutuum probetur contrà confitentem, argumento l. pecuniæ, C. de solutio.

D Tertia est sententia Alexandri distinguentis, in l. 1. §. si quis ita, ff. de verborum obligation. Aut tempus est elapsum opponendi exceptionem non numeratæ pecuniæ, aut non est elapsum. Priore casu confessio probat numerationem. Posteriore non item, quia opponi potest exceptio, & ideo Actor succumbit, nisi probet numerationem, l. si ex cautione, C. de non numerata pecunia.

Nec obstat huic distinctioni, quod dicitur, Agens ex vna causa, & aliam probans, succumbit; quia actionis seu petitionis verba secundum eum sensum accipienda sunt, qui agenti magis fauet. l. si quis intentione, ff. de Iudicijs.

Ego illud obseruandum hac in re in primis censeo, hanc quæstionem non esse intelligendam eo casu, quo exceptio non numeratæ pecuniæ vel opponitur, vel opponi potest. Nam cùm talis exceptio locum habet, explorati iuris est, numerationem esse probandam, l. si ex cautione, C. de non num. pecun. quæ lex in his terminis loquitur,

Dispu-

Disputant ergo Doctores an ex numeratione agens, & confessionem de recepta pecunia probans, obtinere debeat, vbi exceptio non numeratæ pecuniæ cessat. Et hac in re eorum sententia mihi magis probatur, qui affirmát. Talis enim confessio probat numerationem factam hoc in casu, l. in contractib. C. de non num. pecun. l. Pecuniæ, C. de solu. l. Publia, §. vlt. ff. depositi, & hoc est fundamentum agentis, ergo obtinere debet. Et si quidem de tali confessione chirographum extet, res est perspicua, quia post biennium oritur obligatio, vt in Instit. de litterar. oblig. Si verò chirographum non extet, dubitari potest, ex eo, quòd cessante scriptura, non oritur obligatio literarum, argumento Rub. in Instit. de litterar. oblig. & l. in contractib. C. de non num. pecun. tradit Glos. in l. Si non singuli, C. si cert. pet. Imola in c. si cautio, nu. 23. de fide instr. Tamen & in tali confessione, quæ per scripturam non probatur, quantum ad quæstionem istam, idem iuris esse puto, quia nemo negauerit, per confessionem etiam testibus probatam, numerationem probari, cùm in litib. exercendis eandem vim obtineant, fides instrumentorum, & depositiones testium. l. in exercendis, C. de fide instr.

Non obstant contrariæ sententiæ argumenta, quia licet aliud sit numeratio, aliud cófessio, sufficit tamen agenti probare numerationem ex confessione. Quód verò pertinet ad l. si ex cautione, C. de non num. pec. iam constat ex his, quæ dicta sunt, illam non obstare, quia loquitur vbi exceptio non numeratæ pecuniæ agenti obijcitur, vt patet ex verbis ipsius legis.

Quòd attinet ad secundam, Panormitanus in c. cùm dilectus, de success. ab intest. dixit, mutuum plené probari, cum vnus testis de numeratione, alter de confessione testificatur, sed communis sententia est in contrarium, quam secutus est ipsemet Panorm. in ca. cum causam, de probat. Decius ibi, & alij quos commemorát Ant. Gabr. Commu. concl. tit. de Probat. Concl. 1. & Ioseph. Mascar. de Probat. vol. 2. concl. 1084. nu. 9. & 11. & probatur ex d. c. cum dilectus, ibi. *Et licet vnus testis solus dixerit, se vidisse, &c. Quia tamen alij testes dixerunt, se audiuisse ipsum in præsentia Abbatis confitentem, non tanquam sufficienter probantes*, &c. Hæc de secunda.

Sequitur tertia, in qua vera & communis est sententia, testes non probare etiam summam minorem, quia ex diuersitate summarum, de qua testes deponunt, diuersitas actuum, id est, numerationum, præsumitur, argum. l. Quinquaginta, ff. de Probatio. Quod si de eadem numeratione intelligantur, non parum eis fidem minuit varietas, l. qui falsa vel varia, ff. ad l. Cornel. de fals. & manifestum est, eos non plené deponere, nec plenè informatos esse, quo casu non credetur testib. l. Lucius, & ibi Glos. ff. de his qui notantur infamia. Ita docent Felyn. in cap. licet ex quodam, col. 3. de testib. & attest. Alex. in l. 1. §. si stipulanti, nu. 9. & ibi etiam Iason, ff. de verb. oblig.

Difficultatem facit, quòd Ant. Gabr. Comm. Concl. ti. de testib. Concl. 2. nu. 79. & Ioseph. Mascard. de Probat. vol. 2. concl. 1084. nu. 16. contrariæ sententię autores citant, Corn. in cons. 181. nu. 60. lib. 2. Decium in consi. 100. nu. 4. Alciatum ad l. 1. §. si stipulanti, nu. 40. ff. de verb. obl. Ruin. in d. l. 1. §. sed si mihi, nu. 14. ff. eo. Qui quidem Doctores non dicunt illud, ad quod allegantur. Inimò Ruin. in d. §. si stipulanti, nu. 25. sequitur communem sententiam supradictam, quod facit & Alciatus loco annotato, excepto eo casu quo modica esset in quantitate differentia. Quare hac in re cauendum est à Gabr. & Mascardo.

Restat quarta controuersia, vtrum iuramento actoris quantitas mutuata probetur, cùm probata est substantia, hoc est, mutuatam fuisse pecuniam. Et quidem probari, iudice tamen moderante & taxante quantitatem ab actore iuratam censuit celebris olim Bartoli Præceptor, & ciuis meus Raynerius Foroliuiensis, in l. 1. ff. de in litem iuran. quem secuti sunt Cepolla Caut. 210. Aliquis mutuauit. Decius in l. in actionibus, col. 3. ff. de in litem iuran. & in l. certi condictio, §. Quoniam, ff. si cert. pet. & in c.

A Sicut, col. 10. vers. Sicut statutum, de probat. & in consil. 146. & 536. col. 4. versic. Tertiò respondetur. Marsil. sing. 322. Boer. decis. 143. in fine, & 339. ad finem. Curt. iun. in l. Admonendi, nu. 239. ff. de iureiur. Crauetta de Antiquitate temp. in 1. part. c. Vidimus, & abundè, nu. 9. D. meus Tiberius Decian. in consil. 32. nu. 94. lib. 2.

Fundamentum est Raynerij in l. 1. & in l. in actionib. ff. de in lit. iuran. & in l. cum furti. eod. tit. quæ leges nihil faciunt ad propositam quæstionem.

Contrariam sententiam amplexi sunt Purpuratus in d. l. Admonendi, nu. 265. Io. Bolog. in d. l. in actionib. nu. 86. Fanucius in tract. de in litem iuran. in 1. parte, nu. 7. 8. Isti docét actorem succumbere, nisi probet certam quantitatem, quia paria sunt, non probare, vel obscuré probare, l. duo sunt Titij, ff. de testa. tut. Et nemini est credendum in causa propria, l. Nullus, l. Omnibus, C. de testib. l. Exemplo, C. de Probat.

Tertia est sententia Bartoli in d. l. Admonendi, nu. 40. Aut extat aliqua coniectura de quantitate mutuata, verbi causa, si probet actor certam quantitatem fuisse ab aduersario mutuò petitam, tunc obtineat Raynerij sententia, aliàs coniectura cessante, secus sit dicédum: Sequitur eandem sententiam Fanucius loco annotato, necnon Seraphinus Senensis de Priuileg. iuramenti, Priuilegio 36.

B Ego quidem sententię popularis mei libenter adstipularer, sed vix habeo solidum aliquod aut probabile argu. Nam quod profert Crauetta loco allegato, ex dolo & malitia negantis mutuum, vt in pęnam eiusdem conuicti ex depositione testium standum sit iuramento actoris, argu. eorum quæ habentur in l. cum de indebito, ff. de Probatio. & in l. vlt. ff. de rei vindic. hoc in quam argum. non satisfacit, quia non videtur plenè conuictus esse mendacij hoc in casu is, qui negat, cum testes de ipso mutuò non plenè deponant, & testi non plenè deponenti, plena fides habenda non sit, vt notatur in d. l. Lucius, ff. de his qui notantur infamia.

C Quare in sententiam Bartoli libentius descendo, vt si coniectura aliqua accedat, iuramento actoris standum sit, aliàs secus. Nam quæ contractum præcedunt, multum conferunt ad cognoscendam contractus naturam, qui secutus est, l. Titia, §. 1. & ibi. Iason. ff. de verb. oblig. Afflict. pulchrè, decis. 375.

CAPVT LII.

Mutuatus pecuniam, an statim, ut eam restituat, compelli poßit.

Controuertitur quoque de mutuo, an statim is, qui mutuatus est pecuniam, conueniri possit à creditore, vt eam restituat; Et conueniri posse respondit Glos. Bald. & Angel. ad l. si pęnam, ff. de verborum obligat.

Quorum illud est fundamentum, quòd vbi dies obligationi non adijcitur, presenti die pecunia debetur, l.

D eum qui se, §. Quoties, ff. de verb. oblig.

Sed contrariam sententiam veriorem esse iudico, eo argumento adductus, quòd homines hominum beneficijs iuuari decet, non decipi, vt inquit Iurisconsultus, in l. sicut, §. in commodato, ff. commodati. Sed si statim cogi posset debitor, deciperetur potiùs, quàm iuuaretur. Atque hæc est communis omnium sententia. Ita Bartol. Alexand. & Iason, ad d. l. pœnam, Dec. ad l. in omnibus oblig. ff. de Reg. Iur. Anchar. quæst. 38. in 2. par. Iac. Menoch. de Arbitrarijs Iudicum, Casu 22. Petr. Morrius de Contract. tit. de Mutuo, col. 7. nu. 4.

Non obstat argumentum contrariæ opinionis, quia summo Iure inspecto, statim debitor conueniri potest, sed vt contra Iuris stricti regulas multa esse pro communi vtilitate constituta respondit I. C. in l. Ita vulneratus, ff. ad l. Aquil. sic & in proposita specie communis vtilitas & æquitas hoc postulant, vt non statim debitor conueniri possit, sed aliquod temporis interuallum indulgendum est, quò pecunia mutuò accepta in necessarium vsum erogetur.

CAPVT LIII.

Proponitur alia cōtrouersia de eo, qui dixit alicui, Accipe hanc pecuniam, quisnam contractus indicetur.



Cum quis dixit amico suo: Accipe hanc pecuniam, simpliciter, nulla causa expressa, magna est dissensio inter Doctores, an videatur pecuniā mutuasse, an donasse, vel deposuisse, & quid denique statuendum sit de hac ipsa specie.

Et quidem pecuniam censeri mutuatam, responderunt Cyn. in l. incendium, C. si certum petatur, Bartol. Angel. & Castr. ad l. cum quid, ff. eod. tit. & Alex. ibid. n. 12. Iason nu. 19. Deci. in 1. lectura, nu. 23. & in 2. lect. nu. 53. Curt. iun. nu. 16. Ant. Butr. in cons. 65. Ludoui. Rom. in cons. 138. nu. 3. & 290. nu. 6.

Fundamentum est: quia pecuniæ numeratio mutuum arguere videtur, & solet, argumento l. certi condictio, §. B quoniam, ff. si certum pet. l. Lucius, 1. ff. depositi, & l. in naue Saufelli, ff. locati.

Secunda est opinio, mutuum non censeri, sed potius contractum innominatum, ex quo actio in factum detur, præscriptis verbis: Autores sunt Alciat. in d. l. cum quid, nu. 38. Roman. nu. 16. Zasius nu. 42. & idem Zasius lib. 2. Sing. Respons. cap. 13.

Fundamentum est ex legibus, quibus decernitur quoties minimè constat, quis contractus gestus esse videatur præscriptis verbis, veluti ex contractu innominato, agēdum esse, l. 1. ff. de æstimator. act. l. 1. & l. si gratuitum, ff. de præscript. verb. Hic autem minimè constat.

Tertia est sententia, nullum ex hac facti specie contractum oriri, sed quoddam duntaxat ius pecuniæ repetendæ, ita Fulg. in d. l. cum quid, nu. 8. Imola in l. a Titio, nu. 4. ff. de verb. oblig.

Fundamentum est: quia hæc est nuda quædam traditio, per quam nunquam dominium transfertur, l. nun- C quam nuda, ff. de acq. rer. dom. Ergò, nec mutuum esse potest, nec donatio, nec alius contractus, quo dominium transferatur, sed videtur esse quædam traditio facta sine causa, quamobrem pecunia repeti poterit.

Quarta est sententia, depositum videri. Glos. & Bald. in l. die sponsaliorum, §. 1. ff. depositi, Castr. in d. l. cum qd, nu. 6. Bolognet. nu. 93. Ioan. Coras. in fi.

Fundamentum est: quia hæc interpretatio videtur esse fauorabilior, & neutra pars læditur ex ea, vnde & recipienda esse videtur, vt docet Castrens. in l. 1. ff. si quis caut.

Quinta est sententia, donationem videri. Autor est Iacob. Menoch. lib. 3. de Præsump. c. 34. nu. 17.

Primò mouetur ex l. Quod quis sciens, ff. de condict. indeb. *Quod quis sciens indebitum præstat animo repetendi, repetere non potest*, sic Iurisconsultus.

Secundò, ex regula l. 1. ff. eo. & l. cuius per errorem, de D regulis iuris.

Tertiò, ex l. donari, ff. de donation. *Donari*, ait text. *id videtur, quod nullo iure cogente, conceditur*, Vnde sic videtur in proposita specie.

Postremò, quia videtur capienda esse interpretatio cōtra dantem, qui poterat legem apertè dicere, ex Regula l. veteribus, ff. de pact. l. Labeo, 1. ff. de contrahen. empt. & cap. contra eum, de Regulis iuris, in 6.

Ego verò sextam constituendam esse sententiam, quæ totam hanc disputationem prudentis Iudicis arbitrio cōmittat, facilè adducor ad opinandum, duas ob causas: Altera, quia nulla lege definita est, nulloque planè solido argumento definiri potest; quo casu arbitrio iudicis res cōmittitur, l. 1. ff. de iure deliber. Altera est causa, quia ex facti & personarum circumstantijs, cōiectura sumi potest, quis contractus, quæ mens fuerit tum dantis, tum accipientis pecuniam: Aut enim est diues, aut pauper, aut cognatus, aut amicus, aut extraneus is, cui pecunia datur. Et quæ præcesserint, & quæ fuerint acta, dicta, secuta. Iu- A dex perpendet, & ex his æstimabit ex animi sui sententia quid credat, & quid actum fuisse opinetur.

Neque ab hac sententia me adducunt argumenta superiorum sententiarum. Nam quod dicebatur ex numeratione mutuum præsumendum, non probatur eo §. quoniam, qui adsertur, aut alijs textibus, cum & ex alijs causis numerationem pecuniæ fieri solere manifestum sit.

Nec contractus innominatus esse potest, cum ad aliquod genus eorum reuocari non possit, quos recenset Iurisconsultus in l. naturalis, ff. de præscript. verb.

Sed nec euinci potest depositum esse; Nec enim illa est idonea collectio, fauorabilis est contractus depositi vtrique parti, ergò quod actum est, depositi nomine censetur, nec vsque adeò fauorabile est depositum magis, quā mutuum, aliusue contractus.

Donationem verò non esse præsumendam, notissima est assertio ex l. cum de indebito, ff. de probat. & ex alijs, vt per Menoch. de arb. iud. casu 88. Quare eiusdem opi- B nioni subscribere non possum id negantis, loco iam superius citato in commentarijs de præsumptionibus. Et licet, si quis sciens indebitum soluat, aut nullo cogente iure concedat, donare videatur, non tamen efficitur ita esse præsumendum in hac specie: Cum nō constet, quam ob causam tradatur pecunia, an vt debita cum non esset, an vt accipientis fiat, vt quid actum sit. Ac de controuersia ista satis iam philosophati sumus.

CAPVT LIV.

Contractus sitne usurarius, cum quis rustico mutuat ea lege, ut agrum eius colat, iusta tamen mercede.



Non esse contractum vsurarium, cum quis rustico pecuniam mutuat, ea lege, vt colat eius agrum certa data mercede, respondit Bald. ad l. Rogasti, §. si tibi, ff. si certum peta. Et in C eandem sententiam citantur Socin. sen. in l. si quis nec causam, nu. 12. ff. eo. S. Antoninus in Summa, parte 2. tit. de vsuris, cap. 7. §. 10. Ioan. Lupus, in c. per vestras, §. vlt. nu. 39. de donat. inter vir. & vxor. & alij. Quorum illud est fundamentum, quoniam hoc in casu *nihil* vltra sortem accipitur. Si enim rusticus ad agrum colendum se obligat, id iusta mercede data facit. Quod si mutuanti in eo gratificatur, beneficium acceptum, vt decet, compensare videtur.

Sed contraria sententia videtur communior & probabilior, quia vsura contrahitur, cum quid vltra sortem exigitur, siue illud sit pecunia, siue aliud, quod pecunia æstimari possit, c. si fœneraueris, 14. q. 3. c. consuluit, de vsuris. Commodum autem, de quo agitur, nempè, vt quis agrum colat, pecunia æstimari potest, Ita docuerunt Gl. & Bartol. ad l. Rogasti, §. Si tibi, Ioan. Calderinus Ancharan. Cardinalis, Panormit. in capit. vltim. de vsuris, Guido Papę, de contractibus illicitis, numero 14. D. Tho- D mas, 2. 2. articu. 2. quæst. 78. & ibidem Caietanus, & idē in Summa, in verbo Vsura exterior, in octauo casu. Corradus de Contract. quæstio. 36. Sotus de iustit. & iure, libro 6. quæstione prima, articu. secundo. Pierius in Summa, in verbo, Vsura, 1. quæstio. 7. Nauar. in Manuali Cōfessariorum, capit. 17. numero 220. Couuar. Variar. resol. lib. 3. cap. 2. post num. 5. vers. Verum aduersus Adrianū. Io. Bapt. Lupus Geminian. ad c. Nauiganti, comment. 3. §. 1. sub nu. 42.

Ad contrariæ opinionis argumentum patet respōsio: quia non est verum assumptum: Licet enim rustico iusta merces promittatur, is tamen se obligat ad id faciendum ad quod antea non tenebatur. Non obstat quod subiungitur, eum, qui beneficium accepit, obligatum esse ad gratiam rependendam, quia respondet S. Thomas loco annotato, duplicem esse recompensationem, vnam ex debito iustitiæ, alteram ex debito amicitiæ. Is qui beneficium accipit, tenetur ex debito amicitiæ illud recompensare. Ex debito autem iustitię tenetur recompensare secundū benefi-

beneficij magnitudinem. Cum autem ex mutui datione aliquis beneficium accipit, non ea est beneficij magnitudo, vt teneatur ex debito iustitiæ, aliquid vltra sortem receptam restituere creditori. Ergo ex debito iustitiæ non tenetur mutuo accipiens ad aliquid se obligare, ad quod non tenebatur ante, & ex quo utilitatem creditor percipiat. De debito autem iustitię loquimur, non autem amicitiæ: cui enim dubium, si sponte velit mutuatarius colere agrum creditoris potius, quàm alterius, vt ei gratificetur, quin possit hoc facere, & hæc ab eo commoda creditor percipere?

CAPVT LV.

Tractantur duæ aliæ controuersiæ de Vsuris.

PErtinent ad materiam vsurarum duæ aliæ controuersiæ. Altera, an vsuram committere dicatur is, qui fœnori pecuniam accepit, quam & alijs fœnori dedit. Altera verò, an ad restitutionem vsurarum perceptarum teneantur vsurarij Mercatoris, Institores, Procuratores, & alij, qui eius nomine vsuras exigunt. Quod attinet ad primam, Archid. in c. plerique, 14. q. 3. negat vsuram cõmitti, quia non lucri causa, sed damni euitandi gratia, is, de quo agitur, fœnus exercere videtur. Sed contrarium docuit post alios quos citat Ioan. Bapt. Lupus Geminianus, ad c. nauiganti, de Vsuris, comment. 3. §. 2. num. 32. Hoc argumento adductus. Aut hic secundus mutuator stipulatur sibi vsuras reddi, aut creditori suo, à quo scilicet pecuniam mutuatus est. Priore casu vsurarius est censendus, quia fœnus manifestè exercet, cum pecuniæ mutuo acceptę sit Dominus. Altero verò casu stipulatio non valet, quia alteri stipulari nemo potest, l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verb. oblig.

Denique in hanc sententiam communiter itum est, quam & ipse amplector, vt si is, qui mutuò pecuniam accepit, paratus erat eam reddere creditori suo, tunc vsurã non committat, quia ab alio, cui mutuat vsuras, accipere videtur, vt suæ consulat indemnitati, sicut & aliàs ex causa damni emergentis, vltra sortem aliquid accipere licere, inter omnes constat: secus verò, si nõ erat paratus reddere creditori, tunc enim, cum pecuniæ sit dominus, eã mutuare non potest, citra crimen vsurarum, vltra sortẽ aliquid exigẽdo, quia nihil aliud est vsura, quàm aliquid vltra sortem accipere. Ita Io. Calder. in d. c. Nauiganti, Laurentius de Rodulphis, ad c. consuluit, par. 2. q. 34. nu. 49. eo. ti. Amb. à Vignattæ ad c. salubriter, num. 47. eo. ti. Nauar. in Manuali confess. c. 17. nu. 233. & Io. Bapt. Lupus Gemin. loco supra citato.

Quod verò attinet ad alteram controuersiam, Syluester Pierius in Summa, in verbo, Vsura, 7. q. 4. respondit, huiusmodi Institores, Procuratores & Ministros vsurarij, obligatos esse ad restitutionem vsurarum in subsidiũ cum videlicet is, in cuius vtilitatem versa est pecunia, soluendo non est. Allegat l. ex hoc edicto, §. 1. ff. de eo per quem factum erit, &c. & l. & eleganter, §. pen. ff. de dolo. Idem respondit Host. in Summa, de Vsuris, in vlt. col. ad fin. Sed Mart. Nauar. in Manuali confess. c. 17. nu. 266. & seq. absolutè eos teneri respondit, & citra vllum excusationis beneficium.

Ego verò Pierij & Hostiensis sentẽtiam, veluti ęquiorem, amplector, æquũ enim est, vt primò satisfaciat principalis debitor, in cuius commodum, & vtilitatem vsurę sunt controuersæ. Nec mouet, q & tales ministri videntur esse delinquẽtes, veluti cooperatores, & coadiutores ad malum, & ideo teneantur, ex traditis à D. Tho. 2. 2. q. 62. ar. 7. & latius per Couuar. ad Reg. Peccatum, de reg. iur. lib. 6. in 2. par. relectionis, §. 12. Quia & nos dicimus eos teneri, & peccare, & delinquere, sed iuris & æquitatis regulam sequentes, hoc volumus, vt in subsidiũ teneãtur, scilicet, quo ad forum externum, sicuti regulariter constitutum est in fideiussoribus & possessoribus rei op-

A pignoratæ, vt non teneantur, nisi in subsidium, videlicet principali debitore soluendo non existente, & facilè adducor ad opinandum contrariæ sententiæ assertores intelligendos esse, quantum ad forum internum animæ, & conscientiæ.

CAPVT LVI.

Constituens Procuratorem ad accipiendum mutuò pecuniam, vtrum chirographo obligetur, quo Procurator profitetur se eam accepisse, si de numeratione aliter non constet.



QVatuor sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima Dominum, qui scilicet Procuratorẽ constituit, non obligari. Autores sunt Bart. Castr. Ale. Bal. Ias. Corn. & Dec. ad l. 2. §. vlt. ff. si cert. pet. Fel. in c. cum olim, 1. nu. 3. de of
B ficio deleg. & in c. si cautio, nu. 16. de fi. Instr. Tiraq. de retractu conuent §. 4. Gl. 6. n. 13. Mart. Garatta, in cõs. 50. & alij Iurisc. qui dictum consilium approbarunt, necnõ Franciscus Maria Plotus ibid. in Additio.

Fundamentum est: quia non constat Procuratorem executum esse mandatum, hoc est pecuniam numeratã fuisse. Etsi enim de recepta pecunia extet confessio, multum tamen inter confessionem & numerationem interest, l. si ex cautione, C. de non num. pec. & toto titu. C. de dote cauta non numerata. Quare Dominus non obligatur: Nam vt ex facto Procuratioris obligetur, constare debet, mandati fines diligenter impletos fuisse, l. diligenter, ff. mandati, l. cum mandati, C. eo. ti. l. 1. §. non autẽ, & l. vlt. ff. de exercitor. actio.

Altera est sententia, Dominum hoc in casu obligari. Ita censuerunt Salic. in d. l. 2. §. vlt. Imola, in c. si cautio, de fide instr. l. à Diuo Pio, §. sed si emptor, ff. de re iudic. Feder. Senensis in consil. 53. Titius fecit Procuratorem,
C Zasius ad d. l. 2. §. vlt. & lib. 1. Sing. respons. c. 31. Viglius ad d. §. vlt. Luchinus de Curte, inter consilia Martini Garattæ, cons. 50. & alij sequaces. Franc. Sarmientus, lib. 3. Select. interpret. c. 11.

Præcipuum fundamẽtum est in eo, q ex chirographo confessionis constare videatur, fuisse creditam pecuniam & numeratam Procuratori iuxta formam mandati. Id probatur primo ex l. pecuniæ, C. de solutio. Secundò ex l. Lucius, §. Tutelæ, ff. de administ. tut. Tertiò ex l. 2. §. ult. C. de quadriennij præscr. Quartò, ex argumẽto sumpto à verisimili, est enim uerisimile Procuratorem, qui sic cõfessus est, uerè pecuniam accepisse, argumento l. qui negociationẽ, ff. de neg. gestis. Et saltem post biennium cõfessio uires suas obtinere debet, ad instar ueræ numerationis, siquidem biennio lapso, exceptio non numeratæ pecuniæ cessat. Quintò, ex Doctorum assertione in ea specie, qua fideiussor agit contra debitorem, actione mandati. Nam si per confessionem creditoris, se pecuniam sol-
D uisse probauerit, actio contra debitorem illi competit, sicuti respondit Alexan. in consi. 25. lib. 5. & alij, quos refert & sequitur Rolan. à Valle, in cons. 27. nu. 9. lib. 1.

Pro confirmatione accedat tex. à Sarmiento citatus, in l. tam mandatori, C. de non num. pec. ubi dicitur mãdatori exceptionem non numeratæ pecuniæ competere, quod argumento est, mandatorem obligari ex confessiõne mandatarij, si enim non obligaretur, necessaria non esset exceptio non numeratæ pecuniæ.

Tertia est sententia Alciati, ad d. l. 2. §. vlt. ff. si cer. pet. Hanc rem, ueluti iure non definitam Iudicis arbitrio cõmittendam esse, quod non inscienter dixit, Tiraquello teste, loco superius annotato.

Postrema est sententia Petri Mozij in tract. de contract. tit. de mutuo, Rubr. de personis quæ possunt mutuare, uel non, nu. 9. Priorem sententiã Bartoli, & sequacium ueram esse inspecta iuris Canonici æquitate, per quã exceptio non numeratæ pecuniæ semper competit. Posteriorem autem opinionem ueram esse secundum rigo-

rigorem iuris ciuilis. Vel dominum cõueniri posse post biennium elapsum, antè vero nequaquam. Vel denique conueniri non posse principaliter, sed in subsidium duntaxat, scilicet excusso primum Procuratore. A

Sed prætermissis distinctionibus non necessariis, verior & communior mihi videtur Bartoli sententia, & sequacium: Nempè dominum, hoc in casu non teneri ex sola confessione Procuratoris. Nam quod dicitur ex confessione probari numerationem, id locum habet contra ipsum confitentem, non contra tertium, argumento l. Sei a, ff. ad Velleianum, l. certum, §. sed an ipsi, ff. de confessis l. iusiurandum, C. de testibus cum alijs a Tiraquello relatis de retractu conuent. §. 4. Glos. 6. num. 9. & a domino Præceptore meo Io. Cephalo in cons. suo 101.

Nec obstant leges allatæ ad probandum, ex confessione probari numerationem. Nam quod attinet ad l. pecuniæ, C. de solutio. de tali confessione illa lex non loquitur, sed de confessione creditoris, qui pecuniam sibi debitam accepit, nec dicit textus contra tertium eam confessionem valere. B

Ad l. Lucius, §. Tutelæ, respondeo, textum loqui de tutore, cuius confessio meritò nocet pupillo, & contra eum probat, quia Tutor generalem habet administrationem rerum pupilli, eiusque contractu, & facto pupillus obligatur, l. post mortem, §. 1. ff. quando ex facto tutoris, l. eũ qui, §. si actori, ff. de constituta pec. l. apud Iulianum, §. cõtractum, vers. Ego puto, ff. ex quibus causis in possessioné eatur, in illis verbis: *quasi cum eo* (pupillo) *contractum sit*.

Ad l. 2. §. vlt. C. de quadriennij præscript. respondeo, illud ibi specialiter constitutum esse in Procuratore fisci, quod proinde non est trahendum ad alios, vt declarat Deci. in d. l. 1. §. vlt. ff. si cert. petat. & probatur ex eo quod text. dicit, eum, qui procuratoris fisci apocham habet, plenissimam securitatem consequi, cum nemo regulariter ex apocha plenissimam habeat securitatem, propterea quod exceptio non numeratæ pecuniæ obijci potest, iuxta l. in contractibus, C. de non num. pec. Præterquam, quod Procurator fisci generale mãdatum habet administrationis rerum fiscalium, eum de tali procuratore generali nostra non sit disputatio. C

Argumentum a verisimili non obstat contra Dominum, qui mandatum dedit, sed tantum contra procuratorem facit; nec illud argumentum in hac specie magnas habet etiam vires: quia inter confessionem & numerationem, præclara est legum distinctio, qua sanè non indigeremus, si argumentum hoc efficeret, vt ex cõfessione probaretur numeratio, atque ita cogeretur debitor probare, se non accepisse, quod confessus est, contra l. asseueratio, C. de non num. pecu. & alias concordantes. Similiter, & contra confitentem locum habet, quod de lapsu biennij post confessionem dicitur, non autem contra tertium.

Postremum vero argumentum de fideiussore facilè dissoluitur, Cur enim fideiussor confessioné habens creditoris mandati non ageret aduersus debitorem, cum ex ea confessione ipse debitor liberetur, & sic manifestè cõmodum percipiat? D

Ad textum denique in l. tam mandatori, respondeo, non obstare huic sententiæ, nam loquitur de mandatore, qui alterius obligatione accedit, ad instar Fideiussoris. Vnde si principalis debitor exceptionem habeat non numeratæ pecuniæ, & ipse mandator habet, & consequenter, confessio debitoris elapso biennio mandatori præiudicat. De tali mandatore nostra non est disputatio, sed de procuratorem constituente, seu mandatum dante ad accipiendum mutuam pecuniam. Hic mandans est principalis, eiusque nomine, & mandato contractus geritur, quamobrem mandati ipsius forma seruanda est, & ita demum obligatur, si fuerit seruata. Nec ea licentia concedẽda est exequenti mandatum, vt vel colludendo, vel decipiendo, vel dolosè agendo mandantem obligare possit. vide an pertineat ad hanc quæstionem, eamque decidat tex. in l. Procurator 61. de act. & oblig.

CAPVT LVII.

Explicantur tres aliæ Controuersiæ de eadem re.



CAeterum sunt & aliæ controuersiæ ad eandem facti speciem pertinentes. Prima. Vtrũ idem sit statuendum, si Procuratoris confessio fiat præsente iudice, & autoritatem interponente.

Secunda, quid si Procuratorem constituens iuret, se ratum habiturum quicquid ab eo gestum fuerit.

Tertia, quid si procurator constituatur ad accipiendũ mutuò pecuniam, & confitendum se accepisse. De singulis ordine disseremus.

Quod attinet ad primam, Iason in l. 2. §. vlt. ff. si cert. petat. autoritate Ang. adductus ad l. 2. C. de prædijs Curialium lib. 10. respondit, Procuratoris confessionem Domino præiudicare, quasi ex iudicis præsentia, & autoritate numeratio facta esse præsumatur.

Sed contrariam sententiam habuit Franciscus Maria Plotus, in Addit. ad Martin. Garatt. cons. 50. num. 30. ea ratione inductus, quod præsumptio, quæ oritur ex Iudicis decreto, cesset, quoties ex instrumento apparet, solennia non interuenisse. Quod sanè argumentum non videtur satis firmum: quia in proposita specie non apparet ex instrumento, numerationem non interuenisse. Nihilominus tamen sententia Ploti contra Iasonem videtur mihi probabilior. Nã Iudicis decretum istud efficere, vt præsumantur omnia solenniter acta, & dolus abfuisse, omnibus est in confesso. Sed non ita constat, nec vlla est lex tale aliquid dicens, numerationem factam præsumi ex confessione coram iudice facta.

Quod attinet ad secundam, idem Iason loco superius annotato respondit, dominum obligari ex confessione Procuratoris, autoritate Pauli Castr. in cons. 407. lib. 1. Eandem sententiam sequitur Alciatus d. l. 2. §. vlt. motus ex traditis per Ant. Butr. & Felyn. in c. cum olim, 1. de officio delegati, & ne alioqui videatur, ea clausula esse superuacanea.

Sed contrariam sententiam amplexus est Deci. in d. l. §. vlt. nu. 35. & Franciscus Maria Plotus, loco annotato. Quibus & ipse adstipulor. Nam clausula rati habitionis tacitè inest mãdato Procuratori dato, vt dicebat Gl. in l. si procuratorem, in verbo, Ratum, ff. de Procurator. Iuramẽtum verò nihil operatur contra intentionem iurantis, l. vlt. C. de non num. pec. Hæc est autem intentio iurantis, vt non aliter obligetur, quam si pecunia procuratori numeretur.

Non obstat Pauli Castrensis autoritas in d. cons. 407. quia loquitur in ea specie, qua Procurator constitutus fuit in rem suam, ad vtilitatem scilicet sui ipsius, non autem ad vtilitatem mandantis. Sed præstat verba Castrensis subijcere, quo hæc responsio melius intelligatur: *Maxime autem me mouet*, inquit Castrensis, *quia iste non constituit Procuratorem ad vtilitatem ipsius constituentis, sed procuratoris, vnde non tam restringitur Iuramentum sicut si ad vtilitatem suam constituisset, videlicet, vt pro ipso constituente pecuniam reciperet. Tunc enim ne constituens defraudetur, &c. subintelligeretur conditio, si vere pecuniam reciperet. Sed postquam hoc fecit ad vtilitatem Procuratoris, licet reuera non totam pecuniam receperit, non defraudatur constituens, tenet enim magis locum fideiussoris, vel mãdatoris, quam principalis, l. Quamuis, § si non essem, ff. ad Velleianum. Vnde non magis pertinet ad ipsum constituentem, qui tunc in solidum pecuniam promisit, quam si reuera totum recepisset.* Hæc ferè Castrensis. cuius doctrina (vt obiter hoc dicam) confirmatur responsio allata in superiore capite, ad l. Tam mandatori, C. de non num. pec. Nam Castr. ibi docet differentiam esse, vtrum constituens procuratorem locum obtineat fideiussoris, vel mandatoris, an verò principalis, in cuius scilicet vtilitatem & cõmodum contractus, qui geritur, cedat. Priori casu ex confessione Procuratoris mãdans obligatur, quia est veluti fideiussor

deiussor ipsius Procuratoris, qui procul dubio ex confessione sua tenetur. Posteriore autem secus, quia mandans obligari non debet, nisi probetur pecuniæ numeratio.

Non obstat argumentum Alciati ex traditis per Ant. Butr. & Felyn. quia nec de specie nostra loquuntur, nec dicunt illam clausulam ratihabitionis eum effectum producere, quem ipse intendit.

Argumentum denique à superfluitate nihil obstat. Nam etsi ea Clausula id non efficiat, vt mandans obligetur ex confessione procuratoris, non tamen superflua iudicari debet, cum mandantis intentionem disertè exprimat, omnemq; prorsus auferat dubitationem.

Quod verò attinet ad tertiam controuersiam, duę sũt contrariæ Doctorum sententiæ. Prima. Dominum mandantem, etiam hoc in casu non obligari, si non constet de vera & reali numeratione facta. Ita Bar. Dec. & Soci. iun. in d. l. 2. §. vlt. ff. Si cert. pet. Martin. Gorattus, & cæteri subscribentes, in d. cons. 50.

Fundamentum est in eo, quod illa verba mandati, *& ad confitendũ se recepisse*, ex præcedentibus adiunctis declarari debeant, vt nimirum mandans teneatur, si probetur pecuniam fuisse numeratam. Solent enim verba subsequentia ex præcedentibus declarari, l. vlt. §. cui dulcia, ff. de vino, tritico, & oleo legato.

Altera est sententia, mandantem hoc in casu teneri ex confessione, ita docuerunt in comment. d. §. vlt. Bald. Sal. Fulgos. & Corn. Necnon Alex. & Iason; & præter hos Rom. in l. prædia, ff. de acquiren. poss. Angel. & Castr. in l. si debitorem, ff. de nouation. Franciscus Maria Plotus, loco prius citato, nu. 28.

Fundamentum est: quia nisi ita diceremus, superuacanea omnino esse videretur illa Clausula mandati. *Et ad confitendum se recepisse.* Sed valdè infirmum mihi videtur, quia non ea mandantis mens esse intelligitur, vt procurator confiteatur se recepisse, si verè pecuniam non recipiat, sed ea mens fuisse intelligitur, vt cum reuera pecuniam receperit, exponat etiam confessionem, & chirographum de recepta pecunia, pro cautione creditoris, & ideo priori sententiæ magis accedo, cuius fundamentum videtur mihi solidius & firmius.

CAPVT LVIII.

Mutuatus argentum non signatum an creditori inuito pecuniam reddere possit.

INter Doctores nostros non parua est controuersia hac de re. Etenim eum, qui argentum non signatum mutuatus est, reddere pecuniam inuito creditori non posse, cẽsuerunt Glossator antiquus, cuius meminit Accursius in l. 2. §. mutui datio, ff. si certum petat, in verbo, creditum, & ibid. Iacob. Butrig. & vterque Salicetus, teste Aretino, necnon Petr. & Cyn. ad l. si quis argentum, C. de donat.

Fundamentum est, quia aliud pro alio inuito creditore solui nõ potest, l. 2. §. 1. ff. si cer. pet. Et Paulus respõdit; *Creditorem non esse cogendum in alia forma nummos accipere, si damnum ex eo sit passurus*, l. Paulus respondit creditorem, ff. de solution. Et damnum pati videtur, qui suæ non satisfacit voluntati, l. vlt. ff. de vsu & habitatio.

Cæterum contrariam sententiam habuerunt Accursius in d. l. 2. §. mutui datio, & eodem in loco Alex. Iason Decius, Alciatus, & Zasius.

Argumenta sunt ista. Primum, ex l. si quis argentum, C. de donation. vbi probatur, donantem argentum, satis facere posse præstando æstimationem. ibi. *Siue in ipsa æstimatione, quæ pro massa rudi*, &c.

Secundum, ex l. 1. §. vlt. ff. de auro & argen. leg. & ex l. cum certum auri, & l. cum aurum, §. proinde, ff. eo. Quibus in locis dicitur, argento legato hæredem soluendo æstimationem, liberari.

Tertia est sententia Bartoli, in d. §. mutui datio, *Si debeo tibi massam argenti* (inquit Bartolus) *soluere possum ar-*
A *gentum in forma, ære non contaminatum, eiusdẽ liga, quod tamen verum est, quando argentum tantam vtilitatem affert in forma, quantam in materia. Sed si propter commistionem alterius æris, vel propter formã, minus vtilitatis afferret in forma, quam in materia, tunc non posset solui.* Sic Bartolus.

Quarta opinio ex Castrensis distinctione colligi potest. *Aut volo* (inquit Castrẽsis) *reddere tot argẽteos, quot fiunt ex vna libra argenti*, (quam scilicet mutuo accepi) *puta fiunt centum cum mistura æris, & possum hoc facere inuito creditore, licet sint ære contaminati, quia non efficitur conditio creditoris deterior, cum possit eos reducere ad massam, & deducto ære habebit libram argenti puri sicut mutuauit. Aut volo restituere tot argenteos, quot ponderat vna libra argenti, quam mutuaui, & tunc si non sunt ære contaminati, possum, aliàs secus. Quia ponderaretur æs cum argẽto, & sic non haberet libram argenti puri mutuati. Aut volo restituere tot argenteos, quot ponderat vna libra argenti*
B *mutuati. Puta sexaginta argenteos in forma, qui valent vnam libram argenti puri, licet non ponderent vnam libram & hoc quando propter expensas formæ*, (scilicet cudendi) *datus est maior valor extrinsecus, quam sit bonitas intrinseca. Et tunc non cogetur creditor accipere pecuniam, etiãsi non sit ære contaminata.* Hæc ferè Castrensis.

Quinta opinio statui potest ex distinctione Socini senioris, quam secutus est nouissimè Comes Federicus Scotus in d. §. mutui datio, & sequentibus conclusionibus continetur.

Prima conclusio. Pecunia eiusdem bonitatis reddi potest creditori si appẽdatur, non habita ratione formæ, sed ponderis & materiæ. Ratio est; quia tunc pecunia consideratur tanquam argentum non signatum. Consequenter reddi potest pro argento non signato.

Secunda conclusio. Pecunia reddi non potest ad numerum, quanquam sit eiusdem ponderis cũ argento mutuato. Aliud est enim eo casu, quàm argentum mutuatũ.
C Aliud autem pro alio inuito creditore solui non potest.

Tertia conclusio. Cum pecunia non est eiusdem æstimationis, quo ad materiam, seu bonitatem intrinsecam, licet valore extrinsecus imposito æquiualeat æstimationi argenti mutuati, non potest tamen reddi inuito creditore. Ratio est, quia creditoris conditio est deterior. non enim habet argentum eiusdẽ bonitatis intrinsecæ. Quare si vellet pecuniam datam, ad argenti massam reducere, damnum sentiret. Consequenter non cogitur accipere, l. Paulus respondit, ff. de solutio.

Quarta conclusio. Reddi non potest creditori inuito pro argento melioris notæ, argentea pecunia ære contaminata, vel aliàs deterioris notæ, licet eiusdem æstimationis, & resarcire paratus sit creditori damnum, quod ex contaminatione pati potest. Ratio est, quia in separando ære ab argento, requiritur sumptus.

Sed huic conclusioni contradicit Alciatus. Existimat enim satis fore, si debitor creditorem seruet indemnem,
D & refusionis impendia, & omne intertrimentum resarciat, ita vt eatenus liberetur, quatenus Zygostatę iudicio id est, examinis ponderum præfecti, deliquato ære competerit argenti creditori.

Ipse opinor eorum sentẽtiam probabiliorem esse, qui existimant, pro argento non signato, reddi posse signatũ si modo eiusdem sit ponderis & bonitatis, neque vlla æris admistio sit, ita vt creditoris non intersit.

Moueor, quia hoc in casu non soluitur aliud pro alio, sed idem: qui aurum & argentum functionem in genere suo recipiunt. Et sufficit reddere creditori tantundem ęquè bonum, l. cum quid, ff. si certum pet. Et cum creditoris non intersit, non refragatur, imò suffragatur l. Paulus respondit, ff. de solutio.

Quod vero attinet ad conclusiones Socini, secunda conclusio parui momenti est, vt ante me Viglius animaduertit in prælect. ad d. l. 2. ff. si cert. pet. Ponit. n. Socin. primã conclusionẽ: Reddi posse argentũ signatum pro massa mutuata, si modo pondere æquiualeat massę mutuatę.

Deinde

Deinde negat in secūda; Restitutionem posse fieri, si debitor reddere velit pecuniam ad numerum, licet numerus sit tantus, qui pondus argenti mutuati æquet. Est hęc res modici momenti, quia si creditor recuset accipere ad numerum, statim debitor dabit ad pondus, & cessabit omnis difficultas.

Denique Doctores mihi videntur in vno conuenire, & in duobus dissentire. Conueniunt omnes: Solui posse pecuniam signatam, si pondere & bonitate respondeat argento mutuato. Rectè; quia, vt dictum est, tantum accipit hoc in casu creditor, quantum dedit, effectu.

Dissentiunt autem primum in eo, quod argentum signatum etiam ære contaminatum solui posse inuito creditore Castrensis docet, quoniam reduci potest ad massam deducto ære. Alexander autem contradicit propter impensam, quæ in separando ære fieri debet. Rectè, iudicio meo, quia tunc creditor damnum pateretur.

Secundò dissentiunt in eo, quod Socinus negat solui posse argentum ære contaminatum, licet damnum resarciatur creditori. Alciatus autem repugnat. Rectè, quia satisfit creditori ex eo argento, quod iudicio præfecti, & libratoris remanet, deliquato ære ac sublato, scilicet impensa reductionis a debitore suppeditata, ne quid damni prorsus creditor patiatur.

CAPVT LIX.

De conciliatione l. naturalis, § 1. ff. de præscript. verb. & l. vlt. ff. de condict. causa data.



IVrisconsultus Paulus in l. naturalis, §. 1. ff. de præscript. verb. pugnare videtur cum Iurisconsulto Celso, in l. vlti. ff. de condict. causa data. Ait Paulus: *Et si quidem pecuniam dem, vt rē accipiam, emptio & venditio est.* At Celsus: *Dedi tibi pecuniam, vt mihi Stichū dares, vtrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est? an & hic nulla alia obligatio est, quā ob rē dari, re nō secuta? In quo proclivior sum.*

Antiquus interpres, cuius meminit Accurs. ita conciliat: Vt Celsus loquatur, cū pecunia in specie datur, hoc est, certa species pecuniæ. Paulus autem, cum datur pecuniæ quantitas simpliciter. Azo autem dicebat, Celsum loqui cum ita conuentum est, vt ex vna parte res detur, ex alia pecunia. Non est venditio, sed contractus innominatus eo casu, quia venditor non tenetur dare, hoc est, dominium transferre, sed tradere, l. 4. ff. de vsuris. Paulum autem loqui, cum pecunia datur, vt res tradatur. Verbū enim (*accipere*) commune est, potestq; accommodari tam ad dationem, q̃ ad traditionem. Eandem sententiā secuti sunt Bart. Castr. Ias. & cæteri Doct. in d. l. vlt. Necnon Zasius in Antinomiarum solutionib. par. 2. col. 2.

Cæterum, Corasius lib. 2. Miscellaneor. c. 9. ab his dissentit, & Pauli responsum accipiendum putat, cum pecunia, precij nomine, siue tanquam precium datur. Celsi autem responsum, cum pecunia simpliciter datur, non loco precij. Sed ante Corasium idem docuit Alciatus, ad l. 2. n. 24. ff. si cert. pet. quē secutus est Federic. Scotus. ibid. num. 130.

Sed continet meram diuinationem hæc solutio. Vnde, magis probatur sententia proximè relata, quæ ab impugnatione Corasij facilè defendi potest.

Nam primò dicit Corasius, se non putare, Iurisconsultos tam superstitiosè insectatos scrupulosas verborum significationes. Respondeo, differentiam inter verbum dare, & tradere, perpetuò obseruatam à Iurisconsultis, §. sic itaque, Inst. de act. l. 4. ff. de vsur. & alibi.

Secundò dicit Corasius, verbū *accipere* importare dominij trāslationem, vt patet ex d. l. naturalis, §. 1. ibi: *Si rē do, vt rem accipiam, permutationem esse.* Verbum *accipiā*, importat translationē dominij p̄p illa verba: *Si rem do.*

Respondeo, verbum (*accipere*) secundum materiam subiectam accipiendum. Quare eo in loco denotat dominij translationem, quia id exigit materia subiecta. Alibi non idem importat, vt in sequenti casu, quia emptio & venditio non id necessariò exigit.

Tertiò ait Corasius, verbum (*dare*) ad venditorem relatum, non inducere dominij translationem, l. si stipulatus, ff. de vsuris. Respondeo, in specie d. l. si stipulatus, cōtractum venditionis præcessisse, ex quo venditor obligatus esse dicitur ad tradendum. Vnde, si sequatur stipulatio: *Rem dari*, præcedentem obligationē non nouat, quia non est verisimile plus venditorem ea stipulatione promittere voluisse, quàm iudicio empti præstare teneretur.

CAPVT LX.

Vtrum mulier renunciare possit Senatusconsulto Velleiano.

VTrum mulier beneficio Senatusconsulti Velleiani renunciare possit, non eadem est omnium sententia. Negant eam renūciare posse Bart. Bald. Alberic. Paulus Castren. & Salic. ad l. vlt. §. vltim. ff. ad Vellianum. Cyn. & Angel. ad l. vlt. C. eod. titu. Angelus Aretin. in §. Item si quis in iudicio, nu. 20. in Instit. de except. Abb. & Felyn. in c. si diligenti, de foro compet. ille, nu. 14. iste, nu. 9. Serephin. Senensis, de priuilegijs iuramenti, priuilegio 99.

Fundamentum est, quia eadem facilitate, qua mulier inducitur ad fideiubendum, & se obligandum, moueri videtur etiam ad renunciandum, argum. l. doli, §. diuersum, ff. de nouatio. l. vlt. C. de pactis pignor. & l. mulier, 2. C. ad Velleian. vbi dicitur, secundam mulieris fideiussionem ante lapsum biennij nihil sibi præiudicare, quoniam adhuc eadem consequentia suæ fragilitatis in secūdam iacturam inciderit.

Cæterum, affirmant mulierem renunciare posse Glo. Odoffred. & Fulg. in d. l. vlt. §. vlt. Azo, in Summa, C. eo. tit. Hostiens. in Summa, de fideiussor. §. mulier, Zasius Singul. responsor. lib. 2. cap. 18. Iacobus Cuiacius obseruatio. lib. 20. c. 34.

Argumenta sunt ista. Primum, ex l. vlt. §. vlt. ff. ad Velleian. ibi: *Cauere debebis exceptione*, (scilicet *Velleiani*) *se non vsuram.*

Secundum est ex Auth. Matri, & Auiæ, quando mulier tutelæ officio fungi possit, ibi: *Et renuncies Senatusconsulti Velleiani præsidio.*

Tertium argumentum ex antiqui iuris regula. Omnes licentiam habere, his, quæ pro se introducta sunt, renunciare, l. penult. C. de pactis.

Distinctione vtuntur idem Bart. in d. §. vlt. Imola, in c. Ex rescripto, de iureiur. Couuar. in c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 2. part. §. 3. nu. 4. & 5. & Antonius Gomesius, Variat. resol. tit. de contract. c. 13. n. 17. Aut renunciat in iudicio, aut extra iudicium. Priore casu valet renūciatio, posteriori nequaquam.

Alia denique vtuntur distinctione Decius & Alciatus, ad l. penult. C. de pactis: Aut in eodem instrumento, quo mulier se obligat pro alio, renunciat Velleiano, & non nocet renunciatio, Aut ex interuallo temporis post obligationem, & valet.

Ego vero sententiam eorum amplector, qui affirmant renunciationem valere, euincitur enim satis clarè legib. & argumentis superius allatis.

Nec quicquam facit illa ratio, quod mulier renunciare videatur eadem fragilitate, quia sibi imputet. Neque enim inuito beneficium confertur.

Nec fundamantum solidum habet ea distinctio, vtrum in iudicio, vel extra iudicium mulier renunciauerit. Quia l. vlt. §. vlt. ff. ad Velleian. non loquitur de renunciatione in iudicio facta. Ita enim habet: *Cauere debebis exceptione se non vsuram, & sic ad iudicem ire.* Nihil autem prohibet, quin ea verba accipiamus tam de cautione extra iudicium, quam in iudicio.

CAPVT LXI.

Explicantur duæ aliæ Controuersiæ de eadem re.



Sed dato, quod in obscuro sit, an renunciatio valeat, de qua in præcedenti capite disputatimus. Suboritur alia controuersia, an valeat, si iuramento sit corroborata. Et sunt qui opinentur non valere, quia iuramentū sequitur naturam actus, cui adijcitur, l. vlt. C. de nō numerata pec. ita Glos. in Auth. Si qua mulier, in verbo, Nullatenus, C. ad Velleianum. Grammaticus decis. 76. num. 20. vbi alios citat, quibus ego non assentior, autoritate text. in cap. Ex rescripto, de iureiur. vbi S. Pontif. de muliere quæ fidiusserat fide præstata (loco iuramenti) verba faciens, ait eam esse cogendam, vt conuentionem adimpleat.

Atque ita docent Bauerius in tract. de virtute iuram. in 17. effectu, Corset. ad Rubr. de Iureiur. priuil. 17. Glos. & Abbas in d. c. ex rescripto, Tiraquell. ad l. si vnquam, in præf. nu. 136. C. de reuocan. donat. Couuar. ad c. quamuis, de pact. lib. 6. par. 2. §. 3. nu. 5. Seraph. Senens. de priuil. iuram. priuil. 99. Non obstat argumentum contrariæ sententiæ, quia l. vlt. C. de non numer. pecu. loquitur in ea specie, in qua deficit consensus iurantis, quo casu non magis obligatur, quam si absque iuramento promitteret, sicuti declarat Bart. in l si quis pro eo, ff. de fideiuss. & Iason in l. Si conuenerit, ff. de iurisdict. omn. iud.

Denique est controuersia inter Doctores, an si mulier pro alio obligetur, iureiurando interposito, non tamen renunciando Senatusconsulti beneficio, Vtrum efficax sit obligatio, nec iuuetur exceptione. Etenim exceptionē ex Senatusconsulto hoc in casu mulieri se obliganti cōpetere, Autores sunt Io. Andr. in Additio. ad Specu. tit. de renunciatio. col. 3. Imola & Aret. ad l. Sciendum, ff. de verb. oblig. Iason in Auth. Sacramenta puberum, nu. 56. C. si aduersus venditionem, Couuar. alios citans, in d. c. quamuis, part. 2. §. 3. nu. 5.

Fundamentum autem est, quia iuramentum non porrigitur, ad incognita & incogitata, cap. Veniens, c. Quintauallis, de Iureiur. Sed mulier præsumitur ignorare vim Senatusconsulti Velleiani, argumento l. si emancipata, C. de iuris & facti ignorantia, l. In bonorum, ff. eo. tit. & eorum, quæ notantur in l. iuris ignorantia. C. qui admitti, &c. Ergò non præsumitur mulier de eo Senatusconsulto cogitare, & consequenter iuramentum ad illud nō porrigitur.

Sed contraria sententia mihi videtur facilè euinci, ex d. c. ex rescripto, de iureiur. vbi mulier fideiubens obligatur efficaciter propter iuramentum, nec vlla fit mentio renunciationis factæ Velleiano. Facit ab hac sententia, qd habetur in c. quamuis, de pact. lib. 6. & in c. cum contingat, eo. ti. Atq; ita docent Bart. in l. si quis pro eo, nu. 15. ff. de fideiuss. & in Auth. sacramenta puber. C. si aduersus venditio. & ibid. Ang. & Castrens. Abb. Imo. & Fel. in d. c. ex rescripto, idem Fely. & Aut. Butr. in c. si diligenti, de foro compet. Ant. Burgos. in c. penult. nu. 36. de empt. & vend. Tiraq. alios citās, ad d. l. si vnquam, in præfatione, nu. 131. & de leg. Connubial. Glos. 5. nu. 148. Anto. Gomes. de Contract. c. 13. ante nu. 18.

Non obstat argumentum contrariæ sententiæ, quia vinculum iuramenti præualet omnibus iuris ciuilis sanctionibus propter religionem, vt patet ex d. c. cum contingat, & ex d. c. quamuis, & ex aliis locis. Verum quidem est iuramentum non esse porrigendum ad incogita & ignorata, sed hic mulier cogitabat se obligare, & scire debebat, iuramentum non esse violandum. Quod verò ignoraret Senatusconsulti beneficium, id ei no suffragatur, sicuti neque in specie d. c. cum contingat, neq; in specie d. c. quamuis, nec in similibus casibus, quibus iuramētum interponitur, iuris ignorantia prodest. Huc accedat quod dicit l. vlt. C. de iu. & facti ignor. Mulieri ius ignoranti non esse subueniendum, præterquam in casibus ex

A pressis. Nullibi autem expressum est, mulieri ius ignoranti, contra præstitum iuramentum subueniri oportere.

CAPVT LXII.

Vtrum Senatusconsulto Macedoniano renunciari possit.



Filiumfamilias renunciare nō posse exceptioni Senatusconsulti Macedoniani, communis est Doctorum sentētia. Ita Glos. & Bar. in l. Tametsi, 13. ff. ad Maced. Couuar. ad c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 2. parte, §. 3. un. 4. Anto. Gomes. de contract. ib. cap. 6. nu. 2. Petrus Mozius de contract. ib. tit. de Mutuo, nu. 19.

Fundamētum est satis firmum in d. l. Tametsi, ubi Iurisconsultus; *Tametsi non opposita exceptione condemnatus fuerit filiusfamilias, eum tamen Senatusconsulto iuuari posse respondit.* Ex quo sumitur argumentum renuncia

B tionem non valere, si enim efficax esset, exceptione non opposita filiusfam. non iuuaretur, quasi videretur ei beneficio renunciare.

Confirmatur hæc sententia: quia Senatusconsultum Macedonianum respicit publicam vtilitatem, ne videlicet filijfam. corrumpantur, vt in l. 1. ff. eo. Quare priuatorum pactis renunciari non potest, l. si vnus, §. pacta, & l. Iurisgentium, §. si pacisca r, ff. de pact.

Sed contrariam sententiam defendit Zasius lib. 2. Singular. Responsorum, c. 18. cuius argumenta, quantum habeant momenti, dispiciendum est.

Primò sic argumentatur. Filiusfa. ex omnibus contractibus obligatur, l. Filiusfa. 38. ff. de act. & obli. Ergò etiā ex mutuo obligatur, si Macedoniano renunciauerit.

Respondeo, nego consequentiam, quia iustas ob causas eo Senatusconsulto prospectum est, ne obligetur, vt in l. 1. ff. eo. quæ sanè prouisio elusoria redderetur, si valeret renunciatio.

C Secundum argumentum. Exceptio Macedoniani filiofam. datur ad similitudinem Velleiani, cuius exceptio competit mulieri. Ergò sicut Velleiano mulier renunciare potest, ita & filiusfam. Macedoniano.

Respondeo; Rationem esse differētiæ, quia Velleiano consulitur fragilitati mulierum. At Maced. bonis moribus prospicit, ne videlicet filiifa. corrumpantur. Quamobrem, priuato commodo mulier renunciare potest. Sed filiusfam. nequaquam iuri publico derogare potest.

Tertium argumentum. Filiusfam. in foro conscīetiæ; vt vocant, peccat, si mutuum non restituat. Ergò renunciare potest exceptioni quā habet ex Macedoniano. Respondeo, negando consequentiam.

Quartum argum. Odiosa est exceptio Macedoniani. Ergo ei renunciari potest. Respondeo, negādo consequētiam, quia si renunciari posset, & inanis esset prouisio, & filiorumfa. corruptioni aditus aperiretur, & occasio delictorum inde nasceretur, quod præcauere in animum in-

D duxit legislator Vnde, quod rectà via prohibitū est, non debet per obliquum extorqueri, c. cum quid vna via, de reg. iur. lib. 6. De Macedoniano loquens Imperator in §. Illud, in Inst. quod cum eo qui in aliena potestate, ita dicit: *Quæ ideo Senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant uitæ parentum insidiabantur.*

Sed maior controuersia est, cum filiusfam. mutuum contrahit iuramento interposito, an locum habeat Senatusconsulti exceptio. Etenim variæ ac diuersæ sunt Doctorum sententiæ.

Prima Bartoli, in l. si quis pro eo, nu. 10. ff. de fideiuss. iuramentum esse seruandum, & ideo impetrandam esse absolutionem à iuramento, vt non cogatur soluere, aut si soluerit, repetat soluta. Bartolū sequitur (obiter tamē) Alciatus in c. cum contingat, n. 126. de iureiur.

Fundamentum autem vix intelligi potest aliter, quā ex verbis eius. *Quarto*, inquit Bartol. *prohibetur cōtractus in odium creditoris. Isto casu uidetur, quod iuramentum si seruan-*

seruandum, vt extra de Pignoribus, c. Significante, vbi videtur, quod pactum legis commissoriæ in pignoribus, quod est reprobatum odio creditoris, si iuramentum ibi apponatur, esset seruandum. Et aduerte, dico iuramentum esse seruandum, non dico, quod pactum confirmetur per iuramentum, vt videtur tenere Inno. in d. c. Hoc est magni effectus propter multa. Primo, quia statim cùm ego obseruaui iuramentum meum, ego sum absolutus a iuramento meo, & apud creditorem remanebit res sine causa. Et ideo poterit ille, qui iurauit petere, quod liberetur vel absoluatur a iuramento si remaneret obligatus, vel poterit agere contra creditorem condictione sine causa. Exemplum, quando quis iurauit se soluturum vsuras, quod pactum est prohibitum odio creditoris. Si istud pactum potest impleri soluendo, et si impleatur, poterit debitor repetere. Sed si non haberet implementum, vt si iurasset se non repetiturum, si non potest impleri totaliter, peteret debitor se absolui à superiore ab illo iuramento, vt in c. Debitores, de iureiur. Et ideo dico quod si filiusfam. renunciet Macedoniano, ipse posset soluere propter timorem iuramenti, & postea condicere. B *Vel posset petere se absolui ad cautelam.* Huc vsque Bart.

Secunda est opinio Abbatis Panor. in c. cùm contingat, de iureiur. nu. 22. Iuramentum hoc in casu non obligare, & ideo absolutione opus non esse. Ratio est: quia videtur esse contra bonos mores, & occasionem dare peccandi & delinquendi, c. Non est obligatorium, de reg. iur. lib. 6.

Tertia est sententia, filiumfa. iuramēto obligari ad soluendum, & si soluerit, repetere non posse. Absolutionem autem petendam, si eo in loco, quo mutuum contractum est, soleant filijfa. eam ob causam facilè corrumpi, & inde aliqua mala exoriri. Ita Anton. Butrius, & Imola, in d. c. cùm contingat, nu. 67. Corneus in Auth. Sacramenta puberum, nu. 31 C. si aduers. vend. Couuar. ad c. Quamuis, de Pactis, lib. 6. in 2. part. §. 3. nu. 4.

Fundamentum est: quia iuramentum est hoc in casu interpositum ad confirmandum contractum, & obligationem per se non iniustam, neque in alterius aut animæ præiudicium vergentem: Consequenter seruandum est, C vt in d. c. cùm contingat, de iureiur. & alibi.

Quarta est opinio, viuente patre filiumfa. iuramento non obligari, ne scilicet insidietur parentum vitæ, Mortuo autem patre, quasi ratione cessante, filiumfam. obligari. Ita Io. Faber in §. Quæ diximus. Inst. quod cum eo, qui in aliena potestate est, &c. sequitur Anton. Gomes. de Contract. cap 6.

Postrema est sententia Petri Mozij in tract. de Contract. tit. de Mutuo, nu. 17. filiumfa. non obligari iuramento, si de magno eius præiudicio agatur. Idque probat multis autoritatibus, quibus immodicè læsis succurrendum dicitur. Quod sanè quantum ad rem faciat, ipse viderit.

Mihi sanè eorum sententia probabilior videtur, quam tertio loco retuli. Nam quod attinet ad Bartoli sententiā, in primis memoria lapsus est, dum dixit repeti posse solutam pecuniam, cùm doceat contrarium, l. Sed etsi pater, §. vlt. ff. ad Macedonianum. Deinde negat contractum confirmari posse iureiurando, quod vix concedi potest, D cum ipse mutui contractus licitus sit, & iuris tantum ciuilis regulis infirmetur, quo casu iureiurando confirmari probat, ca. Quamuis, de pactis, lib. 6. Nec sanè video nostris temporibus eam occasionem dari filijsfam. vt parentum vitæ insidientur, sicut olim: Quod si in eo loco, vbi contractus geritur, talia facinora committantur, absolutione impetrata à iuramēto, locus esse poterit exceptioni.

Alia denique est controuersia, An filiusfa. in foro animæ teneatur reddere mutuò acceptam pecuniam creditori. Et si quidem nullum ex ijs malis secutum sit, ob quæ Senatusconsultum factum est, filiumfa. teneri dixerunt Innocent. & Panorm. in ca. Quia plerique, nu. 26. de immuni. Eccles. Iason. in §. Actiones, nume. 26. Instit. de act. Alciat. in c. Nouit, nu. 16. de iudicijs.

Fundamentum est respectu primi membri distinctionis, quia in foro animæ præsumptiones cessant & veritas præualet: Cùm verò aliquod ex dictis malis oritur, seruāda est legis constitutio, tanquam iusta, etiam in animæ iu- A dicio, ex traditis per Glos. in cap. quæ in Ecclesiarum, de constitut. & per Couuar. in c. cùm esses, de testamen.

Cæterùm, haudquaquam teneri filiumfa. in animæ iudicio, existimarunt Bart. in Extrauag. Ad reprimendum, in verbo, Denūciationem, nu. 12. & Ant. Gomes. Variar. Resol. tit. de Contract. c. 6. nu. 2. Et fundamentum est: quia lex iusta seruanda est ēt in foro conscientiæ. Est aūt ea lex iusta, quæ filiumfam. non obligari decernit ex mutuo, ex causis, de quibus in l. 1. ff. ad Maced.

Tertia est sententia, quę mihi probabilior vr̄ ac tutior: Nempe filiumfa. teneri in animæ iudicio, atque in foro, vt vocant, conscientię, ad restituendam pecuniam. Ita Couuar. in d. c. Quamuis, de pactis, lib. 1. in 2. parte, §. 3. nu. 4.

Probatur hæc sententia: quia filiusfa. naturaliter obligatur, quod patet: quia si soluat, non repetit, l. sed etsi pater, §. vlt. ff. ad Maced. Ergò tenetur in foro conscientiæ, ne locupletetur cum aliena iactura, contra ius & ęquum. Atque sic existimo.

B

CAPVT LXIII.

Prodigus an possit aliquem contractum facere, antequam sit ei à Magistratu interdicta rerum administratio.



Rodigum contrahere posse, antequam ei bonis interdicatur, Autores sunt in l. is cui bonis, ff. de verb. oblig. Accurs. Bat. Bal. Angel. Castr. Rom. Alex. Aret. Iason, & Zasius, nu. 16. Necnon Imola, & Ancharan. in cap. 1. de Testamentis, & Anton. Gomes. variar. resol. titu. de contract. c. 14. nu. 31.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. Iulianus, ff. de curatorib. furioso dandis, ibi. *Eos, quibus per Prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse*, &c. His enim verbis significari videtur à cōtrario sensu prodigum esse aliquid transferre, antequam ipsi bonis interdicatur.

C Secundum est ex l. Patri pro filio, ff. de Minoribus, ibi: *Aut eius vita sit iste Adolescens, vt meritò bonis ei interdici debeat*. His verbis indicari videtur necesse esse, vt bonis interdicatur, alioquin contrahere posse prodigum.

Tertium est ex l. Tres Tutores, §. vlt. ff. de Administ. Tutor. vbi is, qui prodigus est, Tutor appellatur, & sic administrationem tutelæ non amittit.

Quartum ex l. sed etsi lege. §. Consuluit, ff. de petitione hæred. vbi dr̄, bonæ fidei possessorem non teneri pro bonis dilapidatis. Verbum *dilapidatis*, significat prodigalitatem: & tn̄ nemo negauerit, alienationem factam à bonæ fidei possessore, valere. Nam si non valeret, obligatus esset hæredi cedere actiones sibi competentes ad reuocandum malè alienata, l. Quod si Possessor, §. vlt. ff. eod. tit.

Quintum est ex l. non debet, ff. de dolo, vbi patet, prodigum habere actionem in factum aduersus hominem emendatioris vitæ. Consequenter habet administrationem rerum suarum, alioqui non posset agere, l. 1. C. Qui D legitimam personam habeant standi in Iudicio.

Sextum argumentum est ex l. 5. §. Præterea, ff. de suspectis Tutorib. vbi probatur, Tutorem, qui malè administrat, & ideo suspectus est, non esse ipso iure administratione priuatum bonorum Pupilli, Ergo multò minus priuatus erit Prodigus administratione rerum suarum.

Septimum argum. est ex c. Veritatis, de dolo & contumacia, vbi probatur Episcopum dilapidatorem, non esse priuatum ipso iure administratione bonorum Ecclesiæ.

Postremum argumentum est ex eo, quod si ipso iure priuatus esset, superuacaneū esset ei bonis interdici à Prætore.

Contrariam sententiam amplexi sunt Glos. in l. is cui, ff. de Testamentis. Petr. à Bellapertica. Raphael. Cuman. & Imola, in l. is cui bonis, ff. de verbor. oblig. Bald. in consil. 259. & seq. lib. 2. & 287. lib. 5. Io. Faber, in §. Furiosi, in Institut. de Curator. furios. Federic. Senens. in consil. 31. Alex. & Ripa, in d. l. is cui bonis, nu. 8. licet ibi Alex. magis suadeat communiorem sentētiam esse sequendam, & Steph. Bertrand. in cons. 188. lib. 3. incip. Casus super quo.

Argu-

Argumenta sunt ista. Vbi aliquid est manifestum, & A notorium, perinde statuendum est, ac si de eo sententia esset lata, argumento l. emptore, ff. de action. empt. Ergò si notorium & manifestum est quempiam esse prodigũ, perinde abstinere debet ab administratione rerum suarum, ac si ei bonis esset interdictum.

Secundum argumentum sumitur ex leg. quibus dicitur, prodigo interdictam esse bonorum suorum administrationem, l. 1. ff. de curat. furios. l. is cui lege, ff. de testamentis, l. mutum, §. 1. ff. de acquir. hæred. §. furiosi, Instit. de curator. furios.

Tertium argumẽtum est; quia prodigus furioso æquiparatur, l. is cui bonis, ff. de verbor. oblig. l. his qui in ea causa, §. Diuus, ff. de tutor. & Curatoribus datis ab his, & cæt. l. 1. ff. de curator. furios. Sed furiosus ipso iure amittit bonorum administrationem, nec vllum negotiũ contrahere potest, l. in negotijs, ff. de reg. iur. Ergò similiter & prodigus.

Et hæc posterior sententia videtur mihi probabilior, B & satis euidenter probari, ex l. 1. ff. de curator. furios. ait text. *Lege 12. Tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio.* Nec bona est expositio Glossæ, lex interdicit, id est, declarat interdicendam per Iudicem. Et si enim Iudex, tanquam legis administer, & executor, interdicat, id facit, vt cæteris innotescat eum esse prodigũ, & sic vt de facto constet, non autem de iure. Iam enim iure illi interdicta est administratio.

Respondet Iason, textum illum retorqueri posse, quia dicit; Hodie Prætores, vel Præsides prodigis Curatores dare exemplo furiosi. Ergò licet olim lege 12. Tabularũ interdiceretur administratio, hodie tamen alio iure vtimur, quia Magistratus interdicere debet.

Non rectè, quia non dicit textus aliquid immutatum esse, sed Magistratum Curatores dare solere prodigis ad exemplum furiosorum, & illis interdicere administrationem. Meritò. Parum enim prodesset, lege ita constitutũ esse, nisi legem executioni mandaret Magistratus. Itaque C lex statim adimit administrationem, Magistratus declarat ademptam, legemque exequitur, vt de facto constet, & ne prodigus de facto pergat res suas prodigere, & malè administrare.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, l. Iulian. non probare, quia non potest ex ea sumi argumentum à contrario sensu: Post interdictam administrationem à Prætore, prodigus contrahere non potest, ergò ante poterit, quia lege 12. Tabul. iam interdicta est ei administratio.

Quæ responsio valet ad secundum argumentum in d. l. patri pro filio, quia interdicitur administratio à Prætore, ne prodigus de facto contrahat, & malè res suas administret.

Ad tertium respondeo. Textum in d. l. tres tutores, §. vlt. nil obstare, qui dicit Tutori manifestè prodigo permittendã non esse rerum administrationem ab alio contutore. D

Ad quartum respondeo. In d. §. consuluit, nón constare, an bonæ fidei possessor prodigus esset, licet textus vtatur verbo dilapidationis, prætetea nihil alud decidit ibi I.C. nisi bonæ fidei possessorem nó teneri hæredi pro bonis dilapidatis, quia non est factus locupletior ex eis, & in malos vsus fortasse consumere potuit bona, vt nullus esset recuperationi amplius locus.

Ad quintum respondeo, non esse bonam consequentiam. Prodigo datur actio in factum, Ergo potest eam ipse exercere. Nam exercebitur per curatorem datum, vel dandum à Prætore, vt in l. 1. ff. de curat. furios.

Ad sextum respondeo, textum loqui de tutore suspecto, qui malè administrat, non autem de tutore prodigo, potest enim tutor malè administrare, licet non sit prodigus, si alijs vitijs laboret.

Ad septimum respondeo, textum non loqui de Episcopo manifestè prodigo, potest enim aliquis Episcopus dilapidare bona Ecclesiæ aliter, quã ex causa prodigalitatis.

A Ad vltimum argumentum respondeo, non frustrà interdici à Magistratu solere, quia multos operatur effectus ea interdictio: Primùm, vt de facto constet; Item, vt alijs innotescat. Et demum, ne ipse prodigus de facto pergat in administratione mala. Vide etiam hac de re Vasqueũ Controuers. Illustr. lib. 1. cap. 17. nu. 2.

CAPVT LXIV.

Tractantur aliæ duæ Controuersiæ in materia prodigi.

Secunda est cõtrouersia, an obligetur prodigus ex contractu iureiurando confirmato, postquam à Prætore ei bonis interdictũ est. Tres sunt Doctorum sententiæ. Prima negat prodigum obligari. Huius autores sunt in d. l. is cui bonis, ff. de verb. oblig. Bart. Bald. Angel. Castr. Alexand. Iason, B Zasius, nu. 14. Ripa, nu. 57. Alciatus in c. cum contingat, nu. 216. de iureiur. Federicus Senensis, in cons. 31. Bertrand. in cons. 47. lib. 2. Couuar. ad c. quamuis, de pactis, lib. 6. par. 2. §. 3. nu. 8. Antonius Gomesius de contractibus, cap. 14. num. 22.

Argumenta sunt ista. Primum. Iuramentum debet habere tres Comites, Iustitiam, Veritatem, & Iudicium, c. etsi Christus, de iureiur. Sed prodigus non habet iudicium, immò comparatur furioso, cum nec modum, nec finem expẽtatum habeat, l. 1. ff. de curator. furios. Ergò Iuramento non obligatur.

Secundum argumentum. Is, qui non paret superiori, peccat, c. 2. de maior. & obed. Sed prodigus ita contrahendo non paret Magistratui, ergò peccat, & consequenter iuramentum videtur illicitum, ac proinde non obligatorium, c. non est obligatorium, de reg. iur. lib. 6.

Tertium argumentum est, quia iuramentum videtur dolo extortum, quo casu non obligat, c. cum contingat, C de iureiur. Nam qui contra iura sic contrahit, dicitur esse in mala fide, c. qui contra iura, de reg. iur. lib. 6. l. si quis cum sciret, ff. pro emptore.

Contrariam sententiam secuti sunt Ant. Bur. & Imo. in d. c. cum contingat, de iureiur. Aret. in d. l. is cui bonis, ff. de verb. obl. Capella Tholosana, decis. 498. Bertrandus sibi contrarius, in consi. 172. lib. 1.

Argumenta sunt ista. Omne iuramentum est seruandum, quod non vergit in dispendium, salutis æternæ, aut in alterius detrimentum, d. c. cum contingat. Sed iuramẽtum prodigi non est tale. Ergo eo uidetur obligari.

Secundum argumentum est ex eo, ꝙ licet lex prohibeat alienationem, valet tamen accedente iuramento. Id patet in Auth. Sacramẽta puberum, C. si aduersus vend. ex d. c. cum contingat, & ex alijs locis. Ergò ualere debet contractus prodigi propter iuramentum, licet à Magistratu fuerit ei administratio bonorum interdicta, arg. l. vlt. C. de reb. alienis non alienan.

D Tertium argumentum. Prodigus æquiparatur adulto curatorem habenti, l. si curatorem habens, C. de in integ. restit. Sed iuramentum obligat adultum, Auth. Sacramẽta puberum. Igitur & prodigum.

Tertia est opinio Baldi in l. pactum, C. de collat. in 5. quæst. Aut prodigus habet curatorem; & non obligatur etiam iuramento: Aut non habet, & obligatur. Alibi aliter idem Bald. distinguit, cuius distinctionem refert & refellit Alexand. ad d. l. is cui bonis, ff. de verborum oblig. sub num. 26.

Mihi prior sententia, quæ & communior est, magis probatur, quia licet iuramentum obliget & seruandum sit, non tamen obligat ubi deficit iudicium. Aut certè eo casu facilè relaxandum est à Magistratu Ecclesiastico.

Negant contrariæ sententiæ autores prodigum iudicio carere, quia tenetur ex delicto. Item sibi acquirere potest. Non rectè; quia iudicio caret in his, quæ pertinet ad rerum suarum administrationem, non autem in alijs.

Ad argumenta patet responsio, quia iuramentum est A seruandum & obligat, si modò comites tres habeat, inter quos est iudicium, vt dictum est. Quod verò dicitur prodigum adulto curatorem habenti comparandum, iure non probatur, quia l.si curatorem habens, non hoc dicit. Sed adultum curatorem habentem non absimilem esse prodigo, cui curatore dato bonis interdictum est. Non est absimilis, quantum ad hoc, vt contrahere non possit, sicut neque prodigus. Quantum ad iudicium animi, furioso prodigus comparatur, vt in l.1.ff.de curator. furios.

Tertia est controuersia in eadem materia prodigi, An ipso iure amittat etiam bonorum alterius administrationem? Duplex est Doctorum sententia, Altera Baldi, in l.1.ff.de curat.furios. & Ripæ, in l.is cui bonis, nu.15.ff. de verb.oblig. quibus & ego assentior, prodigum videlicet amittere bonorum administrationem alterius.

Probatur hæc sententia ex l.vlt.§.1.C.de sent.pass. vbi dicitur, patrem amittere administrationem bonorum filij, si prodigus sit. Ratione etiam probatur: quia prodigus B priuatur administratione bonorum suorum, ergò multò magis priuabitur alienorum, in quibus longè minus iuris habet.

Altera sententia est Alex. & Aretini, in d.l.is cui bonis, non amittere; sicut nec tutores ipso iure administrationem amittunt, licet sint suspecti, sed remoueri debent à Magistratu, vt in l.tres tutores, §.vlt.ff.de administ.tut. & in l.3.§.prætereà.ff.de suspect.tut.

Ad l.vlt.§.1.C.de sent pass. respondent, eam legem loqui de patre, qui ob delictum iam exclusus est ab administratione. Et quod dicitur prodigum amittere bonorum suorum administrationem, id negant verum esse, antequam ei bonis interdicatur.

Respondeo, tutorem quidem suspectum non statim administratione priuari, vt in legibus allegatis, sed de tutore prodigo non loquuntur dictæ leges. Non rectè autē negari posse, quin prodigus ipso iure amittat bonorum suorum administrationem, patet ex capite præcedenti. C Responsionem autem allatam ad l.vlt. §.1.C.de sen.pass. confutant verba ipsius textus; Sic enim ait: *Nam si patria potestate ad corrumpendi, atque profundendi patrimonij licentiam abutetur, & furioso, ac dementi, item prodigo, omnium vitiorum seruo, non est eorum pecunia committenda. Quin ab administratione fugiat*, &c. His sanè verbis patet, patrem ab administratione remouendum, & ad eam non admittendum, si sit prodigus.

CAPVT LXV.

Tractantur aliæ duæ Controuersiæ de eadem materia prodigi.

Varta est controuersia in eadem materia prodigi; nunquid si curator datus fuerit ei, qui re vera non sit prodigus, gesta à tali curatore valeant: Et valere responderunt Glos.in l.si ab eo, ff.de vsucap.in §.item prodigus, in D vers.Ratum, in Inst. Quib.non est permissum fac. testa. Bart.& Castrens.in d.l.is cui bonis, ff.de verbor.oblig.& ibidem Ripa, nu.39.Bald. & Salic.in l.si putas, C.de petit.hæred. Abbas Panorm.in c.1.ad finem, de sent. & re iud. Io.Andr. ad Specul.tit.de Instrum. edit. §.compendiosè, vers.Tertio. Alex.in cons.182.lib.5.

Fundamentum est in autoritate rei iudicatæ, l.res iudicata, de reg.iur. Præsertim, quia minimè conuenit quempiam ea decipi, l.1. C.de precib. Imperatori offerendis. Huc accedat text.in l.1.§.idem Pomponius, ff.quod falso tutore autore gestum, &c. vbi propter Prætoris autoritatem valent gesta à tutore minus legitimo.

Contrariam sententiam amplexi sunt Odoffred. Cynus, & Albericus, in l.si putas, C.de petitio. hæred. Angelus, Alexander, Iason, Imola, Aretinus, & Zasius, nume.17. ad l.is cui bonis. ff.de verborum obligat. Io. Faber, in § furiosi, Instit. de Curator. Guido Papæ, in consil.169.

A Fundamentum est in l.tutor si petitus, & in l.Seiæ egressæ, ff.de tutor.& curat.datis ab his, &c. Quibus in locis dicitur; Si tutor alicui tanquam pupillo detur, qui nō sit, eam dationem non valere. Et idem esse, si aliter erratum sit in causa. Idem probat l.si putas, C.de petitio.hæred.ibi: *Iudice statuturo*, &c. Huc accedat ratio: Nam si prodigus ad sanos mores reuertatur, desinit ipso iure esse in potestate curatoris, l.1.ff.de curat.furios. Ergò multò magis est dicendum tutoris dationem non valere, cum quis re vera non est prodigus.

Tertia est sententia sic distinguens. Aut is, cui tanquā prodigo curator datus est, inuito & contradicenti, & in iudicio contendenti, se non esse talem, datus est. Et tunc propter autoritatem rei iudicatæ, à qua non est appellatū, valet curatoris datio; Aut verò non contradixit, sed simpliciter consensit in curatorem, & tunc secus. Ita distinguit Ripa, post Imol.in d.l.is cui bonis, nu.40.

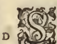
Et hæc sententia videtur mihi probabilior, quia, vbi B sententia non est lata contra ius constitutionis, sed contra ius litigatoris, valet, & ab ea est appellandū, aut si non appelletur, ei parendum, l.1.ff.quæ sententiæ sine appell.rescind.l.2.C.quando prouoc. nō est necesse. Et hoc in casu locum habent argumenta prioris sententiæ. Si verò res in contradictorio iudicio non agatur, sed Prætor ex officio, vel ita instantibus cognatis eius, qui prodigus esse dicitur, curatorem decreuerit, tanquam prodigo, cū non esset, potest dici obreptum esse Prætori, & consequēter dationem non valere, l.cum verò, §.subuentum, ff.de fideicommiss.liber.l.1.§.hæc verba, ff.ne vis fiat ei. Bart. in cons.91.num.2.lib.1. Castren. in d.l.is cui bonis, ante num.4. Menoch de retinen.possess.rem.1.nu.15.cum sequentibus. Et hoc in casu locum habent argumenta posterioris sententiæ.

Quinta controuersia. An & ei, qui moribus malis præditus est, vtpotè lusor, libidinosus, & alijs malis artibus addictus, bonis interdici queat? Et sunt qui existimant C posse, autoritate l.& mulieri, ff.de curatore furios.ibi: *Et mulieri, quæ luxuriosè viuit, bonis interdici potest.* Ita Ripa, ad d.l.is cui bonis, nu.16.ff.de verb.oblig. Ant. Gomes.de contractib.cap.14.nu.33.

Sed hanc sententiam rectè refellit Pinellus ad l.4. C. de bonis matern. nu.20. Quia verbum *luxuriosè* in d.l. & mulieri, idem significat, quod prodigè, vt ibi præclarè ostendit ex Latinis autoribus, ex Antonio Augustino, & alijs. Quo fundamento sublato, nullum est aliud, quo dicta sententia nitatur, Vnde, vt corruat necesse est.

CAPVT LXVI.

Aliæ duæ Controuersiæ de eadem re.

Exta controuersia, an ex eo, quòd quis per sententiam Iudicis declaratus est prodigus, censeatur ei bonis interdictum. Et non censeri existimarunt Bart. in d.l.is cui bonis, D nu.2.ff.de verb.oblig.& alij, quos refert ibidem Ripa, nu.30. Fundamentum est, quia declaratio, & interdictio sunt diuersa. Vnde de vna non infertur ad aliam.

Sed contrariam sñiam sequuti sunt Bald.ad l.1.ff.de curat.furios.& in l.vnica, C.de confessis, Imola, Cumanus, Alex. Aret. Roman.& Ripa, in d.l.is cui bonis. Fundamētum est, quia interdictio bonorum videtur tacitè sequi ex declaratione: Vnde pro expressa haberi debet, argum. l.quid tamen, §.si arbiter, ff.de recept.arbitr. Sicuti cum quis deliquisse declaratur, videtur in consequentiā condemnatus ad pœnam, l.1.§.calumniatorib.ff.ad Turpil.

Et hæc sententia mihi magis probatur, quia ipso iure prodigus amittit bonorum suorum administrationem, vt dictum est suprà, ex l.1.ff.de curat.furios.& ex alijs legibus. Quare cum à Iudice declaratus est prodigus, nihil proponi video, cur ei bonorum administratio nō censeatur interdicta. Licet enim aliud sit sententia declarans; quàm

quã bonorum interdictio, vt in argumento contrariæ opinionis, hæc tamen ex illa sequitur. A

Septima controuersia. Si Iudex edicto suo prohibuerit, ne quis contrahat cum aliquo, quia est prodigus: An videatur interdictum bonis ipsi prodigo? Et non videri respondit Bart. in d. l. is cui bonis, nu. 3. Quia interdictio fieri debet ipsi prodigo, l. Iulian. ff. de curat. furiosor.

Sed in contrarium est communis opinio, cui & ipse accedo, si modò edictum emanauerit adhibita causæ cognitione, & in eo contineatur id, quod dictum est suprà, nempè, omnes prohiberi contractus facere cum Titio, quia prodigus est. Neque enim inspici debet verborum cortex, sed vis ipsorum, & loquentis intentio, c. intelligentia, de verb. sign. Nemini autem dubium esse potest, quin ea fuerit edictum proponentis intétio, vt prodigus à rerum suarum administratione abstineat. Iuuatur hæc sententia ex notatis in l. 1. C. de Cupressis, lib. 11. & in l. vlt. C. de indic. uidnit. toll. Quare ego arbitror perinde esse, ac si ipsi prodigo interdictum esset. Atq; ita docent, Paul. Castr. Alexand. Aretin. & Ripa, in dicta l. is cui bonis. Quibus & ipse assentior. B

CAPVT LXVII.

Aliæ duæ Controuersiæ de eadem materia.



Octaua cõtrouersia. Vtrum per dationem curatoris alicui, tanquam prodigo factam, videatur interdicta bonorum administratio. Et videri existimát Bart. in d. l. is cui bonis, nu. 4. Castr. nu. 8. Alex. nu. 18. Ias. nu. 13. Ripa, nu. 34. Quorum potissimum est fundamentum: (Nã leges, quas Bart. pro hac sententia allegat, nihil probant) quia ex curatoris datione necessariò intelligimr, eam esse Prætoris intentionem, vt non ipse prodigus administret, sed curator. Facit regula l. illud, ff. de acq. hæred.

Contrarium responderunt Bald. & Angel. in d. l. is cui bonis, qui mouentur autoritate Innocentij, in c. grandi, de supplenda negligent. prælator. lib. 6. Sed nihil dicit Innocentius eo in loco, quo istorum sententia iuuetur, vt animaduertit Alex. loco annotato. Quare priori sententiæ, quæ & communior est, magis adhæreo. C

Nona controuersia. Vtrum prodigus in integrum restitutionem petere possit aduersus ea, quæ gessit, antequã ei bonis interdiceretur. Affirmant Glos. in l. patri pro filio, in verbo, Interdici, ff. de minorib. Bart. ad l. Marcellus, col. 1. vers. Illud nota, & ibid. Castr. col. vlt. de fideius-sor. Io. Andr. ad Specul. in Rubr. de præscript. Alex. in l. si curatorem habens, C. de in integr. restit. Bald. in cõs. 287. Proponitur quod adultus, lib. 5. Roma. Sing. 226. Fnl Interrogatus, vbi declarat verum esse, si insta causa subsit.

Fundamentum est, quia prodigus, & minor æquiparantur, eisdemque priuilegijs, ac beneficijs perfruuntur, l. 4. ff. de priuileg. cred. Ergò sicut minori læso conceditur in integrũ restitutio. Ita & prodigo videtur concedéda. D

Contrariam sententiam habuere Odoffr. & Alberic. in d. l. si curatorem habens, & Ias. in d. l. is cui bonis, nume. 11. Fundamentum est, quia nulla lege id est cautum in prodigo. Immò contractus ab eo facti, ante quã interdicatur administratio, legitimi reputantur, l. Iulianus, ff. de curatore furios. Quare contrahentes decipi non debét legis autoritate, l. 1. C. de his, qui veniã ætatis impetrau.

Sed prior sententia, quæ & cõior est, mihi probabilior videtur. Nam cum lex & minori, & pupillo, & furioso, & insano, prodigum comparauerit, satis clarè voluisse videtur, & illi ad supradictorum exemplum esse succurrendum. Et hæc ratio communis Doctorum sententia roborata, sufficere debet pro lege. Nec verum est, quod affertur in argumento contrariæ opinionis, contractus prodigi, ante interdictionem bonorum factam, à lege approbari. Hoc non dicit lex allegata, & contrarium innuit l. 1. ff. de curator. furioso. dum prodigo suorum bonorum administrationem prohibet.

CAPVT LXVIII.

Duæ aliæ Controuersiæ de eadem materia.



Decima controuersia. Vtrum valeant contractus à prodigo gesti post interdictam bonorum administrationem, quæ tamen publicata non est, & ignorabatur ab eo qui contraxit. Et valere dixit Castr. in d. l. is cui bonis, num. 11. Aretin. ibidem num. 2. vers. Aduerte tamen, Ripa, num. 37.

Fundamentum est in l. sed si pupillus, §. de quo, & §. proscribere, ff. de instit. vbi dicitur, publicari debere prohibitionem factam, ne quis cum institore contrahat, alioqui contractus valeat.

Huc accedat text. in l. si sciens, ff. de contrahen. empt. & in l. si ab eo, ff. de vsucapion. Quibus in locis probatur, contractum factum cum prodigo non valere, si contrahens sciebat esse prodigum. Ergò secus, si ignorabat, à contrario sensu.

Sed contrariam sententiam secutus est Alexand. ad d. l. is cui bonis, nu. 12. eo argumento, quod iure non probetur hoc in casu valere contractus. Sed cum non respondeat ad l. si sciens, ff. de contrahen. empt. cuius autoritate valdè probabilis prior est sententia, eam tanquam communiorem, & æquiorem magis probo.

Postrema controuersia. Vtrum prodigus ex delicto obligetur, ad pœnam scilicet delicti. Et non obligari respõdit Glos. in l. si quis in tantam, in vers. Earundem rer. C. vnde vi. Nam res suas alienare non potest, d. l. is cui bonis, ff. de verb. oblig. Poterat & illud adferre, quod ait Iurisconsultus. *Furiosi & eius cui bonis interdictum est, nullam esse voluntatem*, l. furiosi, ff. de reg. iur.

Secunda est sententia Bartoli, ad d. l. is cui bonis, prodigum ex delicto obligari, vbi non agitur de bonorum alienatione. Sequitur Zasius ibi, nu. 19. eius sensum declarans hunc esse, vt prodigus corporali pœna ob delictũ affici possit, non autem pecuniaria, quia sicut contrahendo res suas alienare non potest, ita nec delinquendo.

Tertia est sententia prodigum ex delicto obligari, si delictum consistat in faciendo, secus si in omittendo. Autores sunt Castrens. in d. l. is cui bonis, & Alex. nu. 20. & 21. Iason, num. 17. Aretin. num. 8. Ripa, num. 54. Dec. in d. l. furiosi, nu. 6.

Fundamentum est in eo, quod cum prodigus deliquit, non videtur esse dignus auxilio, & fauore legis, argumẽto l. auxilium, ff. de Minorib. Et quoniam prodigus minori comparatur, l. si curatorem habens, C. de in integ. restit. Sicut minor excusatur, si omittat id, quod facere debet, l. 2. C. si aduer. delictum, ita & prodigus, l. Fulcinius, §. Adeò, vers. Idemque in prodigo, ff. ex quib. cau. in possess. eatur.

Postrema est sententia prodigum obligari ex delicto, in faciendo, tam ad pœnam corporalem, quàm ad pecuniariam, reprobata distinctione Bartoli. Ita Menochius post alios quos commemorat de recup. possess. Remedio 9. num. 96.

Et hæ duæ posteriores sententiæ videntur mihi probabiliores: Etsi enim interdicta sit prodigo bonorum suorum administratio, non tamen ei concessum videtur impunè delinquere. Et cum in rebus suis administrandis iudicio careat, iccirco ei tanquam furioso, à lege succurritur. At si delictum committat, legis auxilium non meretur, quam ipse contemnit. Quare quod dicitur prodigi nullam esse voluntatem, hunc sensum habet; nempè, nõ obligari ex contractu, quia consensus requiritur, & voluntas, & ipse non habet consensum & voluntatem, quoniam prohibetur cõtrahere. Nec inde sequitur, cum per omnia furiosum imitari, quia excepta causa prodigalitatis, nihil prohibet, quin in reliquis rebus intelligat, quid rectum sit, & quanta sit delicti grauitas, licet fortassè mitius puniri debeat, cum plenum non habeat iudicium. Et ita puto iuri consonum.

CAPVT LXIX.

Expenduntur duæ Controuersiæ circa contractum Mutui.



MVtuatus frumentũ, reddere posse inuito creditori æstimationem eius in pecunia, existimauit olim Iacobus de Arena, autoritate l. vinum, ff. si cert. pet. Et l. ratio, §. si per venditorem, ff. de act. empt. & l. quoties in diem, ff. de verb. oblig. Pecunia enim omnia æstimantur, l. si ita fideiussorem, ff. de fideiussor. Sed quanquam Iason, & Curtius adstipulari videantur, hæc tamen Arenei sententia nigros tulit ab omnibus calculos, vt dicebat Comes Federicus Scotus, ad l. 2. §. 1. nu. 172. ff. si certum petatur, & meritò. Mutuum enim damus recepturi idem genus, vt in d. l. 2. alia est ratio debitoris, qui est in mora, & ideo tenetur ad æstimationem quanti plurimi, vt d. l. vinum, & in d. §. si per venditorem.

Sed alia est controuersia. Sitne mutuum, cum ita est conuentum, vt debitor non eiusdem bonitatis rem restituere possit, vt pro vino, mustum; pro vetere, nouum, pro consistente, fugiens. Et in hac specie mutuum non contrahi, sed alium contractum innominatum existimarunt Fulgos. & Roman. in d. l. 2. ff. si cert. pet. Quia ad substantiam mutui pertinere videtur, vt æquè bonum reddatur, l. cum quid, ff. eod. Et Imperator in §. 1. in Instit. quib. mod. re contrah. oblig. *Mutui datio*, inquit, *in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurave constant*, &c. Item paulo post; *Et quandoque nobis non eadem res, sed aliæ eiusdem naturæ, & qualitatis redduntur.* Quòd verò pertinet ad contractus substantiam, illa partium conuentionibus immutari non potest, l. 1. ff. si cert. pet. l. 2. ff. de vsufruct. ear. rer. quæ vsu consum.

Alij docuerunt id genus contractus mutuum esse, si id contrahentes expresserunt, se velle mutuum contrahere, alioqui contractum esse innominatum. Ita olim Christophorus Castilioneus teste Iasone in repet. l. cum quid, nu. 21. & Dec. ibidem, nu. 5.

Fundamentum est, quoniam non pertinet ad substantiam mutui, sed potius ad naturam, vt æquè bonum reddatur. Ideo pactum contra naturalia contractus valet, l. pacta conuenta, ff. de contrahen. empt. & ibi Glos. notat. cum verò id non exprimitur à contrahentibus, meritò non est mutuum, quia talis conuentio naturam creditæ pecuniæ excedit, l. Titius, ff. de præscript. verb. & ibi Gl. in vers. Excedat.

Tertia est sententia vera & communis, eam conuentionem non impedire, quò minus sit mutuum; Quia mutui substantia in eo consistit, vt idem genus reddatur, l. 2. ff. si cert. pet. Vt verò æquè bonum reddatur, id respicit accidentalia ipsius contractus. Ita docuerunt Bart. in d. l. cum quid, in 3. not. ff. si cert. pet. Castr. ibid. Dec. num. 5. Alciat. nu. 4. Federicus Scotus Comes, in d. l. 2. §. 1. num. 198. eodem tit.

Non obstant argumenta contrariæ sententiæ. Nam quòd attinet ad d. l. cum quid, non ibi dicit Iurisconsultus ad substantiam mutui pertinere, vt æquè bonum reddatur, sed tacitè id tantum videri. Quo modo etiam est accipiendus Imperator in d. §. 1. in Instit. quib. mod. re contrah. oblig.

Ad text. in l. Titius, ff. de præscript. verb. respondeo, Iurisconsultum ibi locutum de alia conuentione, nempè, vt explicat Accurs. cum vt minus reddatur, actũ est. Ea conuentio naturam excedit creditæ pecuniæ. Quia non idem redditur in genere suo, secundum mutui naturam; sed minus. At in quæstione nostra idem redditur, sed non eiusdem bonitatis.

CAPVT LXX.

Alia de mutuo Controuersia ad interpretationem l. si quis nec causam, ff. si cert. petat.



A *SI quis nec causam, nec propositum fænerandi habueris, & tu empturus prædia, desideraueris mutuam pecuniam, nec volueris crediti nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, qui necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, vt si emisses, crediti nomine obligatus esses. Hoc depositum periculo eius est qui suscepit. Nam & qui rem vendendam acceperit, vt precio vteretur, periculo suo rem habebit.* Verba sunt I.C. in l. 4. ff. si certum petatur,

Ad eius aũt interpretationem necesse est intelligere, de quo periculo sit textus accipiendus; nempè, an etiam de periculo casus fortuiti. Et quidem etiam de periculo
B casus fortuiti textum accipiendum existimauit, Ioannes antiquus Doctor, quẽ secuti sunt Decius, Curtius, Corneus, Aretinus, & Alciatus in Commentarijs eiusdẽ legis. Quorum illud est fundamentum; quod textus simpliciter & absolutè dicit, periculum ad depositarium pertinere. Constat aũt periculi nomine etiam casum fortuitũ venire, l. si tibi rem inspiciendam, ff. de præscript. verb.

Huc accedat text. in l. rogasti, ff. eo. tit. ex quo patet depositarij periculum esse, etsi nulla sit eius culpa, consequẽter etiamsi periculum ex fortuito casu veniat. *Quod si lancem vel massam*, inquit, *sine tua culpa perdideris, antequã venderes, vtrum mihi, an tibi perierit, quæstionis est. Mihi videtur Neruæ distinctio verissima, existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem, vel massam, nec ne. Si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam, quod si non fuit hoc propositum, vt venderem, sed hæc causa fuit vendendi, vt tu vtereris, tibi eam perisse*, &c.

C Contrariam sententiam, nempè, non de periculo casus fortuiti, sed de eo periculo, quod ex culpa aliqua depositarij euenit. Nam etsi de dolo tantum depositarius teneatur; hoc tamen casu de culpa, & negligentia tenebitur, amplexi fuere Azo, Bart. Castr. Alex. num. 3. Iason, num. 25. Zasius, Socin. sen. nouissimè Viglius, num. 12. in Commentarijs d. l. si quis nec causam. Quibus sanè adstipulor.

Probatur verò hæc sententia. Primò, quia dominium pecuniæ est penes deponentem, antequam depositarius ea vtatur. Periculum autem casus fortuiti ad dominum rei spectare solet, l. pignus, l. quæ fortuitis, C. de pignor. actio.

Secundò. In commodato ita constitutum est, vt licet gratia commodatarij fiat, periculum tamen casus fortuiti ad commodantem spectet; vt in Instit. Quibus modis re contrah. oblig. §. item is cui.

Tertiò probatur; quia casus fortuiti in nullo bonæ fi-
D dei iudicio præstantur, d. l. quæ fortuitis, C. de pign. act. l. contractus, de reg. iur.

Quartò ex l. 1. §. sæpè, ff. depositi, vbi dicitur eum, qui se deposito obtulit, periculo se obligasse, & non solum dolum, verum etiam culpam & custodiam præstare debere, non tamen casus fortuitos. *Sæpè euenit*, inquit, *vt res deposita, vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur, vt puta si hoc nominatim conuenit. Sed & si quis se deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen vt non solum dolum, sed etiam culpam & custodiam præstet. Non tamen fortuitos casus.*

Ex quo textu colligitur responsio ad primum argumentum contrariæ sententiæ. Nam etsi periculi appellatione venire possit etiam casus fortuitus, non tamen in deposito venit, sicut nec in alijs bonæ fidei iudicijs. Et patet, non esse bonam consequentiam; Aliquis de periculo tenetur, ergò & de casu fortuito. Quare & legem, de qua agimus, ita sanè æquum esse videtur interpretari, vt periculũ illud intelligat, de quo intellexit alter I. C. in

dicta

dicta l.1.§ sæpè,non autem periculum casus fortuiti. Sic & in l.3.ff.nautæ,caupones & stabul.periculum ad nautam pertinere dicitur, non tamen teneri, si quid damno fatali contigerit.

Ad l.rogasti,respondent Bart. & alij, quod textus ait: *Sine culpa rem perijsse*, accipiendum esse,de culpa lata vel leui, non aũt de leuissima. Potest dici Iurisconsultum in ea specie non loqui de deposito,sed de eo, qui rem dedit, ad hoc,vt venderetur. Nam in deposito ita receptum videtur, vt nunquam casus fortuiti periculo depositarius obligetur,vt in d.l.1.§.sæpè,ff.depositi.

Nec obstat qnod dicitur, depositum hoc in casu gratia mutui factum esse, & ideo naturam eius sortitum, quia negatur consequentia: Nam antequam depositarius ea pecunia vtatur,tenetur ex deposito, & non ex mutuo,& quoniam fit ipsius depositarij gratia, meritò de culpa teneri debet,non autem de casu fortuito.

Denique in commodato extat lex apertè dicens commodatarium de casu fortuito non teneri, etiamsi omne periculum ab eo præstandum sit. Ait Vlpian. *Commodatum autem plerunque continet vtilitatem eius solam, cui cõmodatur,& ideo verior est Quinti Mucij sententia existimãtis,& culpam præstandam & diligentiam. Etsi fortè res æstimata data sit, omne periculum ab eo præstandum, qui æstimationem se præstaturum recepit. Quod verò senectute contingit,vel morbo,vel vi latronum ereptum est,vel si quid simile accidit, dicendum est,nihil eorum esse imputandum ei,qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interueniat.* Hactenus I.C.in l.si vt certo,§.nunc videndum,ff.commod. Quibus verbis facilè intelligitur, quàm sit alienum à lege, vt de fortuitis casibus quisquam obligetur in contractu, in quo omne periculum alioqui ad aliquem spectare constitutum est. Et hæc interpretatio quin adhiberi possit in hac lege, nihil proponi animaduerto.

CAPVT LXXI.

Tractantur duæ Controuersiæ ad interpretationem l.quod te, ff. si certum petatur.

*Vod te mihi dare oporteat, id posteà perierit, quàm per te factum erit,quò minus id mihi dares, tuum fore detrimentum constat.* Verba sunt Iurisconsulti, in l.5. ff.si cert.petat.

Duo autem sunt potissimum controuersa. Primum, quid in debitore quantitatis respectu certæ speciei sit, dicendum, an scilicet perempta specie ante moram liberetur, sicut debitorem certæ speciei liberari constat. Alterũ est,an si post moram res perempta sit, debitor indistinctè teneatur, an verò distinguendum sit, an similiter apud creditorem peritura esset.

Quòd attinet ad primum: Debitorem non liberari existimarunt Raphael Cumanus, & Io. Francisc. Ripa,in Commentarijs huius legis. Quorũ argumenta sunt ista.

D Primum ex l.fundum Cornelianum, ff.de nouatio.in illis verbis: *Denique meliore,vel deteriore facto, sine culpa debitoris postea fundo, præsens æstimatio fundo petito, rectè consideretur.*

Secundum est ex l.hominem,ff.mandati, ibi: *Et ideo etiamsi mortuus fuerit, vtilis ea actio est.* Tertium ex l.vir vxori,ff.de dote præleg. vbi,licet mancipia moriantur,ęstimatio tamen debetur.

Quartum ex l.æstimatæ,ff.sol.matr.& ex l.plerunque, ff.de iure dotium,vbi dicitur, maritũ nõ liberari interitu rerum dotalium, sed teneri ad æstimationem præstandã.

Quintum argumentum. Accessorium sequitur naturã sui principalis, sed principalis obligatio hoc in casu est ad quantitatẽ, quia species debetur respectu quantitatis. Ergò,debitor non liberatur ex interitu ipsius rei,quia debitor quantitatis non liberatur,l.incendiũ,C.si cert. pet.

Contrariam sententiam amplexi sunt Castrens. Alex. Ias. Dec. Alciat. Cagn. & alij, in d.l.quod te,quibus,& ipse adstipulor. Probatur primò, ex l.Titiæ textores, §.vlt.

A de leg.2. *Si alteri Stichum hæres dedit,* ait Iurisconsultus; *quem duobus dare damnatus fuerat,& antequam interpellaretur ab altero, Stichus mortuus est, hæres non tenetur, quia nihil per eum factum intelligitur.* In ea specie hæres tenebatur æstimationem Stichi alteri legatario præstare, & sic ad quãtitatem erat obligatus, propter speciem,hoc est, propter Stichum,vt in l.si res,20.de leg.3.& mortuo Sticho ante moram,liberatur.

Secundò probatur ex l.filiusfamilias Miles, §.vlt. de leg.1.vbi idem dicitur,quod in lege proximè citata.

Tertiò probatur ex l.quidam testamento, §.si tibi, de leg.1. *Si tibi seruus legatus fuerit, & petitum à te,vt Titio aliquid præstares,vsque ad precium serui,deinde seruus decesserit, nihil fideicommissi nomine præstare cogendus eris.* Hactenus Iurisconsultus.

Quartò probatur ex l.1.§.vlt.cum l.seq ff.si cui plus q̃ per legem Falcid. *Si res quæ legata est apud legatarium interierit, probandum est exceptione succurri ei,qui promisit,*
B *etiamsi quanti ea res sit, promiserit.* Quibus verbis Iurisconsultus docet,legatarium, qui promisit rei legatæ æstimationem, & sic obligatus est ad quantitatem respectu certæ speciei,eius interitu liberari.

Quintò probatur ex l.si seruus cõis, ff.de furtis,in illis verbis: *Ex his igitur apparere,& mortuo seruo,nihil esse,q̃ actor eo nomine consequi possit,* &c. Idẽ probat text.in l.1. vers. Planè,ff.si quadrup. pauper.fecisse dicatur.ibi: *Planè si ante litẽ cõtestatam decesserit animal, extincta erit actio.*

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respõdeo, in l.fundum Cornelianum, debitorem obligatum fuisse,tàm ad rem, quàm ad æstimationem, quia debitor rei animo nouandi ęstimationem promiserat. Sed nostra quæstio est,vbi quis est obligatus ad quantitatem intuitu certæ speciei.

Ad secundum respondeo,in d.l.hominem,debitorem in mora fuisse, & penes se precium hominis mortui habuisse: Meritò non liberatur ex interitu rei.

C Ad tertium,ex l.vir vxori, respondeo. Legatum ibi vxori deberi, quia maritus superuixit mortuis mancipijs, nec legatum reuocauit. Quare eius voluntas seruanda est,quę talis fuisse conijcitur, vt etiam mortuis mancipijs legatum vxori præstaretur.

Ad quartum ex l.æstimatæ,& alijs concordantibus respondeo, ibi agi de marito obligato ad quantitatem simpliciter,nẽpè ad precium rei ęstimatę in dotem datæ: Nã ęstimatio emptionem inducit,l.quoties,C.de iure dotiũ.

Ad quintum respondeo, quęstionem proponi,ac intelligi in ijs terminis, in quibus non quantitas est principaliter in obligatione, sed quando species principaliter debetur,& eius causa,& respectu debetur quantitas. Quare argumentum retorquetur.

Quòd attinet ad alteram controuersiam, non distinctionem adhibendam,sed absolutè debitorem teneri, re perempta post moram ipsius, censuit olim Ioannes antiquus Interpres,quem secuti sunt in d.l.quod te, Bar. Bal.
D Ang. Salic. Ias. Alc. Ripa, Soc. Corn. iun. to. Zasius,nu.28. quorum argumentum est pręcipuum ex legibus, quib.indistinctè dicitur, debitorem non liberari, si post moram res perierit, l.quod te, l.1.§. Rectissimè, l. meritò,ff.de vi, & vi armata, l.apud Iulianum, §.ipsius quoque, de leg.1. l.cum filiusfam. ff.de verb.oblig. l.nemo, §.vlt. ff.eod. l.si in Asia,§.vlt. ff.depositi.

Secundum argum. est ex l.cum res, §.vlt.de leg.1.ibi: *Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait vtiq; æstimationem non deberi, quod ita verum est, si non post moram factã id euenerit, potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*

Tertium est ex l.si filio,§.si post diuortiũ,ff.sol.matr.in illis verbis: *Si post diuortium res dotales deteriores factæ sint, & vir in reddenda dote moram fecerit, omnimodò detrimentum ipse præstabit.*

Quartũ ex l.si pecuniã,§.penult.ff.de condict.ob cãm. ibi: *Sed vbi accepit vt manumitteret,deĩde seruus decesserit siquidẽ morã fecit manumissioni, consequẽs est, vt dicamus, refundere eum debere,q̃ accepit. Quod si morã nõ fecit,*&c.

Siquidem distracturus erat, siue quò ipse vsurus, oportere dici, nihil eum refundere debet.

Quintum argumentum, Fur & Morator æquiparantur, l. Inter stipulantem, § penult. de verbo. oblig. Sed fur tenetur indistinctè re perempta, l. Subtracto, C. de Furtis. Ergò & Morator.

Contrariam sententiam amplexi sunt Castr. Dec. Aret. Fulgos. & Cagnol. in d. l. Quod te, & Socin. in consil. 18. col. 2. lib. 2. & in consil. 105. lib. 3. Quibus, & ipse assentior.

Probatur primò ex l. si plures, §. 1. ff. depositi. ibi: *Sine autem cum ipso, apud quem deposita res est, actum fuerit, siue cum herede eius, & sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus, & Cassius absolui debere eum, cum quo actum est, dixerunt, quia æquum sit, naturalem interitum ad actorem pertinere, vtique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.*

Secundò ex l. si cum exceptione, §. Sed etsi non culpa, ff. de eo quod metus causa. *Sed etsi non culpa eius, cum quo agetur, aberit, si tamen peritura res non fuerit, si metum nō adhibuisset, tenebitur reus, sicut in interdicto, Vnde vi, &c.*

Tertiò, ex l. Item si verberatum, §. vlt. ff. de rei vendic. ibi. *Si seruus petitus, vel aliud animal demortuum sit, sine dolo malo, & culpa possessoris, pretium non esse præstandum plerique putant, sed verius est, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere præstari. Nam si ei restituisset, distraxisset, & pretium lucratus fuisset.*

Quartum est ex l. si vehenda, §. si ea conditione, ff. ad l. Rhodiam de iactu. vbi textus: *Si ea conditione nauem conduxisti, vt ea merces tua portarentur, eaq; merces Nauta nulla necessitate coactus in nauem deteriorem, cùm id sciret te fieri nolle, transtulit. & merces tua cum ea naue perierunt, in qua nouissimè vecta sunt, habes ex conducto locato, cum priore nauta actionem.* Paulus: *Immò contra, si modò ea nauigatione, vtraque nauis perit, cùm id sine dolo, & culpa Nautarum factum esset.*

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respōdeo; Leges in eo citatas declarandas esse ex alijs supradictis, nempè adhibita distinctione iam dicta.

Ad secundum, ex l. cùm res, §. vltimò responsio patet, qui rex. ibi loquitur, quando legatarius erat rem distracturus, consequenter, non erat apud eum res peritura, quia vtilitatem alienando percepisset.

Ad tertium, ex l. si filio, §. si post diuortium, ita respondeo. Textus dicit Mariti debitoris periculum esse. Sed vtrum si apud Vxorem res peritura fuisset, teneatur, non docet ille textus.

Ad quartum, ex l. pecuniam, §. penult respondeo. Solutionem colligi, si facti species rectè intelligatur. Quidā pecuniam accepit, vt seruum manumitteret, mortuus est seruus, antequam manumitteretur. Quæritur an pecunia condici possit. Respondit Iurisconsultus posse, si mortuus sit seruus post moram manumissioni factam. Si ante moram distinguendum esse, Vtrum is, qui pecuniam accepit, distracturus esset seruum, nec ne. Argumentum ita sumitur. In priore casu, vbi mora facta est, non adhibetur ea distinctio, sed tantum in posteriore casu ante moram. Respondeo. In priore casu adhiberi non posse eam distinctionem, quia si is, qui pecuniam accepit, allegaret, se potuisse seruum distrahere, replicaretur aduersus eū, cur non manumisisset seruum cum posset? aut pecunia non accepta, cur seruum non distraxisset? Illa distinctio valet, cùm ante moram seruus obijt. Quare ad rem nostram accommodari non potest.

Ad vltimum argumentum respondeo. Non si in aliquibus comparantur fur & morosus, iccirco in omnibus esse comparandos, vt dicebat quidam Doctor Gallos, Controuers. Illust. quæst. 30. vide etiam hac de re Menoch. libro tertio, Præsumptio. 138.

A
CAPVT LXXII.

In casibus, in quibus mora incurritur absq; interpellatione, vtrum rei interitu liberetur debitor.



Est etiam controuersia, vtrum debitor re perempta liberetur, si fuerit in mora, quam irregularē Doctores vocant, quæ scilicet absque interpellatione committitur. Et liberari censuerunt Alex. in l. de diuisione, ff. sol. matr. Alciatus in d. l. quod te, circa finem, ff. si certum peta. alios citant & communem esse asseuerant Iason ibidē, num. 25. Cagnolus nu. 97. Fundamentum est in l. naturalis, §. sed si Scyphos, ff. de præscript. verbis, vbi I. C. *Sed si Scyphos tibi dedi, vt Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam præstare debes.* Ibi periculum interitus ad debitorem non pertinet, cùm tamen
B fit in mora illa irregulari, quia videlicet Scyphos ab altero accepit.

Sed contrariam sententiam amplectuntur Iason, & Cagnol. loco annotato, autoritate d. l. quod te, vbi dicitur periculum interitus ad debitorem pertinere, si fuerit in mora. Ergò siue mora fuerit regularis, vt vocant, per interpellationem factam, siue irregularis, idem est dicendum, & eadem est ratio.

Nec verum est in specie d. §. sed si Scyphos, debitorem in mora fuisse, quia textus dicit, & tu duntaxat culpam præstare debes, vt declarat Corasius lib. 2. Miscellaneor. c. 9. Et ratio id euincit. Nam vna & eadem res efficere non potest, vt debitor obligetur, & simul etiam in mora constituatur, l. quod dicimus, ff. de solution. Sed ex eo, q alter Scyphos dedit, oritur obligatio alterius, nempe, vt det Stichum, quia in eiusmodi contractibus innominatis, ex eo quòd vnus implet contractum pro parte sua, alter obligatur ad implendum, l. Iurisgentium, ff. de pactis.
C Ergò non potest in mora constitui. Hæc & alia quædam leuiora tamen, adseruntur pro hac sententia. Quibus nō obstantibus, communem sententiam sequor: Nam illa vocatur à Doctoribus nostris mora irregularis, quæ ex implemento alterius partis oritur, vt patet ex notatis in l. curabit, C. de actio. empt. in l. de diuisione, ff. sol. matr. & alibi. Quare, cum in specie, de qua loquitur textus in d. §. sed si Scyphos, alter iam impleuisset Scyphos dando, sequitur dicendum alterum in mora fuisse. Et quod dicitur ex eodem actu obligationem, ac moram simul oriri non posse, verum est, si de mora propriè dicta intelligatur.

Cæterum, nec Corasio assentior impugnanti communem interpretationem d. § sed si Scyphos, vt scilicet interitus periculum ad debitorem non spectet, quantum ad hoc, vt teneatur ad rem præstandam, vel ad id, quod interest, non autem quantum ad hoc, vt quod accepit, restituere non teneatur, Verius est enim teneri, vt probat l.
D vlt. ff. de condict. ob causam. Quę ita cōciliari debet cum §. sed si Scyphos.

Nec obstat, quòd in verbis præcedentibus loquatur ibi Iurisconsultus de condictione ob causam: Nempe, si rem dedero, vt rem accipiam, mihi condictionem rei datæ competere, deinde statim sequitur: *Sed si Scypos dedi, &c. periculo meo Stichus erit;* Quæ verba si ad proximiora referantur, innuunt, eo casu condictionem seu repetitionem datorum non competere. Non inquam hæc obstant, quia §. sed si Scyphos aduersatur præcedentibus verbis, hoc modo, vt eo negetur actionem præscriptis verbis competere ad id, quod interest. Et cum ea oratio contineat simul actionem ad id, quod interest, & datorum repetitionem, non debet inspici, quod prius vel posterius sit. Sed declarari debet ex d. l. vltima, ff de condictio. ob causam, vbi dicitur mortuo Sticho repeti posse, quod datum est. Nec ibi fit vlla mentio moræ debitoris, magis quàm in dicto §. sed si Scyphos, vbi perperam illa verba perpenduntur (& tu duntaxat culpam præsta-

præstare debes) ad excludendam moram: quia aliud est culpa in conseruando Sticho adhibita, propter quam perijt, aliud est culpa, quæ consistit in mora commissa in eo tradendo. Et negari non potest, quin fuerit in mora irregulari debitor, cum Scyphos accepit, & Stichum non tradidit.

CAPVT LXXIII.

Duæ Controuersiæ ad interpretationem l. singularia, ff. si cert. pet. & eius materiam.

S*ingularia quædam præcepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamuis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc & in eadem persona recipiendum est, vt cum ex causa mandati pecuniã mihi debeas & conueneris, vt crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta.* Verba sunt Vlp. in l. 15. ff. si cert. pet.

Controuersia autem est primò, si debitori meo iussero, vt tibi pecuniam det, ille verò tibi nõ dederit, sed promiserit: An tu mihi eã reddere tenearis: An verò aduersus debitorẽ meum, actionem mihi cedendo, libereris.

Secundò, si mandaui debitori meo, vt Titio creditori meo centum soluat, præsenti, acceptanti, & interueniẽte vera delegatione. Debitor meus promisit soluere, ita creditore consentiente, & promissionem acceptante, vtrum si non soluerit, sed bona sua decoxerit, Titius contra me agere possit?

Quòd attinet ad primã controuersiã, te ad reddendam mihi pecuniã teneri, perinde ac si à debitore meo pecuniã accepisses, Autores sunt Salic. & Ludou. Rom. in d. l. singularia, & Fulg. in l. si me, & Titium, ff. eo. ti.

Primum argumentum est, ex regula quadam brocardica, vt vocant, Paria sunt soluere & promittere, l. vlt. C. ad leg. Falcid. Si debitor soluisset, tu mihi tenereris ex mutuo: Ergò si promisit idem est dicendum.

Secundum argumentum est ex eo, quod qui actionẽ habet, rem ipsam habere uidetur, l. qui actionem, de reg. iur. Sed contra debitorem meum actio tibi competit ex promissione, ergò perinde est, ac si rem, hoc est, pecuniã haberes, quo in casu mihi tenereris.

Tertium argumentum est ex l. quamuis, §. interdum, ff. ad Velleianum, in illis verbis: *Soluit enim qui reum delegauit.*

Quartum est ex l. in eum, §. vlt. ff. de institoria act. ibi: *Quod autem pro eo, qui pecuniam fœnerauit, alij per delegationem promisit, à Domino rectè petetur, cui pecunia credita, contra eum, qui delegauit, actio quæsita est.*

Contrariam sententiam, nempe, sufficere hoc in casu, si actio cedatur aduersus debitorem, secuti sunt Paul. Castren. in d. l. singularia, nu. 19. Alex. nu. 29. Ias. nu. 31. Zasius nu. 9. Alc. ad l. si me, & Titium, nu. 15. ff. eo. & ibi ẽt Bar. licet de actione tantum cõpetente loquatur. Et istis ego etiam accedo. Probatur autem hæc sententia, quia hoc in casu nulla mihi actio competit ex mutuo. Vlpianus enim in hac l. singularia, loquitur, quando à debitore meo pecunia numerata est, vt patet ex illis uerbis: *Obligaris mihi, quamuis meos nummos nõ acceperis.* Actio ergò mihi competit ex æquitate, l. si me, & Titium, ff. eo. ti. Est enim æquitati consentaneum, vt is, qui nummos meos exigere potest à debitore meo, ob promissionem ei mandato meo factam, aut eos mihi reddat, aut actionem cedat aduersus debitorem meum, quem alteri delegando. liberasse videor, l. delegare, ff. de nouation. & quoties qs tenetur eam ob causam, q actionem habet, cedendo actionem ipsam, liberatur, l. quod debetur, ff. de pecul.

Denique cum æquitas id suadeat, vt id, quod ex meo ad te peruenit mihi reddas, & ad te actio contra debitorem meum peruenerit, æquum bonum est, vt eam mihi cedas, & cedendo libereris.

A Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo. Non si aliquando comparentur solutio & promissio, vt in ea specie, de qua agitur in l. vlt. C. ad leg. Falcid: iccirco in omnibus comparari. Sunt enim longè diuersa, vt patet.

Secundum argumentum retorquetur. Si enim, qui actionem habet, rem habere uidetur, igitur actione cessa, debitor liberatur, quia perinde est, ac si Creditor rem haberet, quæ interpretatio est benignior, quàm contraria, de qua in argumento, cum pecunia soluta non fuerit, sed tantum promissa.

Ad tertium ex l. quamuis, §. interdum, respondeo, eũ; qui delegauit soluere, in ea specie, de qua loquitur ibi Iurisc. nempe, vt Mulier condicere valeat debitoris delegati liberationem; Et licet tex. dicat, *soluit enim qui reum delegauit*, id non ita generaliter accipiendum est, sed locũ habet, quoties loco solutionis creditor delegatione contentus fuit. Creditori enim solutum videtur, quocũque
B modo ei satisfiat, l. si rem, §. omnis, l. solutum, §. solutam, ff. de pignor. actio.

Ad quartum argumentum ex l. in eum, §. vlt. respondeo, hæc esse dissimilia. Nam is, qui pecuniam fœnerauit confestim institori obligatur, mutuum enim contraxit verè & efficaciter. Pecuniam uerò nõ accepit, qui maluit alteri eam delegare & cedere. At in quæstione nostra, nõ contraxit mutuum, sed promissionem duntaxat eius, qui mutuam debebat, accepit, non autem pecuniam. Quare non pecuniam reddere tenetur, sed actionem cedere.

Quòd attinet ad alteram controuersiam; Debitorem ex delegatione facta liberari, nec amplius cõueniri posse, licet delegatus debitor soluendo non sit, cõis est & vera sententia. Nam per delegationem factam debitorem liberari, ex eo constat, q delegare nihil aliud est, quàm uice sua alium dare reũ creditori, vel cui creditor iusserit, l. delegare, t. t. ff. de nouation. vt meritò is, qui reum delegauit, soluisse dicatur à Iurisconsulto, in l. quamuis, §. in
C terdum, ff. ad Velleianum. Atque ita docent in d. l. singularia, Bar. nu. 19. Ias. nu. 31. Alc. nu. 53. Dec. num. 26. & in cons. 107. Benuen. Stracha de Mercatura, u. de Mandato nu. 3. Andr. Geyll. lib. 2. Obseru. 30. nu. 7. alios citat Gab. commu. concl. ti. de Nouation. concl. 1. nu. 19. & Mascar. de Probat. vol. 1. concl. 1111. nu. 3.

Contrariam sententiam habuisse videtur Ludouicus Rom. Curt. iun. & alij quidam, in d. l. singularia, quotiẽ illud est argumentum, quòd Nouatio non inducatur iure nouissimo, nisi expressè id agatur, l. vlt. C. de Nouat. Sed respondetur cum sit delegatio, necessario nouationẽ induci, quia loco debitoris alius debitor delegatur, l. delegare, ff. de Nouat. Quare impossibile est, vt non fiat nouatio, quia sic essent duo in solidum debitores, & is qui alium sui vice substituit adhuc esset debitor, quod repugnantiam continet, & iniquitatem quoque. Nam actionem is aduersus suum debitorem, quem delegauit, non habet, & tamen conueniri posset.

D Actionẽ nõ habere, patet ex l. 2. & 3. C. de Nouation. & ex dictis legibus probatur, ex delegatione ius nouationis oriri. Denique qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur, l. qui debitorem, ff. de Fideiussor. ergo inducitur nouatio & liberatio per delegationem.

CAPVT LXXIV.

Ad interpretationem l. vinum, ff. si cert. petat. Controuersia vna.

V*inum quod mutuum datum erat, per Iudicem petitum est, quæsitum est, cuius temporis æstimatio fieret, vtrum cum datum esset, an cùm litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur. Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si non quanti tunc fuisset, cùm petitum esset.* Ita Iurisc. in l. 22. ff. si cert. pet. Est autem controuersia inter Doct. quomodo accipienda sint

illa

illa uerba legis vltima, *quanti tunc fuisset, cũ petitum esset.* A An uidelicet de iudiciali tm̃ petitione accipienda sint, an verò de petitione quoque extra iudicium facta.

Et quidem hoc posteriori sensu accipienda esse, Autores sunt Gl. Bar. Castr. Alc. Ias. Soc. Zasius & Cagn. quorum illud est fundamentum, ꝙ verbum petere, tam iudiciali petitioni conueniat, quàm extraiudiciali, l. decem cũ petiero, ff. de verb. obl. & cum per interpellationem extra iudicium factam perinde mora committatur, ac per lapsum diei, l. Mora, ff. de vsur. Sequitur dicendum, ut quemadmodum, vbi mora committitur per lapsum diei, æstimatio fit ſ̃m tempus obligationi præfixum, ut habetur in hac lege, in illis verbis: *Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset*, ita etiam dicendum sit, vbi ex interpellatione facta mora incurritur.

Confirmatur argumentum, quia mora nocere debet, l. hominem, ff. mandati, c. mora, de reg. iur. lib. 6. Non noceret autem, si ratio non esset habenda æstimationis eius temporis, quo per interpellationem mora committitur. B Nec obstat quod dici solet in actionibus stricti iuris tempus litis contestatæ inspiciendum, quia id locum sibi uẽdicat ante moram debitoris, secus autem post moram. Id patet ex d. l. Hominem, vbi Iurisc. *alter*, inquit, *in stipulatione seruatur.* Nã tunc id tempus spectatur, quo agitur, nisi fortè aut per promissorẽ steterit, quò minus sua die solueret, aut per creditorẽ, quò minus acciperet. Etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

Cæterùm, vt de iudiciali duntaxat petitione per litis contestationem illa uerba sint accipienda, magis est ut existimem unà cum Alb. Dec. Alc. & Aret. quia I. C. ab initio loquitur de iudiciali petitione, vt patet ibi: *per Iudicem petitum est.* Quare vt respõsum interrogationi & quęstioni conueniat, fateri cogimur, & postrema verba de iudiciali petitione accipienda esse, vt ea sit mẽs Iurisc. si quęratur cuius tẽporis æstimatio inspicienda sit, an litis contestatæ, an verò sententiæ latæ, inspiciendam esse ęstimationem tempore litis contestatæ, nisi dictum esset, quo tempore uinum mutuò datum redderetur.

C Hæc interpretatio cõfirmatur ex alijs legibus, quibus dicitur in Iudicijs stricti iuris, vt est mutuum, æstimationem fieri secundum tempus litis contestatę, l. 3. §. in hac, ff. commodati, l. vlt. ff. de condict. triticaria. Nulla verò lex est quæ dicat, inspiciendum tempus interpellationis, seu petitionis extra Iudicium factæ.

Huc accedat, ꝙ vbi nulla dies est adiecta obligationi, debitor in mora constitutus per interpellationem extra iudicium eam purgare potest, quandocunque ante litem contestatam, l. interdum, 73. §. vlt. l. si seruum, 91. §. sequitur, ff. de verb. obl. vsque adeo, vt creditori imputetur, ꝙ litẽ contestatus non fuerit, vt in l. si insulam, § 4. ff. eod. ti. vt eleganter explicat Ant. Faber, lib 6. Coniecturarũ Iuris, c. 7. Quare non perinde statuendum est de mora, quę per interpellationem incurritur, quod cõstitutum est de mora, quæ committitur ob lapsum diei; Etsi enim debitor rem obtulerit, post diem conuentam, verum est tamen, illum intra diem pręstitutum non dedisse, l. Cellus, ff. de arbitris, meritò eo casu inspicitur æstimatio eius tẽporis, quo conuentum est rem dari, vel restitui, vt in hac lege, & in d. l. hominem, ff. mandati. D

Non obstat ꝙ dicitur, verbum *petere*, adaptari ẽt ad petitionem extra iudicium, quia id concedo, si spectetur natura & significatio verbi. Sed si tex. legis spectetur, & materia, de qua agitur, id nego. Quòd verò dicitur, perinde morã incurri ex interpellatione, atq; ex diei lapsu, fateor, sed non per omnia idẽ in vno atque in altero statuendũ est; quia subest ratio differentiæ, illa scilicet, quoniã mora purgari potest, vbi dies adiecta non est obligationi, quod minimè conceditur, vbi dies est adiecta. Et ꝙ Iurisc. dicit, moram non prodesse debitori in d. l. hominẽ, intelligi debet in eo casu, quo dies est adiecta, quemadmodum & ex eius verbis patet, secus autẽ ubi dies adiecta non est, si purgetur ipsa mora per debitorem, sicuti ei licet ante litem contestatam, vt dictum est,

CAPVT LXXV.

Ad l. ciuitas, ff. eod. tit. Controuersia vna.

Ciuitas mutui datione obligari potest, si ad vtilitatem eius pecuniæ versæ sunt, alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non Ciuitas, tenebuntur. Ita Vlp. in l. 27. ff. si certum petatur. Dissensio est inter Doctores, si Decurionibus Ciuitatis populo pręsente, siue Consilio ipsius Ciuitatis, mutua data fuerit pecunia, an probandum sit à creditore pecuniam versam in utilitatem fuisse. Et hanc probandi necessitatem non incumbere creditori hoc in casu existimarunt Bart. Castr. Alex. Corn. & Zasius, necnon Ripa, in l. si is qui bona, nu. 10. ff. de pignor.

Primum argumentum est, quia Ciuitas ex contractu obligatur absolutè, Ergò necesse non est probare pecuniam in eius utilitatem erogatam. Ciuitatem obligari ex B contractu, probatur Primò, quia obligatur ex delicto, l. metum, §. animaduertendum, ff. de eo quod metus causa. Secundò, quia Ciuitas condere potest legem in his, q̃ pertinent ad eius administrationem, l. prohibere, §. planè, ff. quod vi aut clam. Contractus autem initus ab eo, qui legis condendæ potestatem habet, vim legis habet, l. Cæsar, ff. de publicanis, l. penult. C. de donation. inter vir. & vxor. ergo talis contractus habet vim legis, & consequenter seruandus est. Tertiò, quia à simili ex mutuo obligatur Capitulum Ecclesiæ sede vacante inito, ut docet Glos. in cap. Cupientes, in verbo, Aliundè, de Electio. lib. 6.

Secundum argumontum est à simili: Nam si Prælatus Ecclesiæ vnà cum Capitulo mutuã acceperit pecuniam, obligatur ad reddendam eam, licet non probetur fuisse versam in vtilitatem ipsius Ecclesiæ, c. penult. de fideiussoribus.

Sed in Ciuitate non libera, id est, vt vulgus loquitur, C superiorem recognoscente, contrariam sententiam secutus est Alciat. post Fulgos. autoritate d. l. Ciuitas: Sed uidetur mihi cõmunis sententia satis probabilis; quia Vlpianus in hac lege non loquitur, cum tota Ciuitas, hoc est, Decuriones populo uniuerso præsente contrahit, sed cum administratores tantum contraxerunt, vt patet ex illis verbis: *Alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, tenebũtur.* Quæ sanè verba non conueniunt in eum casum, quo tota Ciuitas contrahit.

Illud fateor non rectè dictum, contractum habere vim legis, id enim non probat l. Cæsar, ff. de publicanis, sicuti bene explicat Zasius in hac lege. Et l. penult. de qua in argumento loquitur de contractib. Imperatoris.

CAPVT LXXVI.

Vtrum probetur pecuniam conuersam fuisse in vtilitatem Ciuitatis, vel Ecclesiæ, ex eo, quòd probatur Ciuitatem, vel Ecclesiam tempore mutui indiguisse ea pecunia. D

Conuersionem in vtilitatem Ciuitatis & Ecclesiæ factam fuisse pecuniæ mutuo acceptæ, probari ex eo, quod probatur Ecclesiam uel Ciuitatem ea indiguisse, quo tempore accepit, existimarunt Gl. in c. hoc ius porrectum, in verbo, Probat 10. q. 2. Castr. ad l. 1. §. non autem, & ad l. vlt. ff. de exercitoria actio. & ibid. Petr. Cyn. & Bald. Dec. ad l. Ciuitas, num. 10. & ibi etiam Riminal. ff. si certum pet. Ruin. in consi. 76. col. 4. in fi. lib. 4.

Fundamentum est in d. l. vlt. ff. de exercitor. actio. vbi patet Nauis Magistrum obligari ex mutuo, quòd in refectionem nauis contraxit præpositus, si modo probetur refectione nauem indiguisse.

Sed contrariam sententiam probant Barto. in d. l. vlt. Alex. in d. l. Cipitas, & ibid. Ias. nu. 18. Ang. in consi. 245. Imola, in c. 1. num. 17. de deposito. Ripa ad l. si is qui bona,

na,nu.10.ff.de pignor. & Ioſeph.Maſcard.de probation. A
vol.3.concl.1161.nu.8.
Fundamentum eſt in eo,quòd leges requirant proba-
ri verſionem in utilitatem ciuitatis & eccleſiæ,vt in c.pe
nult.de Fideiuſſor. & in d.l.ciuitas. Nulla verò eſt lex,
quæ verſionem demonſtrari ex eo decernat, q. eccleſia
vel ciuitas indiguerit pecunia,tùm quia fieri poteſt,ut in
diguerit,& tamen in eius vſum expoſita non fuerit,tum
quia raro accidere poteſt,vt mutuo pecunia ſine neceſſi-
tate accipiatur. Quapropter aut nunquam, aut certè ra-
rò is ſuccumberet, qui conuerſionem ſactam allegaret,
quia probationem paratam ferè ſemper haberet.
Tertia eſt ſententia Iac.Menochij de arbit.iudic.caſu
432.nu.35. hanc rem Iudicis arbitrio committentis,ve-
luti iure non definitam,& quæ ex varijs cauſarum circū
ſtantijs facilè definiri poteſt. Nec à Menochio diſſentit
Ioſeph. Maſcar.loco proximè citato,nu.10.
Sed mihi magis probatur eorum ſententia,qui abſolu
tè negant conuerſionem demonſtrari ex eo,quòd demō B
ſtretur eccleſiæ, vel ciuitatis neceſſitas. Cui ſanè ſenten-
tiæ magnopere ſuffragatur argumentum,quod ſuperius
allatum eſt.
Nec obſtat tex.in d.l.vlt.ff.de exercitor actio.quia ſpe-
cies illa longè eſt abſimilis. Agitur ibi de priuatis perſo-
nis,hic de publicis. In priuatis,qui ex mutuo obligatur,
neceſſe non eſt probare pecuniam uerſam in vtilitatem.
In ciuitate ſecus & in eccleſia.Quare ſi quis præpoſuerit
quēpiam Naui, tenetur, ſi modo cū pecunia crederetur.
Nauis in ea cauſa fuiſſet, vt refici deberet, nec lex requi-
rit, vt in eam cauſam uerſio probetur. At in quæſtione
noſtra nominatum id requiri conſtat.

CAPVT LXXVII.

Tractantur duæ Controuerſię de mutua pecunia Eccleſiæ data,ad interpretationem c.penult.de fideiuſſ. & c.1.de ſolutionibus. C

SI Prælatus conſentiente Capitulo pecuniam
mutuatus fuerit,nec vnde eam reddere poſ
ſit,habeat, niſi immobilia bona vendat Ec-
cleſiæ,Controuerſia eſt,ſi non probetur pe-
cuniā verſam in utilitatem Eccleſiæ,vtrum
ad eam reſtituendam cogi poſſit.
Et cogi non poſſe,Autores ſunt Abbas Panorm. in c.
penul.de fideiuſſ.nu.4.& in c.1.nu.9.de Depoſito.Card.
in d.c.penult.col.penult.& in conſ.71.col.vlt.Alc.in l.Ci
uitas,nu.4.& nu.6.ff.ſi cert. pet. Quorum argumentum
illud eſt, q. ſine cauſa iuſta alienari non poſſunt eccleſiæ
bona immobilia,c.ſine exceptione,12.q.2. Hic autē nul-
la cauſa videtur eſſe legitima, quia nō conſtat pecuniam
in Eccleſiæ vſum fuiſſe conſumptam.
Sed contraria ſententia longè probabilior & commu
nior eſt. Nempe, Eccleſiam cogi poſſe ad reſtituēdam pe
cuniam, licet uerſio in utilitatem facta non oſtendatur, D
ita docuerunt Bar.in d.l.ciuitas,nu.13. Dec.num.6. Iaſ.
col.pen.Butr.in c.penult.nu.9.de fideiuſſor. Mar.Soc.in
conſ.15.nu.25.lib.1.Caſtr.in conſ.338.nu.2.lib.1.Imola
in c.1.nu.17.de Depoſito.Rol.à Valle,in conſ.41.nu.36.
lib.1.Iac.Menoch.de Arbitr.iud.caſu 432.nu.13.verſ.Cō
trariam itaque opinionem.
Probatur hæc ſententia autoritate tex. in d.c.penult.
de fideiuſſor.dum ibi dicitur, Eccleſiam non teneri ad re
ſtituendum mutuò acceptam pecuniam,quoties abſque
Prælati autoritate, & maioris partis Capituli mutuū eſt
contractum,niſi probetur eam fuiſſe uerſam in utilitatę
Eccleſiæ. Etenim à contrario ſenſu, ex hoc loco ſans cla-
rè euincitur,eccleſiam teneri, ſi mutuum contractū fue
rit, accedente Prælati & Capituli autoritate. Quæ ſanè
cauſa ſoluendi æs alienum iuſtiſſima reputanda eſt, alie-
nandi res immobiles eccleſiæ, cap. hoc ius porrectum,
10.quæſtio.2. Quare ceſſat argumentum contrariæ opi-
nionis.

Altera controuerſia, quam huius Capitis titulus pro-
mittit,hæc eſt; Prælatus eccleſiæ abſque conſenſu Capi-
tularium mutuatus eſt pecuniam: non conſtat,an in ec-
cleſiæ utilitatem fuerit conuerſa. Moritur. Nunquid ſuc
ceſſor ad eam creditori reſtituendam compelli poſſit?
Affirmant compelli poſſe, Panorm. in d. c.pen. nu.7.
de fideiuſſor.necnon Anch.nu.9. & Card.in 10.q.auto-
ritate tex.in c.1.de ſolut. vbi S.Pont, *Sicut filius debita Pa
tris ſoluere tenetur, ita Prælatus ſui prædeceſſoris pro eccle-
ſiæ neceſſitate contracta.* Nam ſi verſio in utilitatem eccle
ſiæ probanda eſſet hoc in caſu,ſequeretur creditorem ad
hoc adſtringi, vt negotium eccleſiæ gereret, vt de credi-
tore mutuante Præpoſito nauis dicebat Iuriſc. Africa-
nus,in l.vlt.ff.de exercitor.act. Præſertim ſi fortaſſe acci
deret, vt propter eccleſiæ neceſſitates Prælatus accepta
pecunia Romam proficiſci deberet, tunc creditori onus
incumbere uideretur curam adhibendi, vt ea pecunia in
neceſſarios tantum vſus expenderetur, quòd ſanè per-
quam durum eſſet ac difficile.
Et licet probationem iſtam exigat tex. in d.c.vlt.de Fi
deiuſſor.non tamen loquitur de Prælato eccleſiæ mutuū
contrahente,ſed de Monacho,ſeu religioſo,abſque licen
tia Abbatis,& maioris partis Capituli ſe obligante.
Cæterùm, hoc in caſu ſucceſſorem compelli poſſe ne-
gant Innoc.in c.1.de ſolution. Anto. Butr. in d.c.penult.
nu.9.Caſtr.in conſi.338.lib.1.nu.2.verſ.Si vero nullum.
Quorum fundamentum eſt in d. c.penul. quatenus ibi
S.Pont. exigit eam probationem, vbi ſine conſenſu ma-
ioris partis Capituli,ſimulq; Prælati mutuum eſt contra
ctum. Etſi enim conſenſus hic extet Prælati,deficit tamē
conſenſus Capituli.
Tertia eſt ſententia Iacobi Menochij; hanc rem dili-
gentis ac boni Iudicis arbitrio delegantis,de arbitr.Iud.
caſu 432.num.18.
Ego verò eorum ſententiæ magis adſtipulor, qui ne-
gant ſucceſſorem teneri,ſi verſio in utilitatem facta non
probetur.
Moueor inprimis autoritate d.c.penult. Secundo mo
ueor autoritate c.1.de ſolutio. ac perpendo verba S.Pon
tificis eo in loco, quibus dicit: Succeſſorem obligari ad
ſoluenda debita *Prædeceſſoris pro neceſſitate eccleſiæ con-
tracta*. Igitur hæc ipſa qualitas erit probanda à credito-
re, ſcilicet debita contracta fuiſſe pro neceſſitate eccleſię.
Nec verò aliter probari poterit,niſi demonſtretur pecu-
niam creditam neceſſitati eccleſiæ ſubueniſſe. Nam ec-
cleſiam pecunia indiguiſſe, & icirco mutuo eam acce-
piſſe,ſi probetur,non infertur tale debitum contractum
fuiſſe pro neceſſitate eccleſiæ, Itaque verba cum effectu
ſunt accipienda, & conſequenter pro neceſſitate eccle-
ſiæ debitum contractum intelligitur, cum ideo contra-
ctum eſt, ut neceſſitati ſubueniretur, & ſubuentū fuit.
Tertiò moueor ex §.ſi verò quis,aut Epiſcopo,aut œco
nomo,in Auth.de alienatione & emphyteuſi: vbi Iuſti-
nianus ita dicit: *Si vero quis aut Epiſcopo, aut Oeconomo,
aut ordinatori cuilibet venerabilis domus, ſiue in regia Ci-
uitate,ſiue in Prouincia conſtituta pecunias crediderit, iu-
bemus neque hoc eis reputari pro venerabili domo, niſi pri-
mitus oſtenderint, quod in vtilitatem prædicta venerabilis
domus iſta profecerunt, neque ipſum creditorem, aut hære-
des eius contra venerabilem domum habeat aliquam prop
ſit actionem,niſi monſtrauerint, quod in vtilitatem venera
bilis domus,pecunia profecerunt. Sed contra mutuas acci-
pientem pecunias,aut heredes eius proprias moueant actio-
nes.* Quare nec obſtat tex. in d.c.1. de ſolutio. Immò ab
hac ſententia plurimum facit. Nec tex.in d.c.penul.de fi-
deiuſſor.facilè euitari poteſt; Et ad extremum quod dici
tur de cura ac diligentia perquā difficili à creditore adhi-
benda,nihil prorſus mouet,cum creditor ſibi con-
ſulere facilè potuiſſet, non aliter pecu-
niam mutuando,quàm ſi Prę-
lati & Capituli con-
ſenſus acceſ-
ſiſſet.

CA-

CAPVT LXXVIII.

Controuerſiæ duæ ad interpretationem l. Principalibus, ff. ſi certum petatur, & l. ſeq.

PRincipalibus *Conſtitutionibus cauetur, ne ii, prouinciam regunt, quiue circa eos ſunt, negocientur, mutuam pecuniam dent, fœnuſq; exerceant.* Verba ſunt Modeſtini in l. 33. ff. ſi certum petatur. Sed & Paulus in l. ſeq. ſic ait: *Præſidis prouinciæ officiales, quia perpetui ſunt, mutuam pecuniam dare, & fœnebrem exercere poſſunt. Præſes prouinciæ mutuam pecuniam fœnebrem ſumere non prohibetur.* Quatuor ſunt Controuerſiæ ad harum legum interpretationem.

Prima, vtrum perpetui Rectores hac prohibitione contineantur.

Secunda, quid ſtatuendum ſit Rectoribus Ciuitatum vel prouinciarum, ex quibus ſunt oriundi.

Tertia, quid ſi palàm & bona fide contractus exerceant prohibitos.

Quarta, quid ſi ſtatim officio finito contrahant. Priores duas tractabimus hoc in loco, ſequentes verò in ſequenti capite.

Quòd igitur ad primam attinet, duplex eſt Doctorum ſententia. Altera, huiuſmodi perpetuos adminiſtratores, & Rectores ea prohibitione non contineri. Ita docuerunt in Commentarijs harum legum Bart. Alex. Corne. Iaſon & Zaſius. Quorum fundamentū eſt in d. l. Pauli, cuius verba ſuperiùs annotata ſunt. Nam cùm Paulus reſpondeat officiales Præſidis, quia ſunt perpetui, mutuam pecuniam dare, & fœnebrem exercere poſſe, idem & in Rectoribus perpetuis reſpondendum eſſe videtur. Nam tales Rectores eligi ſolent homines ſpectatæ probitatis & fidei, quibus ſi negotiatio interdicta ſit, non modicum præiudicium & incommodum inferri videtur.

Altera eſt ſententia, & huiuſmodi Rectores hac prohibitione contineri, ita docuerunt Decius & Salicetus hoc in loco, autoritate Modeſtini, generaliter pronunciantis eos, qui prouincias regunt, negotiari non poſſe. Cuius rei ea eſt ratio, quòd vel Reipub. vacare debēt, vel ex eorum contractibus & negotiationibus multa mala ſequi poſſunt, timorque impreſſionis non deeſt, ſicuti eleganter explicat Alciatus hoc in loco. Quæ quidem ratio maximè locum habere videtur in perpetuis Rectoribus. Alia ratio eſt officialium Præſidis & Miniſtrorum ſeruientiū. Nam & ipſis Reipub. cura nō incumbit, & ceſſat in eis impreſſionis timor. Atque hanc poſteriorem ſententiam veriorem eſſe iudico, neque enim decet, immò multas ob cauſas vtilitati publicæ repugnat, tales Rectores & Adminiſtratores mercimonia, & negotiationes exercere inter ſubditos Iuriſdictioni, vt non dubitem ita Modeſtinum reſponſurum fuiſſe, ſi de talibus perpetuis Rectoribus fuiſſet interrogatus. Et cùm lex non vetet eos neceſſaria emere ac vendere, ſed negotiationibus duntaxat interdicat, non animaduerto, quam ob cauſam ex ea re damnum pati videantur.

Sed verius eſt eos lucra amittere illicita. Quod uero dicitur eos, qui præficiuntur Reip. adminiſtrandæ, ſpectatæ fidei ac probitatis eſſe cenſendos, eouſque non inficiabimur, quouſque animum & mentem eorum ad lucra procliuiorem eſſe non uidebimus. Videbimus autem ex negotiandi & fœnerandi cupiditate.

Quòd attinet ad ſecundam, triplex eſt ſententia Doctorum. Altera, non contineri tales adminiſtratores tali legum prohibitione. Ita in commentarijs huius loci Bar. Caſtr. Alex. Iaſ. Soc. Alc. & Zaſius, dicitque Corn. hanc ſententiam conſuetudine receptam eſſe.

Fundamentum eſt in d. l. Pauli Iuriſconſulti, quæ negotiationem officialibus Præſidis permittit, qui plerunque eo in loco ſunt officiales perpetui, vnde ſunt oriundi. Nam & talibus magis fauendum eſſe uidetur, quàm externis & peregrinis hominibus. Quapropter etiā con-

A ſtitutum eſt, vt & in ea prouincia matrimonium contrahere poſſint, l. eos, ff. de ritu nupt. quamquam alijs id prohibitum ſit, l. ſi quis officium, ff. eo. ti.

Altera eſt ſententia, & iſtos Rectores contineri hac prohibitione legis, ita Angel. & Deci. in d. l. Principalibus, necnon Bald. ad l. Quiſquis, Quorum illud eſt fundamētum, quod & hæc lex, & ſimiles generaliter loquantur, vt in l. Qui officij, & in l. Non licet. ff. de contrahen. emptio. & ratio ipſarum legum locum habeat etiam in huiuſmodi Rectoribus, qui in Patria regunt & adminiſtrant.

Tertia eſt ſententia Ludouici Romani, quem refert & ſequitur Franciſcus Aretinus, necnon Paris de Puteo, in tracta. Syndicatus, in verbo, *Contrahere*, col. 2. aut officium ſeu adminiſtratio iuriſdictionem habent annexam, aut non habet: Priore caſu locus eſt priori ſententiæ, poſteriore verò poſteriori.

Ego quanquam à communiori ſententia haud temerè

B recedendum exiſtimem, magis tamen probo negantem ſententiam. Eam enim video magis legibus noſtris conſentaneam, vt ceſſet omnis impreſſionis timor, & ab eis ſubditi paternè regantur, nō autem ſpolientur bonis, vt facilè ſpoliari poſſunt, ex negotiationibus Rectorum. Neque illis graue id videri debet, quibus eſt permiſſa omnis negotiatio cum aduenis & peregrinis, & rerum etiam neceſſariarum cum ſubditis.

Ad argumentum ab officialibus deſumptum, iam reſponſio allata eſt ſuperius. Et quod de matrimonio obijcitur, ſua peculiari ratione nititur, quòd ſcilicet æquitas nō patitur, vt quis ad matrimonium contrahendum, cum ſeminis, peregrinis & ignotis cogatur. Cogeretur autem, ſi in Patria vxorem ducere Rectores & Adminiſtratores huiuſmodi prohiberentur.

CAPVT LXXIX.

C *Aliæ duæ Controuerſiæ ad eaſdem leges pertinentes.*

CAeterùm palam & bona fide eos negotiari poſſe Autores ſunt Accurſ. in l. ſi in emptione, §. vlt. ff. de contrah. empt. Andr. de Iſern. in c. 1. §. vlt. de feudo Guardiæ. Ang. & Dec. in d. l. principalibus, nu. 9. ff. ſi cert. pet.

Fundamentum eſt in iis legibus, quibus cauetur tutorem palam, & bona fide contrahere poſſe cum pupillo, licet aliàs prohibeatur, l. non exiſtimo, ff. de admin. tutor. l. pupill. §. ſanè, ff. de autor. tutor.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Iaſ. Alc. Alex. & Zaſ. quibus & ipſe aſſentior, in d. l. principalibus. Probarut hæc ſententia ex l. 1. C. de contractibus Iudicum, vbi Imperator prohibet, ſimiles contractus fieri à Rectoribus Ciuitatum & Iudicibus, præterquam pro neceſſitate victus, in hæc verba: *Prouincias verò moderantibus non ſolùm donationes, ſed etiam emptiones quarumcumque*

D *mobilium, vel immobilium rerum præter eas, quæ ad alimoniam, vel veſtes pertinent, & ædificationes, licet ſacro apice aliquid eorum permiſeritis, penitus interdicimus,* &c. Quibus verbis patet, vſque adeò generaliter, huiuſmodi perſonis tales contractus eſſe prohibitos, vt nec illis ſint permiſſi, licet Principis Reſcriptum habuerint. Quæ igitur ratio eſt id eis concedere, ſi palam & bona fide contrahant? quàm facilè Imperatoris Conſtitutio eluderetur? Alia eſt ratio tutoris, qui ſi palam & bona fide a contutore contrahat, ſicuti loquuntur leges, manifeſtum facit, ſe non latenter ſua commoda procurare, ſed vt quemlibet extraneum agere, atque contrahere.

Quòd attinet ad poſtremam controuerſiam, ſunt qui exiſtiment Rectorem non ſtatim finito officio, & adminiſtratione contrahere poſſe; ita Ludou. Rom. & Dec. in l. principalibus, Bald. ad l. ſolent, §. vlt. ff. de offic. Procons.

Fundamentum eſt, quia officio finito ſubijcitur Syndicatui, vt uocant, quamobrem officij reliquiæ quædam ſupereſſe videntur, & quod caput eſt, in fraudem legis

con-

contrahere videtur, si incontinenti deposito officio contrahat, & quæ incontinenti fiunt, videntur inesse.

Sed contraria sententia longè mihi probabilior videtur, quam amplexus est Ias. in d. l. principalibus, nu. 4. Nã & hoc in casu cessant verba legis, & cessat ratio prohibitionis legis, lex enim de Rectore loquitur, & moderatore prouinciæ, hic verò non est Rector amplius, quia officio defunctus est. Quorsum igitur ea interpretatio tendere potest, nisi ut nouam legem condat? qua qui Rectores fuerunt, nec sunt amplius, contrahere prohibeantur; Aut quid sibi vult, quòd dicitur, reliquias pristinæ dignitatis durare, nisi hoc significet, ut honor exhibeatur, Magistratu desuncto, non ut ei negotiatio interdicatur, cùm in ipso cesset omnis impressionis timor, & omnis causa prohibitionis?

Denique nihil prorsus mouet, quod vel de fraude dicitur, quia fraus nõ præsumitur, sed probari debet, & quod subiungitur ex regulis brocardicis, quæ varias suscipiunt interpretationes, & ad hanc speciem ideo accommodari non possunt, quoniam cum quis desinit esse in Magistratu, efficitur priuatus homo, aliorum iurisdictioni subiectus, qui propterea aliorum priuatorum iuribus ac legibus censeri debet.

CAPVT LXXX.

Vtrum Rectoribus prouinciarum aliquid donari possit remunerationis causa, ad interpretationem l. vlt. C. ad leg. Iul. repetundarum.

REctoribus Prouinciarum donari posse remunerandi gratia censuerunt Bar. ad leg. Aquilius, ff. de donat. Alex. Ias. & Zas. in l. principalibus, ff. si certum pet. autoritate d. l. Aquilius. Sed contrarium docuit Alc. ad d. l. principalibus, quia l. Aquilius non de donatione facta Rectori accipienda est, sed Rhetori, hoc est, Præceptori Rhetoricæ, & lex generaliter prohibet huiusmodi donationes, l. vlt. C. ad leg. Iul. repetundarum.

Ego verò vtor hac distinctione, vt donatio permissa esse intelligatur, si propter beneficium præstitum ante administrationem conferatur; Secus autem, si pro aliquo præstito beneficio tempore administrationis.

Hanc distinctionem confirmo ex d. l. vlt. C. ad l. Iul. repet. in illis verbis: *Et ob hoc exceptis salariis, nihil penitus tam in administratione positus, quam post depositũ officium pro aliquo præstito beneficio tẽpore administrationis, quam gratuito meruerint, accepturos*, &c.

Confirmo denique hac ratione, quia tales donationes prohibentur, ne magistratus corrumpantur, iuxta illud, Munera obcæcant oculos sapientum. Hæc ratio locum non habet, vbi extra causam administrationis, donatio confertur ab eo, qui beneficium accepit à Rectore & Magistratu ante prouinciam demandatam.

CAPVT LXXXI.

De exceptione non numeratæ pecuniæ Controuersiæ octo. Quarum prima hoc capite tractatur. Vtrum post biennij lapsum competat Iure ciuili inspecto.

HOc, & sequentibus aliquot capitibus, præcipuas quasdam controuersias subijciemus, de exceptione non numeratæ pecuniæ, quarum prima est, vtrum secundum ius Ciuile post biennij lapsum opponi possit?

Et quidem opponi posse, ea tamen lege, vt opponens probare debeat, pecuniam numeratam non fuisse, autores sunt, Accurs. in l. in contractib. C. de non numerata pecunia. Ang. Salic. & Bart. in l. si ex cautione, C. eod. ti. Castr. in consi. 233. num. 3. lib. 2. Ang. Aret. in §. idem iuris, nu. 4. in Inst. de except. Alex. in consi. 158. col. penult.

A lib. 2. Soc. ad l. 2. §. vlt. nu. 3. ff. de emptionibus. Ias. ad l. 3. §. iurari, nu. 8. & ad l. Manifestè, nu. 6. ff. de iureiur. Dec. ad l. iure naturæ, nu. 5. de reg. iur. Ant. Gomes. variar. resol. de contract. c. 6. nu. 7. & ibi Soarez in addit. Eguinarius Baro, in Inst. de litter. oblig. Petr. Nicol. Mozius de Contract. ti. de Mutuo, nu. 9.

Argumenta præcipua sunt duo. Primum est, quia is, qui pecuniam non numerauit, videtur dolo facere eã exigendo, & consequenter exceptione doli repelli posse videtur. Exceptio autem doli, est perpetua, l. purè, §. vlt. ff. de doli mali & metus exceptione.

Alterum argumentum sumitur ex l. qui pecuniam, ff. si certum pet. vbi Iurisc. *Qui pecuniam*, inquit, *creditam accepturus, spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat*, &c. Si ergò creditor pecuniam non accepit, non est obstrictus vllo tempore, consequenter omni tempore, & sic etiam post biennium excipere potest se pecuniam non accepisse.

B Sed contrariam sententiam veriorem esse iudico, nempe, post biennium cessare huiusmodi exceptionem. Huius sententiæ autores sunt, Alber. ad d. l. si ex cautione, nu. 2. C. de non num. pec. Felyn. in c. si cautio, nu. 60. & ibid. Imola, nu. 24. de fide instrum. Io. Faber, in Instit. de litterarum obl. nu. 6. Ludou. Bulogrenus, ad consilia Ioãnis de Anania, in consi 97. Marli. Sing. 463. Pet. Duenas de reg. iur. 261. Hippol. Riminal. in cons. 272. lib. 3.

Probatur hæc sententia primò ex l. si intra, C. de non numer. pec. vbi Imperator: *Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla quermonia vsus defunctus est, residuum tempus eius hæres habebit, tam aduersus creditorem, quam aduersus eius hæredem*, &c. Et paulo post: *Sin verò legitimum tempus excessit in quermoniam creditore minime deducto, omnimodò hæres eius, etiamsi pupillus sit, debitum soluere compellitur.*

Constat autem legitimum tempus esse biennium, vt paulo post probabitur.

C Secundo probatur ex l. asseueratio, C. eo. ti. in illis uerbis: *Exceptio non numeratæ pecuniæ, certa die non delata prius querela, euanescat.*

Tertiò ex l. in contractibus, eod. titu. ubi Imperator: *In contractibus, in quibus pecunia, vel alia res numerata, vel data esse conscribuntur, non intra quinquennium (quod antea constitutum erat) non numeratæ pecuniæ exceptionẽ obijcere possit, qui accepisse pecunias, vel alias res scriptus sit vel successor eius, sed intra solum biennium continuum, vt eo lapso, nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci possit.*

Si nullo modo pecuniæ non numeratæ querela introduci potest. Ergo nec introduci poterit eam ob causam, ꝙ quis dicat se probare velle numerationem factã non esse, & aduersarium dolo facere, quod exigat.

Quartò probatur ex §. 1. Instit. de litterarum obligationibus, his uerbis: *Planè si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minimè numerata, post* D *multum temporis, exceptionem opponere non potest.* Et paulo post: *Multum autem tẽpus in hac exceptione antea quidem ex Principalibus Constitutionibus vsque ad quinquennium procedebat, sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per Constitutionem nostram tempus coarctatum est, vt vltra biennii metas huiusmodi exceptio minimè extendatur.*

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ ita respondeo. Doli exceptionem perpetuam esse, sed hoc in casu, non esse perpetuam, quia, nihil aliud continet effectu, quàm pecuniam numeratam non fuisse, quæ quidem pecuniæ non numeratæ exceptio, cum post biennium opponi nõ possit, nec doli mali exceptio ad eundem finem respiciens, opponi poterit. Quare tex. in d. l. si ex cautione, eodem iure censere videtur, tam exceptionem doli hoc in casu, quam exceptionem non numeratæ pecuniæ, vt patet ex illis verbis: *Opposita, siue doli, seu non numeratæ pecuniæ*, &c.

Ad secundum argumentum, ex l. qui pecuniã, respondeo,

deo, in potestate debitoris esse, ne se obstringat creditori futuro, si pecuniam nó accipiat, & nullum chirographū confessionis de recepta pecunia conscribat. Nam si chirographo se obliget, nec intra annum querelam non numerate pecuniæ objiciat, nullo modo post illud tempus elapsum eam obijcere poterit, vt patet ex legibus supra allegatis, quibus non repugnat Iurisc. in d.l. qui pecuniam. Immò nullum verbū facit de tali exceptione non numeratæ pecuniæ.

CAPVT LXXXII.

Vtrum Iure Canonico inspecto, post bienny lapsum opponi possit exceptio non numeratæ pecuniæ.

Caeterum ex æquitate Iuris Canonici, ē post biennium elapsum oppoui posse exceptioné non numeratæ pecuniæ respōderunt Dyn. in Reg. Locupletari, de reg. iur. lib. 6. Ang. in consi. 156. D. Angelina, Rom. in consi. 44. & ibi Mandos. in addit. Marsil. Sing. 463. Imola in c. fin. nu. 32. de solut. Felyn. in c. si canno, nu. 61. de fide instr. Dec. ad l. iure naturæ, nu. 5. de reg. iur.

Fundamentum est, in reg. Nemo locupletari debet cū alienā iactura, d.c. Locupletari, de regul iur. lib. 6. Item nulla præscriptio currit cum mala fide, c. vlt. de præscrip. Hic autem mala fides patet creditoris, si pecuniam non numerauerit.

Sed istis aduersantur, Spec. tit. de restit. in integr. §. 1. nu. 25. Arch. in c. si quis episcoporum, 3. q. 6. Bald. ad l. cū quis, nu. 22. C. de iuris & facti ignorantia. Ias. ibi. nu. 28. Pet. Duenas, reg. 261. nu. 12. Hyppol. Rim. in consi. 272. num. 20. lib. 3.

Fundamentum est in eo, ꝙ nulla sit constituenda differentia, atque inducenda dissensio inter ius Canonicū & Ciuile, nisi quatenus sacris Canonibus expressum sit, argumento eorū, quæ habentur in c. 1. & 2. de op. no. nun. Cum ergo iure Ciuili verius sit, exceptionem istā opponi non posse post biennium, vt in superiori capite demōstratum est, idem quoque iure Canonico statuendū esse videtur, cum nullibi contrarium constitutum sit.

Ego posteriori sentētiæ accedo, si mala fides absit. Nā si creditoris mala fides appareat, exploratum habeo, cum præscriptione biennali iuuari non posse, ex generali & expressa iuris Canonici constitutione, quæ omni prorsus derogat præscriptioni, si mala fides subsit.

Quòd verò dicitur neminem locupletari debere cū aliena iactura, parū valet in materia præscriptionis temporis à lege constituti. Nam cum iustas ob causas ad Reipub. vtilitatem pertinentes, certum tempus ad aliquid agendum lex præfigit, eo elapso beneficium legis cessat in superius habita iuris regula: Nemo locupletari debet cum aliena iactura, &c.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat, vbi quis ante chirographum confessionis se pecuniam accepisse profitetur.

Si hodie Titius chirographo profiteatur, se mutuo ante annum accepisse à Titio certam pecuniæ quantitatem, vtrum locus sit exceptioni non numeratæ pecuniæ intra biennium, non est eadem omnium sententia. Etenim locum non esse existimauit Glo. in l. in contract. in verbo, Aliæ res. ibi. Item hoc intellige, C. de non num. pec. Alb. in l. Generaliter, C. eo. ti. Soc. sen. ad l. 2. §. appellata, ff. si certum pet.

Cæterum affirmant cōpetere Cyn. in d.l. generaliter, Rom. & Dec. in d. §. appellata, Aret. in §. idem iuris, n. 23. Inst. de exceptionibus. Anto. Gomel. variar. resol. iuris ti. de contractu mutui, c. 6. nu. 4.

A Prioris sententiæ argumenta sunt hæc. Primum ex l. aduersus, C. de non num. pecun. vbi Imperator: *Ignorare non debes, non numeratæ pecuniæ exceptionem ibi locū habere, vbi quasi credita pecunia petitur. Cum autem ex præcedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cauebatur, numerata sit, sed an iusta causa debiti præcesserit.*

Secūdum est ex l. generaliter, C. eo. ti. *Generaliter sancimus,* ait tex. *vt si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eāq; causam specialiter promissor edixerit, non tamen ei licentia sit, causæ probatione stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat.*

Tertium argumentum est huiusmodi. Exceptio non numeratæ pecuniæ ideo debitori competit, quia præsumitur, sub spe numerationis futuræ confessus se accepisse. Sed hoc in casu non habet locum hæc præsumptio, quia debitor fatetur se iam antea pecuniam accepisse. Er-
B go hoc in casu exceptio cessat.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est, quia leges generaliter conceduut, exceptionem istam non numeratæ pecuniæ intra biennium, nec distinguunt, quomodo quis confiteatur se pecuniam accepisse.

Item, quia nulla adferri potest differentiæ ratio, siue quis simpliciter in chirographo fateatur se accepisse pecuniam, siue confiteatur se accepisse, longè ante chirographū. Immò confessio simpliciter facta refertur ad tēpus præteritum, scilicet ante confessionem elapsum.

Huc accedat, quòd eadem facilitate, qua quis confitetur se simpliciter accepisse, quod non accepit, confitebitur etiā se accepisse longè ante chirographum. Ideo vtroque casu uidetur dicendum, exceptionem competere, adiuuariq; potest hoc argumentum ex eo, quod respondit Bar. ad l. si ex cautione, nu. 2. C. de non num. pec. Quem sequitur Felyn. in c. si cautio, num. 51. de fide instrum. & Ias. in l. qui pecuniam, num. 1. ff. si certum pet. Respondit
C Bar. competere istam exceptionem, licet in chirographo quis dixerit, se pecuniam accepisse, & chirographum tale conscripsisse, nō sub spe futuræ numerationis, quia eadē facilitate inductus esse uidetur, ad illa verba adijcienda.

Quibus rationibus adductus, huic posteriori sententiæ magis accedo: Cui sanè non obstant argumenta prioris ac diuersæ sententiæ. Etenim, leges allegatæ in primo & secundo argumento, loquuntur de alia specie longè diuersa & absimili, nempe, cum quis confitetur se debitorem esse alterius ex alia causa præcedente, vt puta, si quis in chirographo fateatur, se Titio debere centum, quæ ante annum nomine depositi accepit, vel quæ ante annum ex causa emptionis pręstare tenebatur. Hoc in casu non inquiritur, an pecunia numerata sit, sed an causa uerè pręcesserit, nec ne, & confessioni statur, donec contrariū doceatur. Hæc est sententia dictarum legum.

Ad tertium argumentum respondeo, etiam hoc in casu debitorem ita confiteri, spe futuræ numerationis.
D Quid enim refert, utrum quis fateatur se accepisse pecuniam, vel ante annum accepisse? Vtroque casu tempus præteritum designat. Neque verò lex imposita est verbis, sed rebus, l. 2. C. commun. de leg.

CAPVT LXXXIV.

Si lege municipali cautum sit, certas duntaxat exceptiones contra instrumentum opponi posse, vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ opponi possit?

Legibus Municipalibus, quę Statuta Ciuitatū vulgò appellamus, plerunque ita constitutum est, vt aduersus instrumenta publica, certæ quædam duntaxat exceptiones opponi possint, vt puta, solutionis, compensationis, rei iudicatæ, & similes. Quamobrem, controuerti solet,

solet, an exceptio non numeratæ pecuniæ, videatur exclusa; Et videri respondit Bald.in l.pecuniæ, C.de solut. num.4.& in l.3.C.de postulando, in vlt.col.cuius fundamẽtum est in ipsis verbis Statuti,quod dum certas quasdam exceptiones reseruat,cæteras omnes excludere videtur,l.cùm Prætor,ff.de Iudicijs. A

Cæterùm, non videri,responderunt Cyn.ad l.in contract.C.de non numerata pecun. Ias.ad l.Qui pecuniam, nu.7 ff.si certum petatur,Felyn.in c.si cautio,nu.47.de fide instrum.Anton.Gomes.variar.resol.tit. de Contract. c.6.nu.3.& ibi Soarez, in addition.

Et istis ego assentior. Nam eiusmodi exceptio non numeratæ pecuniæ, inest ipsi obliganoni & confessioni, qa lex præsumit confessionem factam spe futuræ numerationis,& intra bieunium exceptionem concedit, quare nunquam à lege Municipali talis exceptio censeri debet exclusa:quemadmodum,nec si quis Iureiurando fateatur se accepisse, impeditur quò minus excipere posit, l.vlt.C.de non numer.pecun.neq; enim consentire videtur obligationi,qui confitetur se accepisse, nisi pecunia numeretur, B consequenter iniustum esset Ciuitatis Statutum, quo ea exceptio reijceretur; Non est autem ea interpretatio accipienda,quà quispiam iniustè opprimatur,qua lex iniquitatis arguatur, & mereatur à sapientibus reprehendi,vide Menoch.de Arbitrar.Iud.Casu 199.Ex quibus confutatur argumentum contrariæ opinionis.

C A P V T L X X X V.

Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ eodem modo concedatur ei, qui testibus præsentibus se confessus est accepisse pecuniam, quo se chirographo obliganti & confitenti concedi solet.

VAria sunt Doctorum placita de quæstione huius capitis. Etenim, Accurs.in l.si non singuli,C.si certum petatur,in eam sententiam C procliuior esse videtur, etiam vltrà bienniũ non numeratæ pecuniæ exceptionem competere, vbi chirographum debitoris non apparet.

Bartolus autem ad l.si ex cautione,C.de non numerata pecun.docet competere huiusmodi exceptionem, siue chirographum extet, siue non extet, reprobata Accursij sententia, & sicut ego interpretor intrà biennium competere,non autem post biennium.

Angel.Aret.in §.Idem Iuris,nu.22.Inst. de Exceptionibus refert aliorum sententiam, & Accursium sequi videtur.

Alciatus denique ad l.qui pecuniam,circa finem,testatur communem esse sententiam Doctorum,quam & ipse amplectitur,nõ numeratæ pecuniæ exceptionem competere, siue chirographo cõtineatur debitoris confessio, siue testibus duntaxat probetur, ita tamen, vt post biennium debitori onus probandi incumbat, pecuniam numeratam non fuisse; Quæ sententia mihi quoque magis probatur. D

Continet autem duo membra; Primum. Eo casu quo chirographum non extat, exceptionem competere, nedum intrà bienniuni,sed etiam post biennium. Alterum, Post biennium, si opponatur onus probandi negationem,hoc est, pecuniam numeratam non fuisse, debitori incumbere.

Vtrumque sic probatur; Primum quidem: Nam leges concludentes hanc exceptionem spacio biennali, de litteratum obligatione loquuntur, vt patet in Inst.de litterarum obligatione,& alibi. Hæc autem non est litterarum obligatio, vt patet. Ergò biennali tempore non est concludenda,sed potius moderanda est secundum alias Iuris regulas, quæ de confessione facta præter causam litterarum obligationis loquuntur, inter quas illa est præcipua, vt quandocunque liceat de errore docere confessionis factæ, l.generaliter, C.de non numer.pecun.l.error.C.de Iuris & facti ignorantia.

Alterum verò membrum sic probatur; Nam qui allegat confessionis suæ errorem, eũ probare debet,cùm suis confessionibus acquiescere debeat, vt in d.l.generaliter, & declarat optimè Iason,in d.l.error, C.de Iuris & facti ignorant. & ex communi sententia Anton. Gabr.Commu.concl.tit.de Confess.concl.5.

C A P V T L X X X V I.

Vtrum inter mercatores locus sit exceptioni non numeratæ pecuniæ, & vtrum, si iuramentum obligationi accesserit, necessaria sit absolutio, vt ea exceptio opponi posit.



Vm inter Mercatores summa vigeat æquitas, Iuris autem apices,& subtilitates locum non habeant, meritò disputari potest, nec locum habere non numeratæ pecuniæ exceptioné, ex traditis per Bal.in l. Frustrà, C.de non numer.pecun. Iason l.in Singularia, & in l.qui pecuniam,ff.si certum petatur.& in l.cùm quis,nu.17.C.de Iuris & facti ignor.& per Glos.in §. Argentariorum, in Authen.de Fideiussor.

Sed istis nõ obstantibus,contraria sententia mihi magis probatur; quam defendit eleganter Benuenutus Stracha,de Mercatura,tit. Quomodo in causis Mercatorum procedendum sit.nu.9. Autoritate legum generaliter loquentium,nec mercatorum causas excipientium; Et ego confirmo eo argumento;quod hæc litterarum obligatio, ex mercatoribus originem traxit,sicuti eleganter explicat Alciat.in l.qui pecuniam,nu.8.ff.si certum petatur.Quamobrem & consequens est,non numeratæ pecuniæ exceptionem, ex eodem fonte ortam censeri; neque verò ab æquitatis ratione aliena est hæc exceptio, cùm æquitas id postulet, vt quod quis non numerauit, exigere non audeat,licet syngrapham debitoris acceperit.

Sed si Iuramentum accesserit,promissioni debitoris & obligationi, nonnulla est controuersia, vtrum absolutio necessaria sit,vt exceptio ista possit opponi. Etenim Bald. censuit non esse necessariam, in l.vlt.C.de non numerata pec.quem secutus est Corn.in cons.11.col.7.lib.3.

Sed contrarium docet nouissimè Seraph. Senens.de priuilegijs iuramenti,priuileg.60.nu.18.eiusdem sententiæ citans Gratum responso 30.lib.1.autoritate text.in c. Venerabilem, de electione, in illis verbis: *Nec valet ad plenam excusationem ipsius, si iuramentum illud dicatur illicitum, cùm nihilominus super eo nos prius consulere debuisset, quàm contra ipsum propria temeritate venire*, &c.

Sed certè infirmum est hoc argumentum vt videtur, quia S.Pontifex loquitur in dubio, cùm scilicet incertum est & dubium, vtrum iuramentum sit licitum, necne,non debet enim quispiam illud propria autoritate violare,sed Summum Pontificem consulere, quæ res longè est absimilis à specie,de qua agitur. Neque enim dubitari potest, quin debitoris iuramentum sit licitum in hac specie, sed non proinde sequitur absolutionem esse necessariam, quandoquidem huiusmodi iuramentum tacitè eam conditionem habet, si pecunia fuerit numerata: antequam numeretur, exceptioni locus est, vt in l.vlt.C.de non numer.pecun. Quare cùm præter cõsensum iurantis iuramentum obligare non possit, & hoc in casu debitoris consensus non adsit, nisi pecunia numeretur, sequitur, ante numeratam pecuniam, iuramentum non obligare, & per consequens, absolutione opus non esse. Quare Baldi & Cornei sententiam probabiliorem esse existimo, contrariamque sententiam valere iubeo.

CAPVT LXXXVII.

Ex chirographo confeſsionis, quænam oriatur obligatio, & quando, & vtrum ciuitati perpetuò competat exceptio non numeratæ pecuniæ.

EX chitographo confeſſionis oriri tantum ciuilem obligationem ſunt qui exiſtiment. Alij ciuilem & naturalem, alij nullam oriri cenſent, vbi ſcilicet numeratio non intercedit, Vide Angel. Aret. in §. idem Iuris. nu. 10. in Inſtit. de except. & Eguinarium Batonem in Comment. Inſt. tit. de litterarum oblig.

Ego puto poſt biennium ciuilem, & naturalem obligationem oriri, non ea ratione, quòd ſyngrapha debitoris, obligationem inducat, ſed quia lex præſumit pecuniam numeratam fuiſſe, cùm pleronque non ſoleant debitores ex ſyngrapha obligati, tam diu, ſi pecuniam verè non acceperint, tacere, & exceptionem nó opponere, ſicuti optimè deducit Franciſcus Connanus lib. 1. Comment. Iur. Ciu. c. 6 num. 11. & probatur ex verbis Iuſtiniani, in §. 1. in Inſtit. de litterarum oblig. ibi: *Sic fit, vt & hodie, dum queri non poteſt ſcriptura, obligetur, & ex ea naſcatur, condictio*, &c.

Poſtrema controuerſia eſt, an Ciuitati perpetuò detur exceptio non numeratæ pecuniæ. Affirmant Bald. Ludouic. Rom. & recentiores, ad l. ſi is qui bona, ff. de pignor. eo argumento adducti, quòd Ciuitas ex mutuo non obligetur, niſi probetur, pecuniam mutuatam in eius vtilitatem fuiſſe conuerſam, vt in l. ciuitas, ff. ſi certum petatur.

Sed negat Ripa, in d. l. ſi is qui bona, nu. 10. *Quia diuerſaeſt*, inquit, *exceptio non verſionis, ab exceptione non numeratæ pecuniæ. Altera enim contractus nullitatem reſpicit, altera verò validitatem præſupponit: & exceptio illa non verſionis, præſupponit numerationem factam*. Sic ille. Sed quandoq; bonus dormitat Homerus, non aduertit Ripa, exceptionem non numeratæ pecuniæ continere exceptionem verſionis nó factæ, & in eo fundamentum communis ſententiæ poſitum eſſe.

Declaro: Ciuitas ex mutuo non obligatur, niſi verſio probetur in eius vtilitatem facta. Hoc vt probetur, duo requirũtur; Primùm, pecuniam fuiſſe verè numeratam; deinde, inſumptam fuiſſe in vſus Ciuitatis. Quare ſi perpetuò tueri ſe Ciuitas poteſt, exceptione verſionis non factæ, multò magis defendere ſe poterit, non numeratæ pecuniæ exceptione. Vbi enim numeratio facta non eſt, nec verſio probari poteſt. Quod ſi creditor probata numeratione verſionem quoque probare debet, exceptione ſcilicet oppoſita, multò magis probare tenebitur numerationem factam, eadem Ciuitate excipiente numeratam non fuiſſe. Eandem ſententiam nouiſſimè ſecutus eſt Petrus Nicolaus Mozius, tract. de Contract. tit. de Mutuo. §. Venio ad primam columnam, poſt nu. 18.

CAPVT LXXXVIII.

Vtrum ſi debitori dilationẽ ad ſoluendũ datam creditor prorogauerit, ignorante fideiuſſore, liberetur fideiuſſor.

MAgna eſt Doctorum diſſenſio, vtrum fideiuſſor liberetur, ſi creditor debitori tempus ad ſoluendum datum prorogauerit ignorante fideiuſſore. Etenim liberari affirmant Specul. in tit. de fideiuſſor. §. 1. verſ. Illud autem quæritur, & ibi Ioan. Andr. Ant. Butr. in c. Conſtitutus, de fideiuſſor. & in c. 1. de officio delegati. Felyn. in cap. de Cauſis, col. 3. eod. tit. Natta in conſ. 102. nu. 6. Papienſis in forma libelli, contrà plures reus debendi, §. Solutionem facere recuſauerunt, in fine.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. Item quæritur, §. qui impleto, ff. Locati. vbi Iuriſconſultus: *Qui impleto tempore conductionis remanſit in conductione, non ſolùm reconduxiſſe videbitur, ſed etiam pignorum videtur durare obligatio; Sed hoc ita verum eſt, ſi non alius pro eo in priore conductione res obligauerat, eius enim nouus conſenſus erit neceſſarius.*

Secundum eſt ex l. ſi cùm Hermes, C. eod. tit. *Si cùm Hermes*, inquit, *vectigal, Octauorum in quinquennium continuum conduceret, fidem tuam obligaſti, poſteaque ſpacio eius temporis expleto, cùm idem Hermes in conductione, vt idoneus detineretur, non conſenſiſti, ſed cautionem tibi reddi poſtulaſti, non oportere te de poſterioris temporis periculo adſtringi, competens Iudex non ignorabit.*

Sed contrariam ſententiam habuerunt Ancharanus & Imola, in d. c. conſtitutus, Bald. Angel. & Alex. in l. ſi vnus, §. ſi cum reo. ff. de pact. Iaſ. ad l. 1. nu. 18. C. de Iudicijs. Ant. Gomeſ. Variar. reſol. lib. 2. c. 13. nu. 19. verſ. ſexto & vlt. Quanquam ſupradicti diſtinguere videantur; Vtrum debitor vſque ad certum tempus fuerit obligatus, & ei fideiuſſor acceſſerit; An verò obligatus fuerit ſimpliciter, vt priore caſu fideiuſſor liberetur tempore prorogato debitori; poſteriore non liberetur, quemadmodum diſtinguunt etiam idem Iaſ. in l. lecta, nu. 9. ff. ſi certum petatur, & ibid. Decius, nu. 13. Alciat. nu. 52. Cagnol. nu. 99. Couuar. alios citans ad Rubr. de pactis, in princip. nu. 6. verſic. Quartò apparet fideiuſſorem; & nouiſſimè, alios quamplures commemorans Anton. Teſſaurus, deciſ. Pedemont. 125. & hæc ſententia videtur mihi veriſsima, licet Iacop. de S. Georgio, alia vtatur diſtinctione, ad cuius argumentum poſtea reſpondebitur.

Primum membrum huius ſententię probatur ex duabus legibus, quæ pro priore ſententia allatæ ſunt. Quibus accedant l. Lucius, §. Paulus, ff. de adminiſtr. tutor. & l. Labeo, §. ſi per fideiuſſorem, ff. de Arbitris.

Poſterius autem membrum probatur multis argumẽtis, quibus Iaſon vtitur, in d. l. 1. nu. 18. C. de Iudicijs Sed illud potiſsimùm me mouet, quòd cùm debitor certo tempore ad ſoluendum obſtrictus eſt, etiam elapſo illo tempore tenetur, etſi nó ſoluat, dicitur eſſe in mora, nec fideiuſſor liberatur; Si ergò tempus ei prorogetur, hoc tantùm efficitur ea prorogatione, vt in mora eſſe non dicatur, nec ipſe, nec fideiuſſor eius, & ad hoc tendit ipſa prorogatio, quæ proinde nec nocere creditori debet, nec ad alium finem trahi, præſertim, cùm hodierno iure, nouatio minimè inducatur ex temporis prorogatione, vel aliter, niſi expreſsè dicatur, l. vlt. C. de Nouationibus. Et declarant optimè Caſtr. ad l. penult. ff. de prætorijs ſtipulat. & Iaſ. ad l. 1. §. Et poſt operis, nu. 97. ff. de operis noui nunciatione.

Cæterum Iacop. de S. Georgio, in loco ſuperius annotato vtitur alia diſtinctione: *Aut enim creditor*, inquit, *ſimpliciter tempus creditori prorogauit, aut noua ſtipulatione intercedente, qua ſcilicet debitor eidem promiſit pecuniam debitam reſtituere tempore prorogato. Priore caſu fideiuſſor non liberatur, poſteriore verò liberatur. Ratio eſt: quia nouatione facta, fideiuſſor aut ipſo iure, aut ope exceptionis liberatur, l. vbicunque, ff. de fideiuſſor. Sed nouatio inducitur ex temporis prorogatione, l. penult. ff. de prætor. ſtipulation*. Ergò, &c.

Reſpondeo ex lege Iuſtiniani, Nouationem non induci ex temporis prorogatione, quicquid olim conſtitutum eſſet, id patet ex d. l. vlt. C. de Nouation. ibi: *Vel conditionem, ſeu tempus addideris, vel detraxeris*, &c. *Ex quo veteris Iuris conditores introducebant nouationem, nihil penitus prioris cautelæ innouari*, &c.

Maneat igitur ſententia ſupradicta, quæ veriſsima eſt, & communiter recepta.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum minor læſus in precio rei venditæ, reſtituendus ſit in integrũ, aduerſus venditionem; an verò res vendita retineri poſsit ab emptore, ſi iuſtũ preciũ ei ſupplere velit.

SI minor læſus fuerit in precio rei venditæ, controuertitur, an ſit in integrum reſtituendus, reſcindendaque venditio, an verò ſufficiat, ſi emptor iuſtũ ei preciũ ſuppleat. Et quidem in integrum reſtituendũ eſſe, & ſic reſcindendã eſſe venditionem

A tinnem, ac rem restituendam censuerunt Petr. & Cyn. in l. siquidem, C. de prædijs minor. Castr. ad l. non interest, nu. 4. C. de his quæ metus causa. Pinell. ad l. 2. in 3. par. c. 1. nu. 21. C. de rescin. vend. Natta in cons. 548. nu. 32. & quidam alij, quos commemorat Octauianus Simoncellus, de Decretis, lib. 3. tit. 7. nu. 13.

Argumenta verò sunt ista. Primum ex d. l. siquidem, C. de prædijs minor. in illis verbis: *Si vero iure interposito decreto venditionem vili precio eius possessionis, cuius preciũ ignorabat, fecit, iuxta perpetui edicti autoritatem in integrum restitutio, causa tamen cognita, prabetur.*

Secundum argumentum est ex l. quod si minor, §. restitutio, ff. de minoribus in illis verbis: *Itaque si in vendendo fundo circunscriptus restituetur, iubebit Prætor emptorẽ fundum cum fructibus reddere, & precium recipere.*

Tertium est ex l. patri, §. item ex diuerso, ff. eo. ti. ibi. *Si minore precio quam oportuit, vendiderit Adolescens, emptor quidem iuberi debebit prædia cum fructibus restituere, &c.*

B Sed contrariam sententiam amplexi fuere Glos. Bart. Salic. & Bald. in d. l. siquidem. Glos. & Alber. in l. patre, §. si pecuniam, ff. de minor. Barto. & Iacop. ad l. si res, §. si mulier, ff de iure dotium. Et quamplures alij, quos refert & sequitur Sfortia Oddus, de Restitutione in integrum. q. 57. art. 4.

Arguměta sunt duo potissimũ. Primũ ex d. l. si res, §. si mulier, in illis verbis: *Enimverò, si in æstimationis modo circumuěta est, erit arbitrium mariti, vtrum iustam æstimationem, an potius seruum præstet,* &c. Et Paulo infra: *Idemque & in minore circumuenta, Marcellus probat,* &c.

Secundum argumentum est huiusmodi. Restitutio tãtum minori præstat, quantum ei abstulit læsio, l. quod si minor, §. Restitutio, ff. de Minor. Sed læsio fuit circa precium, Ergò si precium iustum minori refundatur, satisfactum esse videtur restitutioni. Ego priori sententiæ magis accedo, quam confirmo ex c. 1. de in integrum restit. ibi: *Requisiuit à nobis tua fraternitas, quid agendum sit de possessionibus, Laicis sub modico censu concessis. Noueris itaque, quod si Ecclesia læsa est,* &c. Et paulò post: *Et Ecclesia iure Minoris debeat semper illæsa conseruari, quæ in dãnum eius data constiterit, ad ipsius conuenit ius & proprietatem redire.*

C Non obstant argumenta contrariæ opinionis. Nam quod attinet ad primum, illud speciale est inter virum & vxorem, de rebus in dotě datis, vt patet ex d. lege, neq; enim conuenit ita facilè inter coniuges rescindi ea quæ gesta sunt, si modo indemnitati mulieris succurratur.

Cæterum, in alijs leges sunt apertæ, quibus constitutum est, rem venditam restituendam esse minori, & contractum rescindendum. Porrò quod textus dicit: *Idemq; in minore circumuenta Marcellus probat*, de muliere minore circumuenta accipiendum est circa dotem.

D Ad secundum autem argumentum respondetur, vt tantum minori restituatur, quantum ei abstulit læsio, fundum esse restituendum vnà cum fructibus, sicuti declarant Iurisconsulti, in dictis legibus allegatis, & patet euidenter: Nam si duntaxat iustum precium emptor solueret, non ex eo tantum haberet minor, quantum habuisset si non vědidisset, habuisset enim rem & fructus, iam vero precium rei duntaxat consequitur, & nullos fructus.

Quod si contractus rescindatur, & res minori restituatur, tunc in integrum restitutus esse videbitur, & omnis disputatio auferetur.

Quamobrem, & Iurisconsultus in d. §. Restitutio, post quam dixit: tantum restitutionem afferre, quantum abstulit læsio, subdit: *Itaque, si in vendendo fundo circunscriptus restituetur, iubebit Prætor emptorẽ fundum cum fructibus reddere, & precium recipere.*

CAPVT XC.

Controuersia aliquot de certi condictione, ad interpretationem l. certi condictio, ff. si certum petatur.



Espondit Vlpianus in l. certi condictio, ff. si certum pet. Certi condictionem competere, etiam ex causa legati, & ex lege Aquilia, sed quia legis Aquiliæ actio ita comparata est, vt ex rei negatione in duplum sequatur condemnatio, l. contra negantem, C. de lege Aquilia, disputatio nascitur, an & certi condictio ex lege Aquilia dupli condemnationem cõtineat. Et non est eadem omnium sententia. Nam Accurs. quidem, Bart. Bald. Castr. Alex. Ias. Dec. Et Alci. in Cõment. dictæ legis, negant, sed Zasius lib. 1. Singular. respons. c. 14. contrariũ docet, non rectè, iudicio meo.

Fundamentum communis sententiæ, negantia ad duplum competere, positum est in l. item veniunt, §. cum prædiximus, ff. de petitione hæreditatis, vbi text. dicit: *In hæreditatis petitione actiones omnes hæreditarias venire, et ideo actionem etiam ex lege Aquilia, non tamen cum suo incremento, licet enim ex inficiatione crescat, ad simplum tamen dabitur.* sic Iurisconsultus. Vnde, ex eo responso colligitur, idem esse statuendum in certi condictione, quæ ex lege Aquil. datur, vt scilicet non detur cum suo incremento, sed ad simplum tantum.

Zasius verò sic argumentatur, vt inprimis demõstret, textum in d. §. cum prædiximus, nil probare: Nam cur in petitione hæreditatis, duplum actor consequi non possit, illam esse rationem disputat, quod ad hæredem nil aliud trãseat, nisi ius, quod defunctus habuit. Defunctus autem non habuit ius consequendi duplum, sed tantum simplum, quia nondum instituta erat actio ex lege Aquilia, ante mortem defuncti. Consequenter nec inficiatio locum habuerat.

Secundo, adsert tex. in d. l. certi condictio, §. cum prædiximus, ac illud perpendit, quod simpliciter Iurisconsultus tradit ex lege Aquilia certi condictionem competere, nec ad simplum eam restringit.

Tertio argumentum adsert huiusmodi; Si quis agat condictione ex lege Aquilia, tolluntur omnes aliæ actiones ex eadem causa competentes, l. duobus, §. exceptio, ff. de iureiurando. Ergo negante Reo, nunquam Actor duplum consequetur, non enim ex condictione, si vera sit communis sententia, non etiam ex lege Aquilia, quia actio ex ea competens, sublata est; hoc autem est absurdum. Ergo & absurdum esse videtur, quod communis sententia docet, nempe, ad duplum certi condictionem ex lege Aquilia non extendi.

Respondeo ad primum. Ius dupli consequendi defuncto competijsse, si non actu, saltem potentia, vt loquuntur Scholastici Doctores, nam cum haberet actionem ex lege Aquilia, consequens est, vt & ius ad duplum consequendum haberet, ex negatione rei conuenti, & sic ad hæredem transiret, ac in petitione hæreditatis comprehěderetur. Sed quia petitio hæreditatis hoc respectu subrogata esse videtur loco actionis ex lege Aquilia, Iuriscõsultus respondit in d. §. cum prædiximus, subrogatã quidem esse, sed tamen non cum incremento, quod ex inficiatione proficiscitur, id enim non est proprium petitionis hæreditatis.

Ad secundum argumentum ita respondeo, licet Iurisconsultus in d. l. certi condictio, simpliciter affirmet certi condictionem competere, etiam ex lege Aquilia, nihil tamen proponitur, cur interpretatione illud ita accipiendũ non sit, quemadmodum in hæreditatis petitione constitutum est, vt scilicet absque incremento detur.

Ad tertium respondeo, actorem sibi imputare debere, cur non elegerit actionem ex lege Aquilia potius, quam certi condictionem, quoties enim plures actiones competunt, vnam eligere Actor debet, l. quod in hærede, §. eligere, ff. de tributoria. Si non eligat meliorem, sibi

imputet, nec dicat absurdum esse, q ab alia excludatur.

Altera est controuersia, Vtrum certi condictio competat ad interesse. Affirmant competere Bartol. & Glos. hoc in loco, Castr. nu. 8. Alex. nu. 16. Socin. nu. 25.

Quorum illud est fundamentum, quòd certi condictio ex lege Aquilia competat, & sic ad damni emendationem, quod nihil aliud esse videtur, quam interesse dãnum passi.

Sed contraria sententia videtur mihi verissima, quam eodem in loco secuti sunt Cuma. Fulgos. Alber. Ias. Dec. Alciat. & Zas.

Probatur eo argumento, quia ad id, quod interest, incerti condictio competit, vt patet ex l. vlt. ff. si quis in ius vocatus, nõ ierit, & ex l. 3. ibi, incertæ actionis, C. de inutil. stipul. si competit incerti condictio, ergò non certi.

Nec obstat quòd ex lege Aquilia competere dicatur; quia intelligitur, si certa quantitas exprimatur. Nam certi condictio competit ex omni causa, ex qua certum petitur, certum aũt dicitur, quod apparet, qd, quale, & quantum sit, l. Certum, ff. eo. tit. Interesse autẽm incertum est, vt ex probationibus testium, quid, & quantum sit, declaratur, vt proinde certa quantitas in actione instituta cõprehendi non possit.

Sed nec illa est prætermittenda controuersia, olim agitata inter Citramontanos & Vltramontanos, hoc est, inter Doctores Gallos & Italos, vtrum scilicet pro mutuo competat certi condictio specialis: nam Barto. affirmat, quẽm cæteri Doctores Citramontani sequuntur, in comment. d. l. certi condictio. Sed Petr. à Bellapertica & cæteri antiquiores Galli, quib. & Zasius adstipulat, negãt.

Ego Italus, Italorum sententiam probo. Primò ex §. 1. in Institutionib. Quibus modis re contrahitur obligatio. *Ex eo contractu,* inquit, *mutui, nascitur actio, quæ vocatur certi condictio.*

Secundò ex §. Sequens, in Inst. de actio. ibi: *Earum verò actionum, quæ in personam sunt, ea quidem, quæ ex contractu nascuntur, ferè omnes rei persequendæ causa comparata videntur, veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum pecuniam petit actor,* &c. Illa verba, *quibus mutuam pecuniam,* &c. indicant plures actiones pro mutuo dari, & sic nõ solum generalem, sed etiam specialem certi condictionem.

Tertiò ex l. 1. ff. de condictio. triticar. ibi: *Qui certam pecuniam numeratã petit, illa actione vtitur, si certũ petetur.*

Quartò mutuum contrahitur iisdem modis, quibus indebitum, §. 2. in Instit. Quibus modis re contrahitur obligatio. Præclarè Cuiacius lib. 8. Obseru. capit. 34. Sed pro indebito competit specialis actio, scilicet, condictio indebiti, Ergo & pro mutuo.

Quintò. Contractus nominati actionem specialem pariunt, veluti ex empto, locato & similibus, l. iuris gentium, ff. de pact. Sed mutuũ est cõtractus noiatus. Ergò,

Sextò. Ex stipulatione oritur certi condictio specialis, vt in Inst. de verb. oblig. in princip. Ergò similiter & ex mutuo.

Septimò probatur ex l. qui mandatum suscepit, ff. mãdati. vbi dicitur. Eum, qui mandato alterius mutuauit, actiones cedere debere. Ergò plures sunt actiones, non vna tantum pro mutuo.

Non obstant argumenta contrariæ opinionis, quorũ primum est illud, quod agens condictione ex mutuo speciali, eodem modo concludere debeat, quo ageret condictione generali. Ergò vnica tantum actio competit. Respondeo, ambas actiones ad eundem finem tendere, & hoc in argumento probari, sed quò minus ambæ competant, non infertur.

Secundum argumentum. Si certi condictio specialis pro mutuo competeret, & simul etiam generalis, nulla esset ratio, cur etiam pro alijs contractibus nominatis cõpetere non deberet. Sed pro alijs non cõpetit, Ergò nec pro mutuo. Respondeo, alios contractus nominatos proprias actiones producere, nec indigere certi condictione speciali, mutuum verò certa condictione speciali à legib. adiuuatur, quemadmodum & stipulatio, & indebiti condictio.

Tertium argumentum. Cum certi condictio generaliter detur pro omnibus contractibus, in quibus certũ petitur, frustrà exigitur specialis pro mutuo. Respõdeo, nõ frustrà, quia nostra interest, plures actiones habere, & constat non frustrà specialem hypothecam eum habere, qui & generalem habet, Sed de scholastica quæstione hactenus.

CAPVT XCI.

Vtrum difficultas excuset debitorem à mora.

Difficultatem soluendi non excusare quantitatis debitorem a mora, existimarunt Bart. in l. quod te, nu. 14. ff. si certum petat. Bald. Ang. & Alex. sequentib. argumentis. Primũ est ex l. continuus. §. illud, ff. de verb. ob. ibi: *Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet,* &c.

Secundum est ex l. incendium, C. si certum pet. *Incendium ære alieno non liberat debitorem.*

Tertium. Qui non potest soluere, nisi cedat bonis, in carcerem conijcitur, l. 1. C. qui bonis cedere possunt. Sed nemo in carcerẽ conijcitur, nisi sit in mora, argumento l. 3. §. tutores, ff. de suspectis Tutor. Ergò difficultas nõ excusat à mora.

Quartum est ex l. mora, §. bonæ fidei, ff. de vsuris. vbi filiusfamilias est in mora, qui tamen eo tempore nihil habebat, præter bona castrensia vel quasi.

Quintum ex l. ad diem, ff. de verb. obli. ibi. *Committetur pœna, licet non sit hæreditas eius adita.*

Sextum ex l. vlt. ff. de Nautico fœnore. ibi. *Tamen committi perinde pœna potest, ac si fuisset hæres debitoris.*

Sed contrariam sententiam secuti sunt antiqui Doctores, quorum Bart. mentionem facit, quib. Paul. Cast. Salic. Fulgos. Roman. Aret. Dec. Curt. & Cagnol. in d. l. quod te, nu. 109. adstipulantur, & ipse hoc in loco etiam adstipulor.

Probatur primò hæc sententia ex moræ definitione, quæ non conuenit in eum, qui propter difficultatem nõ soluit, sic enim describi solet, teste Ripa, in d. l. quod te. *Mora est debiti soluendi, vel crediti recipiendi improbata dilatio.* vel sic: *Mora est delictum in debito soluendo, vel recipiendo commissum.*

Secundò, difficultas excusat à culpa, l. si procuratorem, §. si ignorantes, ff. mandati. Ergò & à mora, quia sine culpa mora non committitur, l. sciendum, ff. de vsur.

Tertiò. Probatur ex l. Thais, §. 1. ff. de fideicõmissariis liber. ibi: *Non quidem imputandum heredi, si pro commoditatib. rei suæ administrãda æs alienũ tardius soluerit,* &c.

Quartò ex l. diuortio, ff. de negotijs gestis. ibi: *Non enim è vestigio in officio delinquit, si non protinus res suas distraxerit, ad pecuniam redigendam,* &c.

Postremò probatur ex l. datio, §. si per venditorem, ff. de actio. emptio. ibi: *Mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus tradat.*

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respõdeo. Quod dicitur in dicto §. illud, ad moram de qua agitur, ob difficultatem excusandam non pertinere, sed ad obligationem ipsam debitoris, quæ inducitur, tamet si debitor difficultate opprimatur, vnde & textus dicit, *pertinere ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris.* Is enim actionem habet contra promissorem, qui difficultate non obstante, eidem est obligatus.

Ad secundum eadem responsio valet, quia propter incendium debitor non liberatur, & sic difficultas obligationem non impedit, neque tollit.

Ad tertium respondeo; Debitorem, qui non soluit ob difficultatem, non ideo excusari, quo minus in carcerem conijciatur, & soluere cogatur, vel bonis cedere, quia vt dictum est, difficultas non liberat debitorẽ, nec eũ excu-

sat

sat, quò minus soluere teneatur, sed non sequitur talem debitorem, quo ad alios Iuris effectus, qui ex mora descēdunt, ab ipsa mora non excusari propter difficultatem.

Ad quartum respondeo, filiumfamiliàs eo tempore bona castrensia, & quasi habuisse, & alia etiam in certis casibus.

Ad quintum, & ad vltimum respondeo, leges in argumentis allatas loqui specialiter de his obligationibus, quibus dies & pœna est adiecta, ac proinde, stricto iure censentur, ita vt rei difficultas à pœna minimè excuset.

CAPVT XCII.

Vtrum depositum, quod Doctores nostri vocant confessionatum, eodem Iure censeri debeat, quo verum & reale depositum.

IN deposito multa sunt singulariter constituta, sicuti constat ex l. si quis, & ex lege vltima, & ex alijs legibus. C. Depositi. Sed vtrū B hæc singularia locum habeant in deposito, quod vocatur à Doctoribus, confessionatū, cùm scilicet quis fatetur ex causa depositi, se rem debere, vel pecuniam, licet vel non acceperit, vel ex alia causa acceperit, non est eadem omnium sententia.

Negant enim locum habere Bald. in cons. 384. lib. 1. Socin. sen. in cons. 143. lib. 1. Boer. decis. 295. nu. 8. Quorum illud est præcipuum argum. quod non videtur verum depositum, nec leges de tali deposito loquuntur, sed de vero & reali deposito, vt patet ex d. l. si quis, C. Depositi. *Si quis pecuniam, vel aliam rem*, inquit, *per depositionis titulum accepit*, &c. Illud verbum (*accepit*,) significat veram & realem traditionem, seu numerationem factam.

Huc accedat, quod & in dote respondit Glos. in l. Assiduis, C. qui potiores in pignore habeantur, in verbo, Datæ. Nempe, priuilegia dotis locum habere in dote data tantùm, non in alia; Et denique, depositum verum executionem paratam habere dicitur, vt patet ex d. l. si quis, C in illis verbis: *Illicò modis omnibus compellatur*, &c. Tale aūt depositum, de quo agimus, sola confessione debitoris nititur, quæ quidem extra iudiciū facta, paratam non habet executionē, l. Certū, §. si quis absente, ff. de Confessis.

Sed contraria sententia mihi magis probatur, quam secuti sunt Paul. Castr. in cons. 170. lib. 2. Angel. Aret. in §. præterea, in Inst. Quibus modis re contrahitur obligatio. & alij, quos refert & sequitur Rolan. à Valle, in consil. 17. libro 1.

Probatur hæc sententia. Primum, argumento sumpto ex l. in contractibus, §. 1. C. de non numerata pecun. vbi dicitur. Exceptionem non numeratæ pecuniæ locum non habere, in instrumentis depositarum rerum. Sunt autem talia instrumenta confessionum, in quibus scilicet, aliquis se ex causa depositi, debitorem esse fatetur, & sic in tali deposito idem constitutū est, quod in vero & reali deposito.

Probatur secundò. Nam & in deposito irregulari, vt D vocant, cùm scilicet conuenit, vt non idem, sed tantundem restituatur, seruatur tamen idem Iuris, quod in vero deposito, quantum ad vsurarum præstationem, vt in l. Lucius, 24. & in l. seq. §. 1. ff. Depositi.

Denique probatur ex communi sententia Doctorum, à simili; Nam priuilegia dotis locum habere, etiam in dote confessata, (ita enim placet vocabulis Scholasticorum vti, quò res eadem à nobis doceri videatur, non autem diuersa) vbi lapsum est tempus opponendi exceptionem non numeratæ dotis, vel renunciatum est tali exceptioni, communi sententia receptum est. Vide Bart. & alios Doctores, in d. l. Assiduis, Afflictum decis. 402. Couuar. lib. 1. variar. resol. c. 7. Ergò & in deposito idem esse statuendū, vtī, vbi non numeratæ pecuniæ exceptio opponi non pōt.

Ad primum arg. contrariæ sententiæ respondeo. Probari ex confessione ipsius depositarij pecuniam, vel rem traditam & numeratam fuisse, si præsupponatur, non numeratæ pecuniæ exceptionem opponi non posse: nam confessio probat contra confitentem, l. Pecunia, C. de solut.

A Alex. in consil. 25. lib. 2. & alij à Rolan. citat. d. consil. 17. num. 9. lib. 1.

Ad secundum respondeo, Glossam illam communiter reprobari, vt dictum est.

Ad tertium respondeo, hic non agi de simplici confessione, sed de confessione ex causa depositi, cùm scilicet quis fatetur se accepisse rem ex causa depositi, confessio probat depositum intercessisse. Depositum verò executionem paratam habet, vt scilicet depositarius illicò modis omnibus rem reddere compellatur. Itaq; hunc effectum non producit confessio, sed confessionis causa, nempè, depositum. Vnde argumentum cessat.

CAPVT XCIII.

Vtrum habens mandatum ad vendendum, vel locandum rem alterius, censeatur etiam illud habere ad precium accipiendum rei uenditæ, uel locatæ.

EVm, qui mandatum habet ad vendendum, vel locandum rem alterius, non habere in consequentiam ad precium recipiendum rei venditæ, vel locatæ, respondit Ludouicus Romanus Sing. 23. & in consil. 461. autoritate l. 1. §. Igitur præpositio, ff. de Exercit. actio. Vbi textus dicit, Præpositum à Magistro nauis ad locandam nauem, exigere non posse vecturas.

Secundò, ex l. Sed si tantum, & ex l. hoc iure vtimur, ff. de solution. quibus in locis dicitur, Procuratorem constitutum ad agendum, pecuniā debitā exigere non posse.

Tertiò, ex c. Nicolao, de Appellatio. vbi dicitur, Procuratorem constitutum ad impetrandum Iudicem, litem instituere non posse, cùm tamen illud sit præparatorium litis, vt vulgò loquimur.

Sed contraria sententia mihi magis probatur, quam se C cuti sunt Bart. in l. Filiæ, ff. de solut. Decius in consil. 330. num. 3. Benuenutus Stracha, de Mercatura, tit. de Mandato, num. 23.

Probatur hæc sententia ex l. quod seruus, ff. de solut. in illis verbis: *Sed etsi quis pecuniam dominicam fœneratus esset à seruo, si permissu Domini seruus negotium dominicū gessisset, idem Iuris est. Videtur enim voluntate eius qui cum seruo negotium contraherent, & ab eo accipere, & ei soluere.*

Respondet Rom. Iurisc. loqui de Procuratore generali, qui administrationi alicuius rei generaliter præfectus est, veluti peculij dominici; Is enim oīa expedire potest quæ Dn̄s, & sic mutuare, vendere, precium accipere, & alia facere, quæ ad talem administrationem pertinent. Secus in procuratore specialiter dato ad aliq̄ rem vendendam, vel locandam. Non rectè: quia hæc responsio congruit primæ parti legis, non aūt secundæ, quę in argumēto adfertur. Prioris partis verba hęc sunt: *Quòd seruus ex peculio suo credidisset, aut deposuisset, id siue vendisset, siue ma* D *numissus esset, rectè solui potest*. Hæc verba pertinent ad seruum habentem generalem peculij administrationem. Sequentia aūt pertinent ad seruū particulari negotiationi præpositum. *Sed etsi*, inquit, *quis pecuniam Dominicam ab eo fœneratus esset, si permissu Domini*, (Vides negotiationem peculiarem esse fœnerandi pecuniam) *Seruus negotium dominicum gessisset, idem Iuris est*, &c.

Ad primum argumentum Ludouici Romani respondeo, Iurisc. in d. l. 1. §. Igitur præpositio, loqui de seruo præposito ad locandum tantùm, non ad exigendum, vt patet ex verbis legis. Ibi: *Vel si ad locandum tantum, non ad exigendum*, &c.

Ad secundum respondeo, leges allegatas loqui de Procuratore dato ad lites, cui rectè solui non potest, quia iudicati actionem non habet. Vndè, & in legibus allegatis dicitur absurdum esse, ei, antequam iudicatum sit, solui, cui actio iudicati non datur.

Ad tertium respondeo. Textum in d. cap. Nicolao, loqui de rebus ac negotijs separatis ac diuersis, nec se

inuicem consequentibus, aut connexis. Aliud est enim Iudicem impetrare. Aliud verò litem instituere, quãuis impetratio Iudicis viam aperiat ad litis institutionem. Ita etiam dicimus, Vicarium Episcopi ex mandato resignationem beneficij recipere posse, non tamen ex eo beneficium conferre posse, quamuis resignatio viam collationi muniat. Vide Felyn. in c. causam quæ, nn. 7. de sententia & re iudicata. At in quæstione nostra negotia sũt connexa, & se inuicem contingentia & consequentia. Nam venditio fit certo precio conuento, similiter & locatio. Quare, si mandauero, vt rem meam vendas, illud etiam mandare videor, vt de precio conuenias, & illud accipias nomine meo.

CAPVT XCIV.

De societate, in quam alter pecuniam confert, alter operam & industriam, vtrum pecunia videatur esse communicata, atque ideo finita societate, diuidenda sit.



CVm ea contrahitur societas, in quam alter pecuniam, alter vero operam & industriã cõfert, controuersi Iuris est, vtrum finita societate, pecunia sit diuidenda, tanquam communis effecta.

Et diuidendam existimarunt Accurs. Bart. & Alberi. ad l. 1. C. pro socio, necnon Didac. Couuar. lib. 3. Variar. resol. cap. 2. nu. 2.

Quorum argumenta sunt ista. Primũ, Nam quod in societatem confertur, videtur communicari, l. 1. & 2. ff. pro socio. Vnde & lex vtitur verbo illo *Conferenti*, quod significare videtur cõmunicationem, in l. 1. C. pro socio.

Secundum. Nam industria pecuniæ comparanda est, si ea sit, quæ pecuniæ possit æquiparari, sed si hinc inde pecunia conferatur, palam, est, diuidendam esse tempore societatis finitæ.

Tertium. Nam societatis contractus ita debet interpretari, vt inter socios æqualitas seruetur, l. si non fuerit, ff. pro socio. Sed si non esse pecunia diuidenda, inæqualitas oriretur, alter enim industriam & operam amitteret, qui verò pecuniam ponit, eam haberet saluam.

Contrariam sententiam habuerunt Bald. Cast. & Io. Sicard. in d. l. 1. C. pro socio, quibus & ipse assentior, eo argumento, ꝙ in proposita specie non ea videtur intentio sociorum esse, vt pecuniæ proprietas videatur esse cõmunicata, sed tantum eius vsus & commoditas, quemadmodum de eo, qui agrum colendum accepit, & eo nomine societatẽ contraxit, responsum est in l. cum duobus, §. si in coeunda, ff. pro socio. Itaque sic interpretor hunc cõtractum, vt vsus & commoditas omnisq; vtilitas ex industria proueniens, & similiter ex pecunia, communis sit inter socios, ac pro indefinita societate diuidenda, nõ autẽ pecunia ipsa. Etenim oriretur summa inæqualitas inter socios, quia pecuniam conferens, duplex incommodum sentiret, si fortè finita societate sola pecunia remaneret. Alterum, ꝙ dimidiam partem pecuniæ amitteret. Alterum, ꝙ ociosam pecuniam habuisset, nec vllum ex ea fructum percepisset, cum tamẽ facilè percipere potuisset, eam in emptionem prædiorum, aut aliarum rerum similium collocando. Alter verò vix vllum incommodum sentiret, quandoquidem dimidiam pecuniæ partẽ consequeretur.

Non obstant argumenta contrariæ sententiæ. Nã ad primum negatur, pecuniam videri communicatam, quãtum ad eius proprietatem & dominium, Nec quicquam facit l. 1. & 2. ff pro socio, quia loquuntur de ea societate, in qua omnia bona hinc inde communicantur.

Non obstat verbum *Conferenti*, de quo in l. 1. C. pro socio, quia intelligitur quantum ad vsum, & commoditatẽ.

Non obstat æquiparatio pecuniæ & operę, quia intelligitur quoad vsum, vtilitatem, & commoditatem, vt patet ex d. § si in coeunda.

Non obstat vltimum argumentum, quia nulla est inę-

A qualitas; Id patet: Nam qui industriam posuit, illud hẽt incommodi, ꝙ frustra laborauit, & nullum percepit emolumentum, cum tamen fortasse precepisset, si operam suã locasset alibi. Qui verò pecuniam contulit, illud habet incommodi, ꝙ frustra eam contulit, ꝙ nihil ex ea lucratus est, cum tamen fortasse lucraturus fuisset, si in alios vsus eam erogasset. Quare nisi ego fallor, omnia hinc inde sunt æqualia iura sociorum.

CAPVT XCV.

Cum in societatem alter pecuniam, alter operam ac industriam confert, vtrum, si pecunia fuerit amissa, periculum sit commune.



QVatuor sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima periculum amissionis pecunię, commune esse inter socios, ita Salicet. & Fulgos.
B post Oldradum & Ricardum Malumbr. in l. 1. C. pro socio.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. cum duobus. §. quidam sagariam, ff. pro socio. ibi. *Damnum esse commune, ideoque pro socio actione, damni partem dimidiam agnoscere debere*, &c.

Secundum. Nam si commune non esset damnum, æqualitas in societate non seruaretur hoc in casu, quia is, qui pecuniam ponit, nec fructum ex ea perpciperet, & pecuniam ipsam amitteret. Alter verò vnicum duntaxat damnum sentiret, amissionis operarum.

Tertium argumentum est ex l. si non fuerint, ff. pro socio, vbi dicitur, valere pactum inter socios huiusmodi, vt qui operam confert, damnum non sentiat amissionis pecuniæ. Ergò si tale pactum non intercedat, damnum erit commune.

Postremum argumẽtum. Is, qui operam & industriã confert, nihil amisisse videtur, si adhuc viuat, quia poterit
C aliàs operari; & ex opera, ac industria sua lucrari, si verò mortuus sit, nihil eo nomine debetur hæredi, neque enim societas morti causam præbuit. Cum ergo nihil dãni sentiat ex operarum amissione, æquum esse videtur, vt pro sua parte, iacturam sustineat pecunię deperditæ.

Secunda est sententia sic distinguens; Aut statim contracta societate, ante vllas ferè operas exhibitas, perit pecunia, & damnum commune esse debet, Aut, ex interuallo temporis, post operas exhibitas, & tunc secus: quia damnum ad conferentem pecuniam pertinebit. Ita Petr. & Cyn. in d. l. 1. C. pro socio. Cuius sententiæ ea est ratio: quia ante operas exhibitas, nihil videtur is contulisse in societatem, qui operam & industriam conferre debuit & nihil prorsus amisisse videtur, alter verò pecuniæ collatæ iacturam solus faceret, quod iniquum esse videtur.

Tertia est sententia ita distinguens; Aut opera & industria æquiualet, non solum vsui pecuniæ, sed etiam dominio & proprietati, & tunc amissionis damnum ad eũ
D pertinet, qui pecuniam dedit. Aut æquiualet vsui duntaxat pecuniæ, & tunc damnum amissionis commune erit inter socios. Ita Corn. & alij, quos refert & sequitur Socin. sen. in cons. 165. libro secundo. Huius sententiæ ea est ratio: ꝙ priore casu tantum amisit is, qui industriam cõmunicauit, quãtum is, qui pecuniam contulit. Quare æquum esse non videtur, ut etiam damnum amissionis pecuniæ aliquã ex parte patiatur; Vbi verò opera nõ ęquiualet dominio & proprietati pecuniæ, is, qui operam ponit, non amittit tantum, quantum is, qui pecuniam dedit, meritò subire debet damni partem, quod ex amissione pecuniæ accidit.

Postrema est sententia, longè vt mihi videtur, probabilior; Pecuniæ amissæ damnum, ad eum duntaxat pertinere, qui eam contulit, ita docuerunt, Accurs. Bart. Ang. Castr. & Bald. ad d. l. 1. C. pro socio: necnon Mart. Nauar. alios commemorans in Manual. Confessar. capite decimoseptimo, de vsura in societ.

Probatur hęc sententia, quia secundum iuris regulas,

ies

res perit domino suo, l. pignus, C. de pignor. actio. Sed A pecuniæ dominus est is, qui eam contulit, vt dictum est in præcedenti capite. Ergo illi soli perit, non alteri.

Secundò probatur: quia oriretur inæqualitas inter socios, si damnum esset commune. Etenim is, qui operam ponit, duplici afficeretur incommodo: altero, quòd operam ac industriam amitteret; altero, quòd sentiret partem dãni. Alter uero non totam pecuniam amitteret, sed partem duntaxat.

Tertiò. Quia hoc in casu si commune esset damnum, nullum is, qui pecuniam conferret, periculum subiret amittendæ in totum pecuniæ. Tale autem societatis genus, non procul abest à fœnore & vsuraria prauitate, ex traditis in c. plerique, 14. q. 3. per Panormitanum, in c. per vestras, de donat. inter virum & vxor. per Nattam in consi. 403. & 404.

Non obstant argumenta diuersarum sententiarum. Nam ad primum prioris sententiæ argumentum respondeo, tex. in d. §. quidam sagariam, non loqui de societate B nostra, sed de ea societate, in quam pecunia utrinque confertur. Id patet ex illis verbis text. *Eum, qui profectus est ad merces comparandas, suam pecuniam perdidisse.* Intelligitur enim de pecunia, quam in societatem contulit, quia idem textus paulo infra loquitur de alia re propria amissa. Quod si pecuniam contulit is, qui ad merces cõparandas proficiscebatur, & consequenter pro socio laborabat, operamq; simul conferebat, verisimile est, alterum quoque socium pecuniam contulisse.

Ad secundum argumentum respondeo. Inęqualitatẽ non oriri; immo maximam ęqualitatem, quia quod in argumento dicitur, operam conferentem, damnum sentire amissionis operarum, respondet damno, quod alter sentit ex amissione pecuniæ. Quod si commune sit damnum amissæ pecuniæ, tunc qui pecuniam dedit, eam totam non amittit, & alter totius industrię iacturam facit, & simul particeps est alterius damni, quod æqualitati repugnat. C

Ad tertium respondeo. Negando consequentiam. Nam etsi tale pactum fieri possit, vt damnum pecuniæ non sentiat is, qui industriam & operam confert, non tamen sequitur cessante tali pacto, damnum esse commune, sed potius argumentum præstat, tale pactum ideo ualere, quia æquitati & iustitiæ sit consentaneum, ut solus damnum sentiat is, qui pecuniam contulit.

Ad vltimum argumentum respondeo, negando eum qui industriam contulit, nihil amisisse, licet uiuat, & aliàs operari possit. Nam quod frustra laborauerit, nullumq; ex industria fructum retulerit, id vero damni species est minimè obscura.

Quòd attinet ad distinctionem Petri & Cyni, respondeo, non esse ullam rationem habendam, quòd ante operas exhibitas pecunia fuerit amissa, quoniam id casu fortuito accidisse videtur, & ex infortunio quodam, cui subiacet is, qui pecuniam dedit, quodque proinde æquo animo ferre debet. Si alter nihil amiserit operarum, id casu D euenit, paratus enim erat operas præstare: vnde non idcirco infortunium participare eum oportet, qui nec pecuniæ partem obtinuit.

Denique quod attinet ad Cornei, & Socini distinctionem; illa ratio nihil mouet, quod si opera usui duntaxat pecuniæ æquiualet, damnum sit commune, quia, vt iam sæpè dictum est, plus damni sentiret is, qui ponit industriam, quàm alter; licet enim amissioni pecuniæ in totum non respondeat, & ęquanda non sit amissio operarum, sibi tamen imputet is, qui industriam & operam pro pecunia valere existimauit, atque ea lege societatem iniit, nec iam uelit socium & operæ, & pecuniæ damnum sustinere, cum ipse pecunię duntaxat sustineat.

CAPVT XCVI.

De metu reuerentiali, Controuersia.



Communis est sententia Doctorum, ea quæ gesta sunt reuerentiæ causa, veluti metu quodã, rata non esse habenda, si aut minæ præcesserint, aut læsio intercessent. Vide Couuar. in Epitomæ de sponsal. par. 2. §. 6. nu. 4. & Menoch. de arbitr. iud. casu 136.

Fundamentum habet in l. 1. §. Quæ onerandæ, ff. quarum rerum actio non detur, in illis verbis: *Tamen causa cognita, si liquidò appareat, libertum metu solo, vel nimia Patroni reuerentia ita se subiecisse, vt vel pœnali stipulationi se subiiceret*, &c. Item in l. penult. ff. de furtis, ibi: *Et hoc modo Patronus quoque liberto, & is, cuius magna verecundia*, &c.

Cæterum, aduersus hanc sententiam Franc. Duaren. argumentatur, in commentarijs ad tit. De eo quod metus causa: *Respondeo*, inquit, *non esse locum restitutioni, quòd nulla sit mentio eius reuerentiæ sub hoc titulo, neque in Pãdectis, neque in Codice. Quam sententiam confirmo aliis exemplis.* Vnum est in l. si Patre cogente, de ritu Nuptiarum: *Cogente enim, interpretor, imperante. Matrimonium enim iusto metu cogente factum, nullum esset, vt cætera metu facta. & tamen contractum reuerentiæ metu, firmũ est. Similis locus est in l. Fideiussor. §. 1. de pignor. vbi Pater obligat prædium filii sui, & filius scribit instrumentum obligationis, re enim oppignorata, metu restitueretur filius.* Verum quia *metu reuerentiæ tantum coactus est, scribit rectè contractum esse pignus, & silentium eius, loco consensus haberi.* Obijcitur nobis l. penult. inst. de furtis, vbi ait: *Si Patronus rem liberti contrectet eo præsente, & non contradicẽte metus reuerẽtia, potest dici metu fecisse. Videbatur tamen furtum non esse, quia furtum est contrectatio rei alienæ inuito Domino, & sic, qui volente Domino contrectat, non est fur. Vult autem, qui non contradicit: videbatur igitur hic consensisse libertus, ob reuerentiam: dicitur tamen Patronus non ideo minus furtum fecisse, quia libertus ob reuerentiam Patrono debitam non contradixit. Obiicitur & l. 1. §. Quæ oneranda, infra, quarum rerum actio non datur, vbi adiectum liberto, oneranda libertatis gratia, propter nimiam Patroni reuerentiam exigi non potest. Vulgo distinguunt, iuxta l. interpositas, C. de Transactio. Sed hanc distinctionem nunquam probam. Itaque breuiter ita respondeo ad d. l. penult. Expendenda est diligenter species. Quæstio est, an libertus tacens & non contradicens, sit intelligendus consensisse & permisisse; respondetur non consensisse. Hic enim agitur de præsumptione, quæ, vt alibi diximus, alteri cedit præsumptioni. Nam præsumptio consensus, cedit præsumptioni reuerentiæ. Præsumimus enim libertum consensisse, quia ob Patroni reuerentiam noluit contradicere. Similis locus est in l. 23. §. 1. infra. Soluto matrimonio. Ad l. 1. §. Quæ onerãda. vers. in summa, ait, non dabitur exceptio, &c. nisi liquidò appareat, metu, vel nimia reuerentia in id consensisse. Nec dicit simpliciter reuerentia, sed nimia, siue immodica: ita vt ei succurrendum sit ex bono & æquo: deinde fauor libertatis suadet, vt ita benignè interpretemur pro libertate.* Hactenus Duarenus.

Quibus non obstantibus à cõi sententia recedendum mihi non videtur, cui secundum aliquos ẽt suffragatur l. si superstite, C. de dolo. Non obstat tex. in l. si patre cogente, quia de matrimonio filijfamilias loquitur, in quo ille iure Ciuili inspecto, arbitrium liberum non habet, cum illud cõtrahere non possit absque cõsensu Patris, vsque adeò, vt Patris iussus præcedere debeat, vt in §. 1. in Instit. de Nuptijs. Meritò matrimonium patre cogente, id est, imperante, celebratũ valet, nec id cõi sententiæ supradictæ aduersatur. Neque enim hoc vult, vt omnia, quæ geruntur cũ ijs personis, quibus reuerentia exhibẽda est, tali velamẽto infirmentur. Non obstat tex. in l. Fideiussor, §. 1. Quia nec cõstat in ea specie filium fuisse læsum, eo charitatis officio, quod Patri impendit, dũ passus est

est bona sua obligari, nec cõstat ibi reuerẽtiæ causa factũ fuisse, eò q Pater maximè id vrgeret, ac imperaret. In quibus terminis communis sententia est intelligenda.

Porrò allatæ responsiones ad l.pen. & ad §.quæ onerã dæ, facilè possunt elidi. Nã si præsumitur cõsensus, in specie d.l.pen. ex eo, q libertus non contradicit, ergo iuriũ non contrahitur. At Iurisc. cõtrahi dicit, quia talis cõsensus reuerentiæ causa adhibiti ratio non habetur. Quod cũ ibi ita sit constitutũ, nil proponitur, cur & in similib. non idem respondendum sit, nempe, rata non esse habẽda, quæ tali consensu intercedente geruntur. Quòd uero attinet ad §.quæ onerandæ, causatur Duarenus nimiam reuerentiam, & fauorem libertatis, sed frustra: quia, & cõis sententia loquitur de tali reuerentia, aut paulo certè minori, & libertatis fauor ibi non perpenditur, sed nimia reuerentia, vna cum læsione liberti.

CAPVT XCVII.

De contractu in scriptis celebrato, ad interpretationem, l. Contractus, C. de fide instrum.

SI contractu iam constituto, mutuo intercedẽte partium consensu conuẽtum fuerit, vt de eo instrumentum, ac scriptura cõficiatur, celebris est controuersia inter Doct. vtrum ante instrumentum confectum pœnitẽtiæ sit locus. Et locum esse tradiderunt Paul. Castr. ad l. cõtractus, C. de fi. instr. & ad l. cum res, C. de probat. Alc. ad l. pactũ quod bona fide, C. de pact. Dec. in cons. 21. & 159. Ias. in cons. 151. lib. 2. Affl. decis. 39. nu. 4. Boer. decis. 48. nu. 11. & 183. nume. 9. Sed contrariam sententiam secuti sunt Dec. in d.l. pactum quod bona fide. Aret. in cons. 159. Rota Rom. apud Iac. Puteum, decis. 43. lib. 3. & plures alij, quos refert & sequitur Ant. Thessaur. decis. Pedem. 197.

Omnis difficultas consistit in vera interpretatione l. contractus, C. de fi. instr. in illis verbis: *In contractib. quos in scriptis fieri placuit, &c. Transactionum etiam, quas in instrumento recipi conuenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mũdum recepta subscriptionibusq; partium cõfirmata, et si per tabellionem conscribantur, etiã ab ipso completa, & postremò à partibus absoluta sint, vt nulli liceat priusquam hac ita processerint, &c. aliquod ius sibi ex eodem contractu, vel transactione vendicare, &c.*

Prioris sententię Autores ex hoc tex. argumentantur, qui apertè negat contractũ esse perfectum, & ex eo ius acquiri, priusquam instrumentum conficiatur. Sed certè id non ita generaliter accipiendũ crediderim, sed eo duntaxat in casu, quo ab initio inter partes cõuenit, vt cõtractus in scriptis celebretur. Tũc scriptura videtur esse necessaria, & ad substantiã ipsius cõtractus pertinere, quemadmodum & in multis alijs casibus scripturam adhibendam esse Alciat. docet, in comment. l. 5. C. de transact.

Quod si de scriptura seu instrumento conficiendo, nihil ab initio inter contrahentes dictum est, sed simpliciter contractus est absolutus & perfectus, promissionibus ac stipulationibus hincinde subsecutis, licet postea dictũ sit de instrumẽto conficiendo, illud nequaquã pertinere interpretor ad ipsius contractus perfectionẽ, sed potius ad probationẽ, ex d.l. 5. C. de transact. ex l. cum res, C. de probat. & ex similib. locis, quibus declaratur, instrumẽta pertinere ad probationem, non ad substantiam rei gestæ. Quare in sententiam posteriorem longè sum proclivior.

CAPVT XCVIII.

Pactum incontinenti adiectum in contractibus bonæ fidei, utrum actionem pariat.

COmmunis est Doct. sententia ex pacto incõtinenti apposito, actionem competere præscriptis verbis nuncupatã. Ita enim docent Bart. Castr. Alex. Corn. Iac. Dec. & cęteri cõiter, ad l. in bonæ fidei, C. de pact. & cum eis Franc. Duar. ad l. iu-

A risgentium, §. quinimo, ff. eo. ti. Probaturq; hæc sententia, primũ ex d.l. in bonæ fidei, ibi: *Ita demum ex pacto actio competit, si incontinenti fiat, cum autem certum nomen non habet*, præscriptis verbis merito appellatur, l. 1. & 2. ff. de præscipt.

Secundo, ex l. 2. C. de pact. inter empt. & uend. ubi ex pacto reuendendi competit actio præscriptis verbis.

Tertio, ex l. si vir, ff. de præscr. verb. vbi dicitur, actionem præscriptis verbis competere, ut fiat id, quod inter virum & vxorem conuentum est.

Quarto, ex l. Labeo scribit, 50. ff. de contrah. empt. vbi Iuriscons. *Si bibliothecam mihi ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, & per me stet, &c. non esse dubitandum quin præscriptis verbis agi posset.*

Postremo, ex l. si conuenit, ff. de rescind. vend. ibi. *Ex empto actio est, vt Sabinus putat, aut proxima empti actio in factum datur.*

Cæterum, aduersus hanc communem & ueram sen-
B tentiam responderunt Alc. lib. 5. Paradox. c. 1. & Franc. Connan. lib. 5. Comment. iuris, c. 2. nu. 7. Quorum argumenta hoc in loco refutanda sunt.

Primum argumentum. Actio præscriptis verbis non datur, vbi alia competit, l. quoties, ff. de præscr. verb. Sed hic alia competit actio, nempe, ex contractu, cui pactum inest, quia informatur ex pacto l. iurisgentium, §. quinimo, ff. de pact. Respondeo, Nego maiorem. Nam actionẽ præscriptis verbis dari, etiam vbi alia competit actio probat l. 1. C. de pact. inter empt. & vend.

Non obstat l. quoties, quia hoc tantum dicit: *Quoties alia actio non est, vtilis actio est.* Vtilis autem actio dicitur esse Prætoria, siue in factum, de qua fit mentio in l. iurisgentium, ff. de pact. vbi eius naturam optimè declarat Duarenus, & in l. quæ religiosis, ff. de rei vendic. in l. cũ filiusfam. ff. si certum pet. in l. creditor, ff. de act. empti. & in §. non omnes, in Inslit. de perpetuis & temporalibus actio.

C Secundum argumentum est ex l. permisisti, ff. de præscript. verbis vbi dicitur: Si uenditionis contractus præcesserit, agi ex eo posse, si verò non præcesserit, præscriptis verbis agi ex pacto. Idem probat l. Rogasti, §. vlt. ff. eod. ibi: *Melius esse dice, præscrips. verb. agi, nisi merces interueniat. Nam si interuenit, ex locato esse actionem.*

Respondeo, dictæ leges non negant, quin ex pacto agi possit, sed tantum dicunt ex contractu actionem oriri, quod & nos quoque dicimus. Ideo autem ex contractu agi posse dicunt, & de tali actione ex contractu descendente, nominatim quærunt, quia est magis fauorabilis, quàm præscript. verbis actio, quapropter diligenter monent ex contractu agi posse, vt intelligatur fauorabilem atque ordinariam competere actionem ex contractu, non autem ut excludatur actio præscriptis uerbis ex pacto.

Tertium argumentum est Connani. Eiusdem contractus duplex actio non est, sed una tantum. Ergo ex
D pacto, quod contractui inest, actio non oritur particularis, cum ex contractu ipso agi possit. Respondeo, ex cõtractu, cui tale pactum inest, duplicem oriri actionem, ut patet ex l. secunda, C. de pact. inter emptorem & vendit. vbi agitur ex venditio, & præscriptis verbis, vt placiti fides seruetur.

Quartum argumentum. Remedium extraordinarium cessat, ubi datur ordinarium, ut docet Barto. in l. in prouinciali, §. si uero, ff. de operis no. nunciatio. Sed hic remedium datur ordinarium, nempe, actio ex contractu. Ergo opus non est extraordinario, nempe, actione præscript. verb. Respondeo, actionem præscriptis uerbis dici, cum vulgata desunt actionum nomina, & nomen actionis non inuenitur, l. 1. & 2. ff. de præscr. verb. optimè declarat Duaren. ad d.l. iurisgentiũ, §. Quinimo. Quod autem extraordinarium remedium dicatur, nulla lege probari posse existimo.

Quintum argumentum. Actio præscriptis uerbis pœnitentiam recipit, l. si pecuniam, ff. de condict. cau-

da.

da. Sed à tali pacto recedere non licet. Ergò præscriptis verbis actio non competit. Respondeo. Tunc præscriptis verbis actionem pœnitentiam recipere, cùm ex contractu innominato nascitur, vt in d.l.si pecuniam, secus si ex pacto oriatur, quod inest contractui nominato, tūc enim videtur esse pars contractus, ideoq; eius naturam imitatur, quæ pœnitentiam non recipit.

Sextum argumentum. Fictio non operatur plus quā veritas. Sed pactum dicitur esse pars contractus fictè, ergo non operatur plus, quàm contractus. Sed contractus vnam tantum actionem producit. Ergo ex pacto dupliciter agi non potest. Nempe, actione ex contractu descendente, & actione peculiari ex pacto, scilicet præscrip. verbot. Respondeo, pactum hoc in casu operari plus, quàm contractum, vires enim ex contractu accipit, cui dicitur inesse, sed informat actionem ex contractu, vt detur ad id, quod est in pacto, & ita corroboratur ex ipso contractu, vt & actionem producat.

CAPVT XCIX.

Vtrum pactum incontinenti adiectum contractui stricti Iuris, actionem pariat.



IN bonæ fidei contractibus, ex pacto incontinenti secuto, actionem oriri, sans exploratum est, ex l.in bonæ fidei, C.de pact. Sed illud controuersum. An & idem fit in contractibus stricti Iuris.

Sunt enim qui affirmant ex antiquis Doctorib. sunt qui negant. Sed & recentiores Galli nequaquam inter se conueniunt. Etenim Iacob.Cuia. negat in Comment. ad l.iurisgentium, vers.In bonę fidei, ff.de pact. & lib. 10. Obser.c.24. Cōtrà alter Doct. Gallus affirmat, lib.7. Obseru.c.15. & lib.1. respons.or.amicab.c.3 t. cui adstipulatur Duarenus in Comm.ad d.l.iurisgētium, §.quinimò.

Affirmantis sententiæ illud est fundamentum, quod etiam in contractibus stricti Iuris, pactum incontinenti secutum inesse dicatur, l.lecta, ff.si certum petatur, l.4.ff. de pact. & quidem non tantum quo ad exceptionem, vt aliqui putabant, sed etiam, quantum ad actionem, vt in d.l.lecta.

Negantis verò sententiæ illud est præcipuum argumentum, quòd leges de huiusce modi pacto loquentes, videntur hanc vim actionis producendæ tribuere tantummodo contractibus bonæ fidei, vt in d.l.in bonæ fidei, & in d.l.iurisgentium, §.quinimò.

Non obstat l.lecta, quia non loquitur de actione ex tali pacto, sed de pacto incontinenti adiecto, quod ex parte rei inest, ita videlicet, vt non solum ad exceptionē proficiat, vt aliqui putabant, sed etiàm actionem, hoc est, ad eam reformandam, & ad temperandam ex pacto.

Ego hanc negantem sententiam aliquando sum secutus, sed iam affirmanti calculum præbeo, hoc argumento potissimum confisus. Certum est, pactum incontinenti secutum, inesse etiam contractibus stricti Iuris, ita enim expressum est in d.l.lecta, Ergò parit actionem. Probatur consequentia. Nam si contractui inest, Ergò est pars contractus, & contemplatione, seu respectu contractus, interponitur. Quod si verum est, non iam amplius pactū nudum est, nullam causam habens præter ipsam conuentionem. Immò verò causam habet aliam, nempe contractum præcedentem, consequenter actionem producit, quia illud pactum actionem non prodncit, quod est nudum, & nullam habet causam, præter ipsam conuentionem, l.iurisgentium, § igitur nuda, ff.de pact. cuius rei causam eleganter explicat Franciscus Duarenus in Comment. ad illum titulum, non procul à principio, & Connanus lib.5. Comment. I.C.c.2. Nec quicquam mouet, quod leges passim de contractibus bonę fidei loquantur, quia non ideirco negant idem esse statuendum in contractibus stricti Iuris, immò verò idem esse statuendum in dicare videtur Iurisconsultus in d.l.lecta.

A

CAPVT C.

Vtrum secundum Ius Canonicum pactum nudum actionem producat, & quid in pacto iurato.



PActum nudum iure Canonico actionem parere, non pauci, neque obscuri nominis Doctores affirmarunt, vt videre licet ex Canonistis, in c.1, de pact. Iason in l.iurisgentiū, §.igitur nuda, num.4. ff.eodem, & ibidem Petr. Calefactus nouissimé, num.8. ex Didaco Couuar. in relectione, c.quamuis, in 2.parte, §.4.nu.14. & ex alijs, quorum omnium fundamentum est in d.c. & in c.qualiter, eodem tit. dum ibi dicitur pacta esse seruanda, & custodienda, quasi id sit accipiendum, tam quo ad actionē, quam quoad exceptionē, arg. l.statuas, ff.de acq.ret.dom.

Sed contraria sententia semper mihi magis placuit, quam amplexi fuere, Salicet. in l.legem, in 7.quæst. suprà tit. nostro, Angelus Aretinus in §.in personam, in penultima, & vltima col. Instit. de action. & alij citati ab eis,
B quos pro priore sententia retulimus, quibus addi potest Alciat. lib.5. Paradox. cap.3. Etenim etiam Prætor ait: *Pacta seruabo*, vt in d.l.iurisgentium. §. Prætor ait. Et tamen nuda pactio actionem non parit. Præterea æquitatis ratio, & publicæ vtilitatis, quæ suadet, ne ex pacto nudo agatur, minuendarum scilicet litium gratia, vt præclare Duarenus explicat ad tit. de pactis, ita Iure Canonico locum sibi vendicat, vti Iure Cæsareo, cum & Canones litium minuendarum sint etiam studiosissimi, c. finem litibus, De dolo, & contum.cum multis similibus. Quare inter Ius Canonicum & Ciuile, discrimen illud haud quaquam statuendum est fine Canonis autoritate, vt notatur in c.1.& 2.de oper no.nunc.

Vtrum autem pactum nudum iuratum actionem producat, quæstio non parum est perplexa, siquidem, ab ea quæstione pendet, quæ inter Doctores maximè controuersa est, An scilicet ex iuramento oriatur actio; qua de
C re nouissimè latè disputat Seraph. Senens. de priuileg. iuram. priuil. 19. Ego quid sentiam, breuiter explicabo, deinde contrariæ opinionis argumenta confutabo.

Existimo actionem non oriri ex iuramento, ac proinde nec ex pacto iurato. Probatur hæc sententia, quia specialiter constitutum est in liberto, vt si iureiurando operas Patrono promiserit, obligatio contrahatur, l.vt iurisiurandi, ff.de oper.libert. quod & Caius notat lib.2. Institit.tit.9. Quare in alijs personis secus statuendum erit. Quod cum ita Iure Ciuili constitutum sit, id obtinere debet etiam Iure Canonico, cum SS. Canonibus contrariū esse non appareat, iuxta reg.c.1.& 2.de ope.no.nun.

Argumenta verò contrariæ opinionis hæc sunt. Primum, ex c.cum contingat, de iureiurand. in c.quamuis, de pact. lib.6. & in Authent. Sacramenta puberum, C.si aduersus vend. quibus in locis dicitur, pactum confirmari iuramento, & seruandum & custodiendum esse iuramentum, quod frustrà dici videretur, nisi actionem pare
D ret, & obligationem. Respondeo. Nego consequentiam. Nam iuramentum confirmat quidem contractum, & seruandum est, item ex contractu iurato nascitur actio, sed non sequitur, ipsum per se solum iuramentum potēs esse ad producendam actionem.

Secundum argumentum est ex l.si quis maior, C. de Transaction. dum ibi dicitur, agi posse ad pœnam, aduersus eum, qui contra Transactionem, iuramento firmatā venerit. Nam cum ex Transactione agi non possit, vt cōstat ex l.siue apud acta, C.eod. sequitur in ea specie actionem oriri ex iuramento. Respondeo. Actionem ibi ad pœnam dari, quia intelligitur esse promissa per stipulationem, sicuti notat ibi Alciat. nu. 66. Adde quod iuramentum in ea specie ad confirmandam Transactionem fuit interpositum, non autem promissioni pęnæ adiectum.

Tertium argumentum est ex eo, quod iuramentum dicitur habere vim consensus geminati, vt notat Glo. in c.cum contingat, in verbo *Debent*, de iureiur. Pactū verò geminatum actionē parere videtur, arg. l.1.§.debitū,

ff.de

ff.de constituta pec.& l.vlt.C.ad legem Falc. Respódeo, negando eam esse efficaciam iuramenti, quicquid allegata Glossa doceat, nullo.n.iure id probatur, vt animaduertit nouissimè Seraph.de priu.iuram.priuil.89. & ante eũ Felyn. in c.si cautio, num.39. de fide instrum. id nequaquam perpetuum esse dixit, quod dicitur, iuramentum æquiparandum actui geminato.

Quartum argumentum est ex c.vlt. de foro competẽti, lib.6. vbi iurans compellitur per censuram Ecclesiasticam ad iuramentum seruandum. Respondeo, ex hoc nõ sequi actionem oriri, sed officium Iudicis tantum.

Plura si quis scire cupiat, de hac materia, consulat Seraph.d.priuil.19. Zasi.in Rubr.de verb.oblig.nu.12. Coral.ad l.admonendi, nu.12. ff.de iureiur. Couuar.d.c.q̄uis, de pact.lib.6.par.1.Rubricę, §.2.post nu.4. Cagnol.in d. l.si quis maior, nu.130. Alc.ibi.nu.64. Petr.Calefac.ad l.iurisgent. §.igitur nuda, nu.56 ff.de pact. Cuiacium in paratitlis Codicis, ad tit.de reb.creditis, & iureiur.

CAPVT CI.

Controuersiæ tres ad explicationem l.pactum quod dotali, C. de pact.



Pactum quod dotali instrumento comprehẽsum est, vt si Pater vita fungeretur, ex aqua portione ea, qua nubebat cum Fratre, hæres Patri suo esset, neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris Patri, potuit auferre.

Tria in controuersiam veniunt. Primum. An & in pacto iurato idem sit statuendum. Secundum. An consuetudine, vel statuto effici possit, vt pactum valeat. Tertiũ. An si Pater intestatus decessisset, filia vigore pacti æqualiter cum fratre successisset.

Quod attinet ad primum, sunt qui affirmãt tale pactũ iuramento firmari, sunt qui negant, sunt denique qui dicunt, iuram. quidem tale pactum non firmari, sed iñ iurantem, qui illud non obseruat, esse periurũ, Vide Osascum decis. Pedem.100. Ant. Tessaurum decis. Pedem. 225. Couuar.in c.quãuis, in 2.par.in initio, nu.2.de pact. lib.6. Andr. Geyll, lib.2. Obseru.c.126. Seraph.priuil.20. Doctores omnes in comment.huius loci.

Affirmantis sniæ fundamentum est, quia iuram. solet contractus, & pactiones I.C. improbatas confirmare, vt patet ex d.c.quamuis, ex c.cum contingat, de iureiuran. Omne enim iuram.est seruandum, &c. vt in dictis locis.

Negantis verò sententiæ fundamentũ est, quia nõ est obligatorium contra bonos mores præstitum iuramentum, c.non est obligatorium, de reg.iur.lib.6. Videtur autem esse, contra bonos mores tale pact.l.ex eo, C.de inutil.stipulat. l.stipulatio hoc modo, ff.de verb. oblig.

Tertiæ denique sententiæ fundamentũ est in aliquib. decisionibus, quib.constitutum est, ea quę contra iuram. gesta sunt, valere, sed iurantem esse periurum. Vide Glo. in c.vlt.in verbo Reuocatus, de proc.lib.6.& in c.vltima voluntas, 13.q.2.& text.in c.sicut ex litteris, de sponsalib.

Mihi snia, quæ negat, videtur esse probabilior, eo potissimum argum. quòd pactis priuatorum, ẽt iuramento firmatis, iuri publico derogari non pót, c.si diligenti, de foro competenti. Iure aũt publico ita constitutum est, vt & libera sit testam.factio, & solennis, q quidem ius, priuatorum pactis mutari non pôt, l.3.ff.de testam. Mutaretur autem, si huiuscemodi pacta valerent, quia & libera testandi facultas impediretur, & hæreditatem quis ex pacto consequeretur, citrà vlla testamentorum solennia, quæ omnia publico iuri aduersantur.

Non obstat q dicitur de vi, & efficacia iuramenti: Nã iuramentum temerarium, ac illicitum non obligat, c.sicut ex litteris, c.quemadmodum, c.Quintauallis, de iure iur. Videtur aũt esse hoc in casu temerarium, & illicitũ, vt patet; Neque verò in allegatis locis pacta confirmãtur iuram. quæ iuri publico aduersentur, & bonis morib.

Quod attinet ad fm. Consuetudine, vel statuto obtineri posse, vt eiusmodi pacta valeant, responderũt Bald. in l.cum Archimedoram, C.vt in possess. legat. Alciat.& Dec. in d.l.pactum quod dotali, & alij ab Ant. Tessauro citati, d.decis.225. num.12. Quorum fundamentum est in c.1.§.filij nati, si de feudo fuerit controuersia inter dominum, & agnatum, ibi: *Nam quamuis ratione improbetur talis conditio vsu tamen admittitur.*

A

Huc accedat, q nemini dubium sit, statutum valere contra ius cõe, quia ius ciuile mutari potest, §.sed naturalia, Inst.de iure nat.gent. & ciu. Similiter & cõsuetudo, l.de quib.ff.de Legib. Quod si talis consuetudo, vel statutũ existat, quo pacto huiusmodi approbentur, non videbuntur esse amplius contra bonos mores, argum.l.item apud Labeonem, vers.Sed quod adijcitur, ibi: Aduersus bonos mores Ciuitatis, ff.de Iniurijs.

Sed contrariam sniam habuerunt Alex. & Ias. in d.l. pactum q dotali, necnon alij quidam, ab Ant. Tessauro commemorati, loco supradicto, quorum illud est argum.
B quod talia pacta dicuntur esse contra bonos mores, consequenter, si lege Municipali, vel Consuetudine approbentur, id iustitiæ repugnare videtur, lex autem debet esse iusta, c.erit autem lex, 1.dist.

Ego puto hanc rem pendere ab ea quæstione, Vtrum Consuetudo contra ius scriptum valeat. Nam valere indicat text.in l.de quibus, ff. de legib. Non valere probat l.2.C.quæ sit longa consuetudo.

A priori snia facit Duarenus in Comment. ad tit.de legib. c.12. & alibi. A posteriori Connan. lib.1. Comm. Iur.c.10.& Cuiacius ad lib.2.de feudis, in principio.

Ego sanè sic statuo, si statutum ex iusta cã pro vtilitate loci, & cõmoditate talia pacta recipiat, illud procul dubio valere, & seruandum esse. Constat.n.leges Municipales, quæ statuta appellantur, non raro iuri cõi aduersari, l.oẽs populi, ff. de Iust.& iu. De consuetudine verò idem statuo, si sit rõnabilis, & legitimè præscripta, autoritate Greg.IX. in c.vlt. de Consuet. ita dicentis: *Licet etiã longæua*
C *consuetudinis non sit vilis autoritas, non tamen est vsque adeò valitura, vt vel iuri positiuo debeat præiudicium generare, nisi fuerit rationabilis, & legitimè præscripta.*

Ad tertium q attinet. Non pauci neque obscuri nominis Iurisconsulti censuerunt, filiam ęqualiter successurã Patri, intestato morienti vnà cum Fratre, in specie huius legis, eo argum. quòd Patris voluntas inter liberos sit seruanda, quoquo modo de ea constet, siue ex testamentis, siue Codicillis, siue per Epist. siue per alium quemcunq; modum, l.vlt.C.familiæ herciscundæ. Hoc autem in casu constare videtur ex pacto, vt patet.

Huc accedat Leonis Imperatoris Nouella 19. titu. de pact.patern. quæ talia pacta paterna velut iusta, & inter liberos ęqualitatem inducentia approbat & laudat, nec à Patre reuocari posse statuit; ita docent Alex. & Ias.in d. l.pactum q dotali, & alij quos refert, & sequitur decis. Pedemont.supradicta, Anton. Thessau.225.

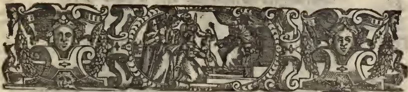
Sed mihi contraria sententia longè probabilior vide-
D tur, quam secuti sunt Castrens. & Dec. in d.l.pactum q dotali, necnon Vasquius alios commemorans, de Successionum progressu, lib.2.§.18.nu.193.

Moueor autoritate d.l.pactum quod dotali, vbi dicitur, tale pactum nullam obligationem contrahere. Si enim hæreditatis partem filia vendicare posset, certè obligationem tale pactum induceret.

Nec obstat l.vlt.C.famil. hercis. quia fateor seruãdam esse Patris voluntatem in liberos, si modò de eo constet, ijs modis, qui à lege non reprobentur. Talis autem modus quo hæreditas pacto datur, à lege prorsus reprobatur, l.hæreditas, C.de pact.conuent. Codicillos verò, epistolas, schedulas, & similes modos, quibus de patris voluntate constare potest, lex non reprobat.

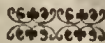
Porrò, quod attinet ad Leonis Imperatoris Nouellã, illa sufficere potest responsio, quòd Iuri nostro, & Codici Iustinianeo inserta non sit, ac proinde legis vim non habeat, immò verò, cùm sit contraria d.l. pactum quod dotali, nulla prorsus eius ratio habenda esse videtur.

AN-



ANDREAE FACHINEI I.C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER TERTIVS.



CAPVT PRIMVM.

Ad interpretationem l.si curatorem habens, C.de in integrum restitut. Controuersia vna.



I *curatorem habens minor quinque & viginti annis, post pupillarem atatem res vendidisti, hunc contractum seruari non oportet. Cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui à Pratore curatore dato bonis interdictum est; Si verò sine curatore cōstitutus, contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si nondum tempora prafinita excesserint, causa cognita non prohiberis.* Hactenus Diocletianus & Maximianus. A

Hic illud controuertitur, quomodo sit accipiendum, quod in tex. habetur; Minorem curatore carentem res vendere posse. Et, vt mihi videtur, inter omnes cōstat, B de immobilibus accipiendum non esse; quoniam absque decreto iudicis alienari non possunt, vt patet ex l.non solum, ex l.minorum, ex l.si minorum, ex l.si prædium, ex l.si ad resoluendum, C.de prædijs minor. ex l.2.C.de his qui veniam ætatis impetrauer. & in l.pen.eo.ti.& in l.2. C.quando decreto opus non est, & ex alijs argumentis, quæ prolixè adfert Vasquius de Successionum creatione, lib.1.ti.de testandi poten.§.10.nu.73. Roland.à Valle, in consil.54.lib.2. Octauius Simoncellus de decretis, ti.8. Inspect.2. qui perperam allegat Aretinum, Fabrum & Riminaldum, in §.nunc admonendi, in Instit. quibus aliena. licet vel non, tanquam contrariæ sententiæ autores, cum priorem sententiam amplectantur, licet Areti- C nus dixerit verba textus contrarium innuere, ibi videlicet, *res vendidisti.* quæ verba sunt generalia, & tam de immobilibus, quàm de mobilibus accipi possunt, quod & Franciscus de Caldas dixit in Commentario d.l.si curatorem habens, sequens tamen sententiam superiorem in verbo, Res, nu.2.

Illud igitur est controuersum, an intelligenda sint illa verba textus de his rebus mobilibus, quæ seruando seruari possunt.

Affirmantem sententiam secuti sunt Aretin. Faber & Rimin. in d.§.admonendi, & Franc. de Caldas loco proximè citato, in fine.

A Negantem verò Simonc. & Vasquius locis annotatis, ille nu.21. iste nu.74.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia res tantum immobiles alienari prohibentur absque decreto: res vero mobiles nequaquam; immò alienari posse arguméto est lex ista: Si enim de immobilibus intelligenda nō est, vt saltem de mobilibus intelligatur, necesse est.

Posterioris autem sententiæ argumentum potissimū est in l.lex quæ tutores, C.de administrat. tut. vbi etiam mobilia preciosa, & quæ seruari possunt, alienari à tutoribus & curatoribus prohibentur absque decreto.

Respondet Riminaldus, eam legem non loqui de ipso minore adulto qui alienauit, sed de tutore & curatore B alienantibus absque decreto.

Sed, vt mihi videtur, non rectè, quia minor adultus curatore carens, plus iuris non habet, circa rerum suarū alienationem, quam curator eius, cum curatorem habet. Et cum ipse minor vna cum curatore alienare non possit tales res mobiles absque decreto, absurdum est existimare, eum solum, curatore carentem, posse. Nisi aliud C magis etiam absurdum dixeris; Nempe curatorem solum alienare non posse, vna cum adulto posse, quasi ipsius adulti curatorem habentis, qui non est absimilis ei, cui bonis interdictum est, in alienatione talium rerum magna sit habenda ratio.

Posteriorem igitur sententiam lubens amplector, C priorem verò non vero niti fundamento, magis est vt opiner.

CAPVT II.

Vtrum minor autore tutore alienare possit absque decreto Iudicis possessionem rei immobilis.



Vnt complures magni nominis Doctores, qui minorem autoritate tutoris interueniente, alienare posse crediderunt, possessionem nudam rerum immobilium, absque decreto Iudicis. Ita enim docuerunt Bart. in l.1.§.si à pupillo, ff. pro

emptore. Alex.in l.possessionem pupillus,nu.3.ff.de acq. possess. Tiraq.de legib.connub. Glo.5.nu.170. Pet.de Rauenna, Sing.541. Tu scis.Iasin l.1.§.si vir vxori, nu,14. ff. de acquir.possess.

Quibus adstipulatur primo,quòd non dicitur alienare,qui possessionem omittit,l. non alienat, ff.de reg.iur.

Secundò tex.à contrario sensu in l.possessionem pupillum,ff.de acq.poss.Nam cum dicat; possessionem pupillũ amittere non posse sine tutoris autoritate,à cõtrario sensu innuit, cum tutoris autoritate posse,

Tertiò adstipulatur tex.in l.2.§.si à pupillo,ff.pro emptore,vbi, si à pupillo emero sine tutoris autoritate, quẽ puberem esse putem, vsucapio sequitur.Consequenter in emptorem possessio transfertur,quia sine possessione vsucapio non procedit. Debet autem argumentum sumi,intelligendo text.vt ibi per Glo.Nempe,pupillum cum autoritate tutoris tradidisse rem venditam,licet absque autoritate vendiderit.

Sed istis non obstantibus,contrariam sententiam meliorem esse iudico,quam secuti sunt Bart.in l.creditores, nu.5.C.de pignor. Hyppol.Rimin.in §.3.nu.38.Inst.quibus alien.licet vel non.Simonc.de decretis, par.2.insp.8,

Probatur hæc sententia satis luculenter ex l.magis putо,§.1.ff.de reb.eor,qui sub tutela vel cura sunt,vbi I.C. *Si Pupillus fundum bona fide emptum possideat,dicendum puto nec hunc alienare tutores posse.* Hic nõ alienatur fundus,sed possessio fundi, & tamen alienari non potest.

Quod vero dicitur,eum non alienare, qui possessionẽ omittit, nihil obstat: quia aliud est possessionem omittere,aliud in alium transferre.Is enim,qui occasione acquirendi non utitur,non intelligitur alienare,vt in l.alienationis,28.ff.de uerb. sig. Et ideo ait lex duntaxat *omittit*. Non etiam ad alium transfert, vt optimè adnotauit eruditissimus Petrus Faber, in Commentarijs ad d. Regul. non alienat.

Argumentum autem à contrario sensu ex d.l.possessionem pupillum,nihil mouet:quia ita sumi potest, vt nimirum cum autoritate tutoris possessionem pupillus trãsferre possit,scilicet adhibitis alijs solennibus,nempe Iudicis decreto,& causa iusta. Sic & in l.1.ff. quæ res pignori obl.non possunt,textus dicit. Pupillum sine autoritate tutoris hypothecam dare non posse , & tamen nec cum tutoris autoritate potest sine decreto Iudicis , vt optimè ibi not. Glossa.

Denique illa Glossæ expositio in d.§.si à pupillo,mera diuinatio est,& ex errore facti procedit in ea specie vsucapio,& possessionis acquisitio.

CAPVT III.

Vtrum minor absque decreto & aliis solennibus , rem immobilem alienare possit, si ea alienatio vtilis sit.

NOn desunt magni nominis Doctores, qui alienationem à minore factam absque decreto,ob vtilitatem valere contendant,quos recenset copiosè Tiraquel. de legibus Connubialibus Glo.8.num.68.q.8.& Simoncel.de Decretis, par.2.inspect.17,

Eorum vero argumenta hæc sunt. Primum est ex l.cũ hoc,§.eam transactionem,ff.de transactio.vbi is,cui relicta sunt alimenta,transigere potest absque decreto Prætoris, si ei sit vtilis transactio.

Secundum est ex eo,quòd & sententia secundum minorem,licet indefensum,lata, valet; licet contra eum lata, non valeat,l.non ideo minus,C.de procurat.

Tertium est ex l.vlt.ff.de iure dotium, vbi valet fundi dotalis alienatio propter vtilitatem mulieris.

Quartum est illud,quia ubi minor suam conditionem meliorem facit,& locupletior ex contractu efficitur,obligatur,l.si pupilli, ff de neg.gestis, l.cui bonis, ff.de nouation.l.pupillus,§.1.ff.de autor.tutor.

A Quintum argumentum est , quia decretum & cætera solennia ideo adhibentur, vt minorum vtilitati sit consultum, & vbi adhibentur ,contractus præsumitur esse in vtilitatem pupilli & minoris, Cum ergo clarum sit ,cõtractum esse vtilem,non videtur opus esse decreto, quia in claris non est opus coniecturis.

Cæterum hanc sententiam impugnarunt multi , quos commemorat Simoncellus loco annotato . & manifestè falsam esse conuincit tex.in l.magis puto, §.si æs alienũ, ff.de rebus eorum, *Si æs alienum non interueniat*, ait tex. *tutores tamen allegent; expedire hæc prædia vendi, & alia comparari , vel certè istis carere . Videndum est an Prætor eis debeat permittere,& magis est,ne possit.Prætori enim nõ liberum arbitrium datum est distrahendi res pupillares, sed ita demum,si æs alienum immineat.* Concordat tex.in l.ob æs,C,de præd.minor,quem tex. perperam interpretatur Alc.lib.4,Dispunct.c.5.Multum etiam facit ab hac sentẽtia tex.in l.si fundus steriles,ff.eo,ti.

B Nec difficile est ad argumenta in contrarium respondere. Nam ad §.eam transactionem , clara est responsio, quia eam tantum transactionem oratio improbat , quæ iccirco fit,vt pecuniam repræsentatam alimentarius consumat.Quare si non ex transactione eam consumat, sed potius meliorem suam causam reddat,transactio non improbatur. At hic improbatur alienatio , etiam utilis & fructuosa pupillo,& tantum illa permittitur,quæ sit æris alieni dissoluendi gratia.

Ad secundum respondeo: sententiam valere pro minore latam,quia non ob aliam causam ei curatorem dari lex voluit, quàm ut defenderetur , ne causam amitteret. Quare cum uictor est,merito sententia ualet, quia cessat ratio legis. Nec quod fauore introductum est, in odium retorqueri debet.

Ad tertium autem,ex l.vlt. ff.de iure dotium, respondeo, fundum dotalem ibi alienari, vt creditoribus satisfiat,quod & in fundo pupillari facilè reciperetur .

C Ad quartum,concedo,pupillum obligari,quatenus ex contractu locupletior efficitur ; sed hic non agitur de obligatione minoris,sed de rei alienatione,quæ hoc in casu permissa non est .

Ad quintum respondeo, alienandi facultatem eo duntaxat casu esse permissam, quo æs alienum vrgeat, vnde ea causa cessante,non valet etiam cũ decreto Prætoris.

CAPVT IV.

Vtrum minori in integrum restitutio concedenda sit ob læsionem non enormem, sed non minimam tamen .

SFortia Oddus in tract. de in integ. restitut. controuersam hanc quæstionem tractat in 1.par.q.4.art.12.& copiosè omnium Doctorum sententias refert , quorum aliqui restitutioni locum esse propter modicam læsionem, non tamen minimam , dixerunt. Aliqui negarũt, D Aliqui verò,inter quos est & ipse Oddus,hanc rem arbitrio Iudicis definiendam putarunt.

Et sanè,ut mihi videtur,hac de re clara legis definitio non est in promptu . Etenim,sunt leges, quæ damnum grande , siue enorme requirunt , vt proinde argumento sint,mediocre damnum non sufficere, vt in l.penult.ff.de minor.in l.si ex causa,ff.eo.in l.1.C.si aduersus vendit.pignor,quãquam ex duabus posterioribus, quia in speciali casu loquuntur , contrarium aliqui argumentũ sumant. Sunt leges,quæ propter minimã quantitatem restitutionẽ negant,vt in l.Scio,ff.de in integ.rest. vt proinde argumẽtari liceat esse concedendã,vbi læsio non est minima.

De mediocri læsione & damno planè nulla expressa lex . Ego tamen in eam sententiam sum procliuior, quæ restitutioni fauet propter modicã seu mediocrẽ aliquam læsionem,autoritate l.minorib.6.ff.de minoribus. *Minoribus*, inquit, *vigintiquinque annis subuenitur per in integrum*

gratum

grum restitutionem, non solùm cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum interfis ipsorum litibus & sumptibus non vexari.

Secundo autoritate l 8 ff.co.ti.ibi: *Dum elegit deteriorem*: Item ibi: *Et preciosiorem dederit*, quibus sanè verbis ostenditur minorem esse restituēdum, si elegerit rem deteriorem, vel si preciosiorem dederit, quibus in casib. fieri potest, vt non magna contingat læsio.

Tertio autoritate l.patri, §.item ex diuerso, ff.co.ti.vbi patet minorem restitui, si rem minore precio, quàm oportuit, vendiderit. Nec distinguit lex an magna fuerit læsio vel modica circa precium.

Ad leges, quæ requirunt grande damnum, responderi potest, eas loqui de venditione facta in casibus à lege non prohibitis, sed permissis, puta de venditione pignoris, merito tunc grandis læsio requiritur, vt in integrum restituatur minor. Hæc mea est de re perquam obscura ac difficili coniectura ac sententia.

CAPVT V.

Minor vigintiquinque annis Iurisperitus si ex contractu læsus fuerit, vtrum in integrum restitui possit.



COmmunior est Doctorum sententia; Minorem quinque & viginti annis Iurisperitum ex contractu læsum, in integrum restitutionem postulare non posse, sicuti autoribus allatis fidem facit Sfortia Oddus, de restitut. in integrum par.1.quæst.23.art.7.

Argumenta sunt ista. Primum, talis Doctor restitutionem petens turpitudinem suam allegaret: turpe est enim in iure versanti ius ignorare, l.2. §. Quintus Mucius, ff.de orig.iuris.

Secundum, quia Iurisprudentia est diuinarum atque humanarum rerum notitia, l.Iustitia, §.Iurisprudentia, ff.de iust.& iu. Qua fronte ergo is, qui rerum diuinarum atque humanarum notitiam profitetur, se læsum esse, ac proinde restituendum allegare poterit?

Tertium argumentum est ex l.Regula, §.sed iuris, ff. de iuris & facti ignor. ibi: *vel sua prudentia instructus sit*, &c. Itaque professio hoc in casu, & petitio repugnare inuicem videntur, vt alibi dicit tex.in l.professio, C.de munerib. patrim.lib.10. Et hic scientia ætatem supplet, l.3.C.si minor se maiorem dixerit. Quare, vt ex Cicerone & alijs constat, olim Iurisperiti non solum de iure, sed etiam de filia collocanda, de agro emendo, ac de omni alio negocio & officio consulebantur.

Verùm istis nil morantibus, contrariam sententiam probabiliorem ac iuri magis consonam existimo, quam & nouissimè defendit Franc. Sarmientus lib.3. Select. interpret.cap.12.

Probatur hæc sententia argumento sumpto ex l.1. C. qui, & aduersus quos, vbi Alex. Imperator docet, etiam si quis diligens paterfamilias sit, actibusque publicis ita se industrium probauerit, vt lapsum eum per ætatem verisimile non sit, tamen si causa cognita circumuentus deprehendatur, restituendum esse: *In consilio quidem cognoscentis*, inquit, *de restitutione in integrum esse oportet, & nunc is, qui se minorem annis læsum esse dicit, diligens pater familias fuerit, actibusq; publicis industrium se docuerit, vt lapsum eum per ætatem verisimile non sit. Verùm si causa cognita circumuentus deprehendatur, propter hoc solum, velut præscriptione à solito auxilio remoueri non debet, scilicet, quod vrgentibus patriæ necessitatibus decurio minor annis creatus sit.* Hactenus ille. Ad eandem sententiam alludūt Vlpiani verba, in l.1.ff.de minoribus, ibi: *Neque ante committitur res sua administratio eis debebit, quamuis bene rem suam gerentibus*, &c.

Sic ergo, licet verisimile non sit, talem minorem propter iuris peritiam contrahentem circumueniri, tñ si circumuentus appareat, restituendus erit in integrum.

A Non obstant argumenta in contrarium, quia aliud est scientia iuris, aliud in rebus agendis prudentia, quæ non ex Iurisconsultorum libris, sed ex vsu & experientia comparari potest. Nec enim iurisprudentia est ea rerum humanarum scientia, de qua agitur. Neque verò crediderim olim tales Iurisconsultos de omni negocio & officio respondisse, qui nondum annos perfectæ ætatis compleuissent.

CAPVT VI.

Iuramentum an repetitum censeatur, prorogatione temporis debitori facta ad soluendum.



SI debitori, qui iurauit se ad certum tempus soluturum, tempus prorogetur, an ipsum etiam iuramentum repetitum videatur, controuersi iuris est.

B Et quidem repetitum censeri responderunt Bald. in c.cum venerabilem, col.penul.de elect. Bartolus licet sub obscurè in l.cum stipulatus sim mihi Procule, ff.de verb. oblig.& in l.2.§.Et post operis, & ibid. Alex.col.3.& Ias. num.8.Cagnol.in l.Lecta, nu.26.ff.si cert.petat. Felyn.in c.1.col.2.vers.vtrum autem creditor, de iureiur. Capella Tholosana decis.181. Boer. decis.284.nu.11. nouissimè Seraphinus Senensis de priuilegijs iuramenti, priuil.22. nu.88.Couuar.in rub.de pact. in princ.post num.6.vers. quintò, vt difficultatem. Non ignoro alios ab Antonio Gabrielio citari, commu.concl.ti.de Dilationib.concl.2. num.11. Sed ij loquuntur in alia specie, de qua dicam in sequenti capite.

Argumenta huius sententiæ hæc sunt. Primum est ex communi quadam regula. Prorogationem factam cēseri cum eisdem qualitatibus, quas habet prior obligatio l.lecta, ff.si cert.pet.l.sed et si manente, ff.de precario.

Secundum argumentum est l.item quæritur, §.qui im-
C pleto, ff.locati. vbi reconductio facta uidetur cum eisdē obligationibus. Sic enim ait textus. *Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solùm reconduxisse videbitur, sed etiam pignorum videtur durare obligatio*, &c.

Tertium argumentum sumitur ex doctrina Innocentij, in c.præterea requisiuisti, de appellatio. ubi tradit præcepto debitori facto, ut ad certum tempus soluat sub pœna excommunicationis, si prorogetur tempus à creditore, prorogationem factam censeri sub eadem pœna excommunicationis.

Contrariam sentētiam secuti sunt Decius in c.de causis, post nu.7.de officio deleg. Cardinalis in Clem.1.§.nos itaque, q.3.de iureiur. Berous q.100. ad finem. Eiusdem sententiæ commemorantur Iason in l.lecta, ff.si cert.petat. & Catellianus Cotta in Memorabilibus, in verbo, Iuramentum interpositum, qui tamen parum ab hac sententia facere videntur.

D Fundamentum verò est in c.penult. de iureiur. *Clericus*, (inquit Gregorius) *qui iurauit se statuta in Ecclesia sua edita seruaturum, promittens per idem iuramentū statutum, quod postmodum secutum est, fideliter obseruare, licet transgredi non debuerat, quod promisit, non tenetur ad illius obseruantiam ex debito præstiti iuramenti.*

Ego priorem sententiam veriorem esse censeo. Nam quòd Gregorius statuit in d.c. pen.ad hanc speciem non pertinet, sed ad eam, in qua de iuramento extendendo agitur ad nouam, & diuersam rem. Aliud est enim statutum iam editum, Aliud postea secutum. Quare iuramentum præstitum de seruandis statutis iam editis, extendi non potest ad statuta posteà edita, quæ sunt diuersa, & non eadem cum prioribus. Sed in quæstione nostra licet terminus solutionis prorogetur debitori, manet tamen eadem obligatio, quia prorogatio nihil detrahit, nec mutat priorem obligationem, sed duntaxat tempus addit nouum. Atque ita censeo.

N CA-

CAPVT VII.

Iuramentum an censeatur repetitum prorogatione compromissi facta.

SI certum tempus compromisso adiectum sit & iureiurando promissum sit de stando & parendo arbitri sententiæ, & postea cõpromissi tempus prorogetur, controuerti solet, an & iuramentum repetitum censeatur.

Et repetitum uideri, autores sunt Calcaneus cons. 80. nu. 15. Andreas Siculus in consi. 31. lib. 1. & alij, quos refert & sequitur Boerius decis. 284. num. 13. Huic sententiæ adstipulantur omnia argumenta, quæ supra in præcedenti capite pro priori sententia retulimus.

Cæterum, non videri repetitum iuramentum, autores sunt Soc. sen. in consi 99. col. 2. lib. 3. Bal. in cons. 436. lib. 1. Marsilius Sing. 300. Ruinus in cons. 61. num. 38. & 39. lib. 5. Couuar. in Rub. de pact. in princ. nu. 6. vers. octauo si prorogatio. Alios citat Gabr. commu. concl. ti. de dilationib. concl. 2. nu. 11. vers. contrarium in iuramento, necnon Seraph. Senensis de priuil. iuram. priu. 22. nu. 71.

Fundamentum est in d. c. pen. de iureiur. cuius verba in superiori capite retulimus, & in eo, quod iuramentũ verba requirat & scripturarum tactum.

Tertia est opinio distinguentium; aut prorogatio cõpromissi facta est ex partium conuentione, quæ ipsi compromisso inserta fuerit, puta si arbitris certum tempus assignatum fuerit ad pronunciandum, potestate eisdem facta illud prorogandi, & tunc prorogatione temporis facta, repetitum censetur iuramentum. Aut prorogatio facta est ex partium quidem conuentione, sed nequaquam ipsi compromisso adiecta, & tunc secus est dicẽdum. Ita distinguit Blancus de Compromissis, q. 7. num. 15. & 16. Couuar. loco annotato, vers. Septimò hinc deducitur, & in vers. sequenti, necnon Seraphinus loco proximè citato, num. 84.

Prioris membri distinctionis fundamentum est, quia cum ea lege fit compromissum, vt elapso tempore ad pronunciandum dato, arbitris liceat illud prorogare, tunc iuramentum de stando & parendo arbitri sententiæ eũ habet sensum, vt compromittentes iurasse intelligãtur, se arbitrorum sententiæ parituros, quandocũque proferretur, siue intra tempus postea prorogatum.

Posterioris verò membri distinctionis fundamẽtum est in d. c. pen. de iureiur. & in alijs argumentis, quibus probatur iuramentum non extendi ad alium actum; itẽ in eo, quòd talis prorogatio videtur nouum compromissum inducere.

Sed non desunt, qui & hanc distinctionem noua distinctione coarctent, vt nimirum locum habeat, vbi cõpromissi tempus prorogatur, antequam elapsum fuerit tempus ei præstitutum, secus si postea, quia tunc videtur esse nouum cõpromissum, vti declarant Couuar. loco supra annotato, vers. Sexto si certè, & Berous quæst. 100. nume. 12.

Verum isti non respondent ad argumentum, quo probatur iuramenti compromisso adiecti eam esse vim, vt cõpromittentes obliget ad parendum arbitri sententiæ, perinde ac si iurassent se parituros arbitri sententiæ proferendæ tam in primo termino, quam in secundo.

Quare mihi tertia sententia simpliciter probatur, & confirmari eisdem ferè argumentis potest, quibus ea sententia nititur, quam in præcedẽti capite firmauimus, nempe iuramentum repetitum censeri, vbi debitori prorogatum est tempus ad soluendum.

Ad cap. penult. de iureiur. superius est responsum in præcedenti capite. Nec verum est, iuramentum requirere verba, aut tactum scripturarum, vt dicemus in sequenti.

A

CAPVT VIII.

Utrum iuramentum requirat necessariò verba.

IVramentum necessario verba requirere censuerunt Bart. in l. & per iusiurandum, ff. de acceptil. & in l. qui iurasse, ff. de iureiur. Alb. Fulg. & Roman. ad l. 1. ff. de verb. obl. Alios citat Tiraq. de legib. Connubialibus, Gl. 7. nu. 18. Quibus adde Augustinum Beroum, q. 100. nu. 4. autoritate text. in § sed neque, in Authen. de mandatis Principum, vbi Iustinianus ita dicit: *Sed neque hæc, quæ dicuntur verba,* id est, *Iusiurandum promptè dare festines,* &c. Item autoritate c. pen. de iureiur. quatenus ibi S. Pont. docet, iuramentum non obligare, quo ad statuta postea facta, quod non alia ratione accidit, nisi quia consensus iurantis non sufficit, sed verba etiam requiruntur.

Altera est sententia: iuramentum non necessariò verba requirere. Autores sunt Petrus Iac. & Cyn. in Auth. Sacramenta puberum, C. si aduersus vendit. Panormit. in Rubr. de iureiur. & Couuar. in Rubr. de pact. in prin. sub nume. 4.
B

Fundamentum est; quia iuramentum præstatur Deo, Deus autem nouit hominum mentes & corda, licet nõ loquantur, cap. si quid inuenisti, 14. quæst. 5. cap. erubescant, 32. distin.

Tertia est sententia distinguentium; Aut in his versamur, qui non possunt loqui, & tunc necessariò verba non requiruntur, quoniam mutus iurare potest, quod patet: quia testificari potest, si sciat scribere, vt not. Glos. in cap. testes, in vers. quæ nouerunt, 3. quæstio. 9. adducta l. discretis, C. qui testamen. facere possunt, is autem, qui testificatur, iurare debet, l. iusiurandum, C. de testibus, cap. tuis, capitu. fraternitatis, eodem titu. Aut in his versamur, qui possunt loqui, & verba requiruntur.

C Huius distinctionis autores sunt Alexan. ad l. 1. ff. de verb. obl. Castren. Aret. Ias. in l. qui iurasse, ff. de iureiur. Et eam esse iuri valde consonam, dicit Alciatus *in Rub.* de iureiur. nu. 23.

Mihi ea sententia videtur probabilior, quæ negat verba esse necessaria, & consuetudine quoque recepta est, teste Alciato loco proximè citato.

Nec prioris sententiæ fundamentum obstat, quia quod attinet ad textum in §. sed neque, in Authent. de Mandatis Principum, nihil probat; Dicit enim Imperator ibi: Præsides non debere facilè in longius tempus, quàm triginta dierum securitatis promissionẽ concedere, quẽ vulgo saluum cõductum appellamus. Sic enim Holoander transtulit, Et rectè fidem publicam, siue verbum & securitatem publicam.

Ad tex. in cap. penult. de iureiur. responsio patet: quia iuramentum ibi Clericum non obligat ad seruanda statuta postea facta, non verborum defectu: sed quoniam
D iuramentum is præstiterat de seruandis statutis conditis. Quamobrem tale iuramentum extendi non potest ad futura, sed nouo iuramento & consensu opus fuit. Adferuntur & alia quædam pro contraria sententia, sed leuiora sunt, quàm vt confutatione egeant.

CAPVT IX.

Conciliatio l. puberes, 101. ff. de verb. oblig. cum l. si curatorem, C. de in integ. restit. minor.

SEd vt reuertamur ad l. si curatorem habens, C. de in integrum restitut. minor. illud etiam controuertitur, quomodo sit concilianda cum l. puberes, 101. ff. de verborum obligation. Dicit enim hæc: *Puberes absque curatoribus suis ex stipulatu obligari posse.* Illa verò, minorem, qui curatorem habet, res distrahere non posse absque curatoris autoritate.

Anti-

Antiquorum interpretum communis eſt ſententia, l.101.loqui de puberibus curatores non habentibus, vnde non diſcrepat à l. ſi curatorem habens, quoniam & illa vult adultum curatore carentem contrahere poſſe.

Nō rectè, quia textus dicit; Puberes ſine curatoribus ſuis poſſe ex ſtipulatu obligari. Illud verbum, *Suis*, indicat Iuriſc. loqui de puberibus curatores habentibus.

Iacobus Cuiacius in Commentarijs d.l.101. ita reſpondet, puberes, qui curatores habent, ex ſtipulatu obligari poſſe, vt ibi, ſed res ſuas diſtrahere non poſſe, vt in d.l. ſi curatorem: Quia curator datur rebus, vnde res diſtrahi non poſſunt eo non conſentiēte. Sed quo minus minor ſuam perſonam obligare poſſit abſque curatoris autoritate, nihil impedire poteſt, facit quod habetur in l.ſciendū, ff. de ritu nuptiarum.

Cæterùm, Franc. Duarenus contra in Commentarijs d.l.101. *Nec ſententiam eorum probo*, inquit, *qui diſtinguūt alienationem rerum ab obligatione perſonæ. Cum Diocletianus in Reſcripto ſuo de rerum venditione loquatur, ex qua perſonalis naſcitur obligatio, nec minus ſtipulatione, quàm venditione res alienari poſſint, ſi traditio ſequatur.*

Non rectè Duarenus; quia venditionis cōtractus nō ſolùm obligationem perſonæ continet, ſed rerum etiam diſtractionem, quare licet obligare ſe minor poſſit, non tamen res diſtrahere poteſt, quod fit per venditionem, & ſic argumentum Cuiacij non tollitur.

Quod vero res ex ſtipulatu poſſint alienari, ſi traditio ſequatur, nihil officit Cuiacij ſententiæ. Nam Iuriſc. in d.l.101. non de tali ſtipulatione loquitur, quæ cum traditione transferat dominium rei, nec talem poteſtatem minori concedit abſque curatore, ſed tantum dicit obligari poſſe puberem ex ſtipulatu, quod eſt accipiendum de perſonali obligatione iuxta naturam ipſius tituli de verborū obligationibus, non autem vbi ſtipulatio rerum cōtinet alienationem, quia ſic repugnaret Diocletiani & Maximiani Reſcripto, in d.l. ſi curatorem habens.

Impugnat & Cuiacij interpretationem Robertus Aurelianus, lib. 1 Animaduerſionum Iuris, c.12. Sed reſpondet egregiè Antonius Mercator in notis ad illud caput. Nec illam reſponſionem euertunt, quæ idem Robertus replicat in notas Mercatoris. Videat, qui cupit, neque enim mihi omnia referre in animo eſt.

CAPVT X.

Vtrū Conſtitutio Friderici Imperatoris, quæ eſt in Auth. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vend. locum habeat in impubere doli capace.



QVod Imperator Fridericus ſtatuit in Auth. Sacramenta puberum, C. ſi aduerſus vend. locum ſibi uindicare etiam in impuberum iuramentis, quando ſunt doli capaces, exiſtimarunt ibi Bar. Caſtr. & Alex. in l. qui iuraſſe, ff. de iureiur. Rom. ad l. is cui bonis, ff. de verb. obl. Andreas Iſernia, & Afflict. in §. item Sacramenta puberum, ti. de pace iuram firman. Affl. decis. 321. & ibidem Vrſillus, in Addit. Panorm. in conſil. 59. lib. 1. & in conſi. 108. lib. 1. Hoſt. Io. And. & Imola, in c. cum contingat, de iureiur. Archid. in c. quamuis, de pactis, lib. 6. Dec. & Cagn. in l. pupillum, de reg. iur. Corneus in conſ. 240. lib. 1. Seraphinus Senenſis de priuilegijs iuramenti, Priuil. 83. nume. 24. & 25.

Argumenta ſunt iſta. Primum ſumitur ex eo, quòd pupillus tenetur furti & periurij, cap. 1. de delictis pueror. l. impuberem, ff. de furtis, l. pupillum, de reg. iur.

Secundum eſt ex c. ex litteris, 2. de Sponſalib. vbi dicitur impuberes iuramēto obligari ad matrimonium contrahendum.

Tertium ex l. vlt. ff. de liberali cauſa, ibi: *In eum, qui impubes iurauerit, ſcilicet, qui & iurare potuerit, danda eſt vtilis actio*, &c.

Cæterum, contrariam ſententiam ſecuti fuere Gloſſa, A Petrus Cynus, Iacobus Butr. Baldus, Angelus, Fulgoſ. Alber. & Iaſ. in d. Auth. Sacramenta puberum. Alc. in c. cum contingat, nu. 229. de iureiur. Couuar. in Epitome de ſponſalib. par. 2, c. 5. §. 1. nu. 4.

Argumenta ſunt iſta. Primum, quia Friderici Conſtitutio loquitur de pubere, ergo non eſt trahenda ad impuberem.

Secundum eſt, quia iuramentum debet habere tres comites, Veritatem, Iuſtitiam & Iudicium, cap. etſi Chriſtus, de iureiur. Impubes autem non uidetur habere iudicium, ſaltem plenum ac integrum, ut requiritur.

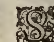
Tertium eſt ex eo, quod impubes uoto non obligatur, c. 1. de Regularib. lib. 6. nec igitur iuramento.

Hanc ſententiam poſteriorem veriſſimam eſſe cēſeo: Eſt enim animaduertendum non ſolùm eam conſtitutionem de puberibus loqui, verum etiam continere maximum rigorem, quia mandat Sacramenta puberum ſuper alienationibus rerum ſuarum inuiolabiliter obſeruari, B cum tamen alioqui alienationes fieri non poſſint abſque decreto Iudicis, vt patet ex toto tit. ff. de reb. eor. qui ſub tutela vel cura, & C. de prædijs minor. Quamobrem non defuere olim, qui conſtitutionem illam damnarint, veluti Cyn. nec deſunt etiam hodie, vt patet ex Duaren. in commentarijs ad ti. C. de in integ. reſtit. minor. Ideo lex Friderici videtur eſſe intelligenda de ſolis puberibus, non etiam ad impuberes extendenda.

Ad argumenta facilè reſponderi poteſt: Nam etſi delinquendo impuberes obligentur, vel etiam matrimonium contrahendo, aut in alijs caſibus, non tamen rectè infertur eos etiam obligari, dum res ſuas alienant contra legis formam.

CAPVT XI.

C *Vtrum contractus iuramento confirmetur, cum alioqui eſt inualidus, an verò ipſum duntaxat iuramentum ſeruandum ſit.*



SEd hic controuertitur, an contractus minoris ſuper alienatione rerum, & aliorum, qui eſt alioqui inualidus, iuramēto cōfirmetur.

Et ſunt qui negent confirmari, ſicuti Iaſ. in Auth. Sacramenta puberum, nu. 37. C. ſi aduerſus vend. Alc. in c. cum contingat, num. 116. de iureiur. vbi alios citat; quorum fundamentum illud eſt, quòd Leges & Canones dicunt iuramenta obſeruari debere, non autem contractus iuramento firmari, vt patet ex d. Authen. Sacramenta puberum, & ex dicto cap. cum contingat.

Cæterum, contraria ſententia, quæ tales contractus iuramento confirmari docet, mihi uidetur & communior & probabilior. Primum ex c. quamuis, de pactis, lib. 6. in illis verbis: *Si tamen iuramento, &c. firmatum fuerit, omnino ſeruari debebit.* Hæc verba referuntur ad ipſum pa- D ctum, & indicant illud iuramento firmari.

Secundo ex l. 1. C. ſi aduerſus vend. in illis verbis: *Neque perfidiæ, neque periurii me authorem ſperare debuiſti*; illud verbum (*Perfidiæ*) refertur ad contractum, vnde ſi iuramento non confirmaretur, nulla eſſet perfidiæ deteſtatio, quia contractus minorum quinque & viginti annis ſuper alienationibus bonorum, ex Legibus & Conſtitutionibus infirmantur, daturque minoribus ea poteſtas, vt eos infringant, vt in l. 1. & toto titu. ff. de reb. eorum, &c. & C. de prædijs minorum.

Tertio hoc argumento moueor, quia ſi duntaxat iuramentum ſeruandum eſſet, & non etiam contractus confirmaretur, videretur eſſe cogendus is, cui iuramentum præſtatur, ad relaxandum tale iuramentum; veluti præſtitum in contractu nullo, & inualido, ac proinde illicito, ac non ſeruando, argumento c. 1. de iureiur. Quod tamen nuſſibi vel Canones, vel Leges inſinuant.

Atque hanc ſententiam ſecuti fuere Barto. in l. ſi quis pro eo, num. 9. ff. de fideiuſſor. Curt. in conſi. 47. nu. 4. &

alij, quos refert, & sequitur Couuar. in c. quamuis, in 2. par. relect. §. 1. nu. 7., de pact. lib. 6. & Seraphinus Senēsis alijs adductis de priuilegijs iuramenti, priuil. 61.

Ad argumentum respondeo, vtrunque caueri, vt uidelicet & iuramentum seruandum sit, & contractus ipse tā quam iuramento firmatus.

CAPVT XII.

Vtrum ex iuramento promissorio oriatur actio.

CElebris est controuersia; vtrum ex iuramēto, quod promissorium vocatur à Doctoribus nostris, oriatur actio & obligatio. Quæ res vt melius intelligatur, prius differēdum est, quid secundum ius Canonicum.

Quod attinet ad ius ciuile, duæ sunt Doctorum sententiæ; Altera ex iuramento actionem & obligationē oriri: Altera vero non oriri actionem, neque obligationē, sed officium Iudicis implorandum, quo is, qui iurat, compellatur ad obseruandum iuramentum.

Prioris sententiæ autores fuere quidam Vltramontani Doctores, vt refert Bald. in l. 1. C. de operis libertor. Item Ludou. Romanus ad l. si quis maior, C. de transac. & Io. Franc. Purpuratus, ibid. nu. 21. Fortunius ad c. 1. de pact. nu. 23. Io. Corasius ad l. admonendi, nu. 12. ff. de iureiur. Didacus Couuar. in Relec. Rub. de pact. par. 1. §. 2. post nu. 4. & 5. Seraph. Senensis, alios citans, de priuil. iuramenti, priuil. 19. His addi possunt Zasius in Rub. ff. de verb. obl. nu. 12. Sarmientus, lib. 1. Selectarum interpretationum, cap. 3. & Petrus Calephatus, ad l. iurisgentium, §. igitur nuda, nu. 56. ff. de pact.

Posterioris autem sententiæ autores sunt Bart. ad l. si quis pro eo, col. 2. ff. de Fideiuss. Imol. in c. cum cōtingat, nu. 30. de iureiur. Corneus in Auth. Sacramenta puberum, ante nu. 39. C. si aduersus vend. Alex. in l. si quis maior, col. vlt. C. de transac. & ibid. Alc. nu. 64. & Cagn. nu. 130. Ias. in l. iusiurandum, nu. 7. ff. de iureiu. Cuiacius in Paratitlis ad ti. C. de reb. creditis & iureiur.

Prioris sententiæ argumēta sunt ista. Primum ex l. vt iurisiurandi, ff. de operis liber. & ex l. vlt. ff. de liberali causa, quibus ex legibus apparet, ex iureiurando liberti obligationem oriri.

Secundum est ex d. Authen. Sacramenta puberum, & l. 1. C. si aduer. vend. & alijs simil. locis, quibus statuitur iuramenta esse inuiolabiliter obseruanda, & eis cōfirmari contractus & pactiones. Videtur enim in consequentiam dicendum, ex eis oriri actionem & obligationem.

Tertium est ex l. si quis maior, C. de transact. quatenus ibi dicitur, agi posse ad pœnam consequendam, quæ transactioni est adiecta. Nam cum ex transactione non oriatur actio, l. cum proponas, C. de pact. cur in ea specie agi possit, iuramentum, quo transactio est firmata, in causa esse potest.

D Quartum argum. est ex l. quæ sub conditione, §. quoties, ff. de cond. instit. & in l. hæc scriptura, ff. de condit. & demonst. quibus in locis habetur, hæredem, qui iurauit se daturum vel facturum, compellendum esse ad dandum vel faciendum.

Postremū est l. seruum, ff. de manumissis testam. in fi. ibi: *Quia nisi post manumissionem iuret, non obligatur*, & ex l. si quis decedens, §. Codicillis, de leg. 3. ibi. *Respondit ex his quæ proponerentur, scilicet cum iusiurandum dedisset super hoc testator affirmans, credendum esse scripturæ*. Citantur hæ leges à Sarmiento loco annotato.

Posterioris autem sententiæ præcipuum fundamentū est in l. si quis pro eo, ff. de Fideiussor. *Si quis pro eo*, inquit *qui libertus non esset, & operas præstiturum se iurasset, fideiussisset, non tenebitur*. Nam si obligatio nasceretur ex iureiurando, fideiussor teneretur.

Posterior hæc sententia mihi verior videtur, non quidem eo argumēto, quod iam allatum est, Illud enim egregiè confutant Couuar. & Sarmiētus locis annotatis, sed A eo argumēto, quod nullibi cautum reperitur, ex iureiurando actionem oriri, seu obligationem, præterquam in liberto, qui operas promiserit, l. vt iurisiurandi, ff. de oper. liber. Vlp. *Vt iurisiurandi*, inquit, *obligatio contrahatur, libertum esse oportet, qui iuret, & libertatis causa iurare*. Vnde & Caius lib. 2. Institutionum, ti. 9. *Item & alio casu*, inquit, *vno loquente & sine interrogatione alio promittente, contrahitur obligatio. Id est, si libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse iurauerit. In quo superà dicti liberti non tam verborum solennitate, quam iurisiurandi religione tenentur, sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest.*

Ex his patet responsio ad primum argumentum, est enim ita specialiter in liberto constitutum, ex quo sequitur, vt in alijs personis secus sit dicendum.

Ad secundum respondeo, iuramento contractus confirmari, & ex eis actionem oriri, non autem ex iuramento confirmante, quia illud non est aptum, nec inuentum B ad actionem producendam.

Ad tertium respondeo, pœnam peti posse in specie d. l. si quis maior, quia per stipulationem promissa fuit, solebat enim olim adhiberi stipulatio pœnæ, vt declarat Alciatus, ibid. nu. 66.

Ad quartum respondeo, hæredem, qui iurauit se daturum vel facturum, compellendum esse, sed nō iure actionis descendentis ex iureiurando, sed iure obligationis descendentis ex vltima voluntate defuncti.

Ad vltimum respondeo, illud in liberto loqui, quem diximus ex iuramento obligari. Ad §. Codicillis, respondeo, non probari ex eo, quod iuramentum actionem producat, sed quod scripturæ sit credendum, propter iuramentum testatoris.

Quod vero attinet ad ius Canonicum, ex iuramento actionem oriri docuerunt Glo. in c. quoties cordis oculis, 1. q. 7. Io. And. & Host. in c. cum venissent, de instit. Bar. in l. si quis pro eo, col. 2. ff. de fideiuss. Felyn. in c. 1. de C iureiu. Fortunius in c. 1. nu. 26. de pact. Corasius in prælud. l. admonendi, n. 17. ff. de iureiu. Ant. Corsetus in rub. de iureiu. nu. 11. Alc. in c. cum contingat, de iureiu. & in l. si quis maior, nu. 68. C. de transact. Sarmientus Select. interpret. c. 3. lib. 1. Couuar. Seraphinus & Calefactus, in locis superius annotatis.

Fundamentum est in c. cum contingat, de iureiur. & concordantibus, quibus dicitur contractus iuramento confirmari. Item in c. debitores, & in c. 1. eo. ti. vbi is, cui præstatur iuramentum, illud remittere potest, ex quo sequitur, quod actionem habeat. Facit tex. in cap. ecce. 22. quæst. 2. ibi: *Non enim quando iuras, tibi, aut lapidi, sed proximo tuo iuras.*

In contraria aūt sententia fuere Inno. in c. nouit. de iudic. & in c. cum venissent, de instit. Imolensis in c. cum contingat, post nu. 31. vers. Sed aduerte, de iureiur. Ias. in l. iusiurandum, nu. 8. ff. eod. ti.

Fundamentum est, quia nullus locus proferri ex iure D Canonico potest, vbi probetur, actionē oriri ex iureiur. immò per censurā ecclesiasticam cōpellendum esse eū, qui iurauit, ad præstandum quod promisit, docet S. Pont. in c. vlt. de foro comp. lib. 6. *Cum C. Laicus* (inquit S. Pont.) *pro quo soluisti, &c. te seruare recuset indemnem contra iuramentum, &c. ipsum coram Ecclesiastico iudice, &c. de iure poteris conuenire. Vt ipsum monitione præmissa, per censuram ecclesiasticam, &c. prauia ratione compellat.*

Hæc sentētia mihi verissima videtur. Ad argumēta in contrariū video, negandū singulorum consequentiā. Et si enim iureiur. contractus confirmatur, non tamē sequitur actionem ex eo nasci, quia iuramentum non est modus actionis inducendæ & obligationis, ex qua oriatur actio.

Rursus non est bona consequentia. Iuramentum præstatur parti, & illa potest remittere, ergo actionem habet. Nam ius habet pars, cui præstatur iuramentum, vt possit per officium iudicis iurantem compellere ad seruandum iuramentum, & illud ius remittit, cum iuramentum remittit.

CAPVT XIII.

De potestate secularis Principis relaxandi seu remittendi iuramentum, & de eo statuendi.

INgens controuersia est, an liceat Principi seculari iuramentum relaxare, & remittere, ac de eo statuere.

Sunt enim qui affirmant, Accursius in l. adigere, §. vlt. ff. de iure patronatus, & alij, quos commemorat Iason in l. vlt. ff. qui satisd. cogan.

Sunt qui negant, & horum maior est numerus, vt refert Iason loco annotato, Couuar. ad c. quamuis, de pactis, lib. 6. 1. par. Relect. §. 3. nu. 7.

Sunt qui ex causis iustis publicam vtilitatem respicientibus id licere contendant, veluti Couuar. loco annotato, post alios quos citat.

Sunt qui legem seu statutum fieri posse dicant, vt iuramentum in certis contractibus non obliget, sed præsumatur dolo extortum, Bart. in l. omnes populi, nu. 24. ff. de iustitia, & iure, alios citat Iason in d. l. vlt. ff. qui satisd. cogant. & Seraphin. priuileg 83 nu. 79. Nec desunt, qui hanc etiam potestatem Principibus negent, Ruinus in cons. 51. nu. 23. lib. 1.

Prioris sniæ fundamentum est in d. l. adigere, §. vlt. *Lege Iulia*, inquit, *de maritandis ordinibus remittitur iusiurandum, quod liberto in hoc impositum est, ne vxorem duceret.*

Confirmatur, quia parti est permissum iuramentum remittere, vt in c. 1. de iureiur. Ergò multò magis Principi, qui est Dominus.

Secundæ opinionis fundamentum est in cap. nouit. de iudic. & in c. venerabilem, de Electio. ibi. *Vtrum verò iuramentum sit licitum vel illicitum, & ideo seruandum, an non seruandum existeris, nemo sanæ mentis ignorat ad nostrum iudicium pertinere.*

Tertiæ opinionis fundamentum est ex l. quæ sub conditione, §. si quis sub iurisiurandi, ff. de Condit. instit. ibi: *Et magis est: vt remitti iurisiurandi religio debeat*, & in l. 2. C. de indicta viduit. toll. ibi: *Nullū concedimus fieri iuramentum, secundum prædictam legem.* Et in l. non dubium, C. de legib. ibi in fine. *Nec Sacramentum admitti.*

Quartæ opinionis fundamentum est, quia iuramentum dolo extortum, seu vi, non obligat, c. quamuis, de pactis, lib 6. c. cum contingat, de iureiur.

Quin autem possit lex ciuilis præsumere iuramentum dolo extortum, ex iusta causa, dubium non est; vt, si contractus fiat absque solennibus necessarijs, l. quemadmodum, C. de Agricolis, & Censitis, lib. 11.

Postremæ sententiæ fundamentum est, quòd iuramētum sit res spiritualis, de quo proinde statuere, ac disponere non possit Princeps secularis, sed Ecclesiasticus duntaxat; quoniā illa potestas: *Quicquid ligaueris super terram, & quicquid solueris*, data fuit Petro Apostolorum Principi & Successoribus, non autem laicis hominib.

Ego distinguenda esse arbitror iura vetera à nouis; Nam secundum leges veteres, Principibus absque dubio potestas de facto fuit remittendi iuramentum, & de eo disponendi, ac statuendi: sicuti probant leges pro priore sententia allatæ, & præclarè probat l. vlt. ff. ad Municipalem. ibi: *Imperatores Antoninus, & Verus scripserunt gratiam se facere iurisiurandi eis, qui iurauerat se ordini non interfuturum.*

Cæterùm scdm Canones, solus Ecclesiasticus iudex iuramentum relaxare potest, vt in c. nouit, de iudicijs, ꝙ vt seruetur æquum est, quicquid obloquatur Duar. in Comment. C. si aduersus vend. quia iuramentum præstatur Deo, & res spiritualis est; quam tractate, & de ea disponere ad eum spectat, qui potestatem habet à Deo. Is autem est Iudex Ecclesiasticus.

Nec obstat, ꝙ pars, cui præstitum est iuramentū, illud remittere possit, quia illi est ius quæsitum ex iuram. promissorio, ꝙ ius proinde remittere potest; & aliquando ēt debet, vt in d. c. 1. de iureiur. Ex quo non sequitur, Principem secularem illud remittere posse. Nam neq; illi iuramentum est præstitum, neque ius quæsitum est ex eo.

Nullam itaque constitutionē laici Principis valere iudico de iuramento quouis modo relaxando seu infirmādo præcipientē, nisi ab Eccles. autoritate robur accipiat.

CAPVT XIV.

Possitne minor grauiter læsus in integrum restitui aduersus contractum iuramento firmatum, & absolui à iuramento.

DIsputatio grauis, & perplexa est, Vtrum minor aduersus contractum iuramento firmatum restitui in integrum possit ob enormē læsionem?

Et quidem negant quamplurimi restituēdum, multi affirmant. Nonnulli distinguunt inter læsionem enormem & enormissimam. Vide Doctores in Authen. Sacramenta puberum, C. si aduersus vend. & in c. quamuis, de pactis, lib. 6. vbi Didacus Couuar. in 3. part. §. 4. nu. 3. Antonium Gabrielium Comau. Concl. tit. de iure dotium, Concl. 1. nu. 8. & 9. Pancirolum, in cons. 1. Menoch. in cons. 401. lib. 1. Seraphinum Senens. de priuileg. iuramenti, priuileg. 136.

Qui minorem restituendum negant, eo nituntur argumento, quòd iuramenta puberum inuiolabiliter obseruanda esse, cautum sit, vt in d. Auth. Sacramenta puberum, & alibi. Nam si restituendus esset minor, non inuiolabiliter iuramentum seruaretur.

Huc accedat text. in l. 1. C. eod. tit ibi: *Neque perfidiæ, neque periurii me autorem futurum sperare debuisti.* Est enim necesse affirmare in ea specie minorem in integrū restitutionem postulasse, sed quia iurauit Alexander, aie se nolle autorem esse periurij.

Cæterùm, qui affirmant, eo argumento vtuntur, quòd vbi tàm enormis est læsio, videtur ibi dolus esse, argum. l. si superstite, C. de dolo, l. si quis cum aliter, ff de verbo. oblig. At vbi dolus interuenit, iuramentum non est seruandum, vt in c. cum cōtingat, de iureiur. ibi: *Neque vi, neque dolo*, &c. Et in d. c. quamuis, de pactis in 6.

Ego sanè procliuior in hanc posteriorem sententiam sum, quia iuramentum non debet esse vinculum iniquitatis, & iura subuenire solere enormiter læsis, ac deceptis, notius est, quàm vt probatione indigeat, vt patet ex l. si superstite, C. de dolo, ex l. maioribus, C. cōmu. vtriusque iud. ex l. si quis cum aliter, ff. de verb. oblig. & ex alijs locis. Quare vt maximè iuramenta puberum contractū firment, ac corroborent, non tamen efficitur, aduersus talia iuramenta negandam esse minoribus restitutionē, si læsi fuerint. Nam sic argumentari licet. Minoribus læsis, ac deceptis iura subueniunt, ac in integrum restitutionem concedunt l. 1. l. minoribus, & toto ferè tit. ff. de minoribus, & ff. de in integ. restit. Ergo & minoribus ita deceptis subueniendum erit, licet iuramento contractū confirmauerint.

Non obstat iuramentum, quia illud facit, vt minori non liceat contractum inualidū rescindere; Veluti quando absque curatore suo rem distraxit, l. si curatorem habens, C. de in integrum restit. Vel si cum curatore rem immobilem distraxit. Neque enim valet alienatio absq; decreto iudicis, vt dictum est suprà hoc eod. lib. c. 1. sed iuramentum operatur vt valeat, & seruandus sit contractus. Quare ad argumentum sumptum ex l 1. & ex Authen. Sacramenta puberum, C. si aduersus vend. respondetur, iuramenta quidem puberum esse inuiolabiliter seruanda, nec legem esse causam perfidiæ, aut periurij, ad hoc scilicet, vt contractus rescindatur tanquam nullus; non autem, quò minus in integrum restituatur pubes grauiter læsus: Iuramenti scilicet absolutione obtenta, ad effectū (vt vocant) in integrū restitutionē petendi.

Sic enim statuo, non eam fuisse mentem Friderici in

A d. Auth. Sacramenta puberum, & Alex. in d. l. 1. vt vno verbo vniuersum in integrum restitutionis beneficium minoribus, qui læsi sunt, concessum, tollerent.

Quòd si quis secus esse dicendum putet, eam ob cām, quòd Imperator Alexander de in integrum restitutione loquatur, sicuti & natura tituli ostendit; huic respondetur, nullum esse verbum in d. l. 1. quo significetur minorem illum, qui iurauerat, læsum fuisse, aut saltem enormiter læsum. Nam si læsus grauiter fuisset, non dixisset Imperator, se autorem illi perfidiæ non futurum; Minorib. enim ita deceptis, legibus est permissum, non exequi promissa, & aduersus ea restitutionem postulare.

Non me latet controuersiam esse non exiguam, an à tali iuramento peti possit absolutio, vt videre licet ex Iasone in d. Auth. Sacramenta puberum, nu. 42. & sequentibus alijs num.

Cæterum, eorum sententia magis probatur, qui affirmant peti posse, ea ratione, qua & aliàs argumentatus B sum lib. 1. c. 16. Nempe iuramētum esse relaxandum, vbi seruari non potest absque peccato eius, cui præstitum est, vt in c. 1. & in c. debitores, de iureiur. Neque enim debet esse iniquitatis vinculum, sed tres Comites habere, Veritatem, Iustitiam & Iudicium.

Porrò eum iniustè facere, & grauiter peccare, qui alterum contrahendo decipit, latè docet Couuar. Variar. resol. lib. 2. cap. 4. num. 11.

Fundamentum contrariæ sententiæ in eo est positum, quòd leges, & Canones iubeant iuramenta inuiolabiliter seruari; Quid ni? Sed non sequitur inde, quod subduut; nempe absolutionem peti non posse, quia etiam iuramentum de præstandis vsuris est seruandum, vt in c. debitores, de iureiur. & tamen nemo negat, quin absolutio peti, & impetrari possit, vt in c. 1. eod. tit.

CAPVT XV.

C *Vtrum fideiussor beneficium habeat excussionis, vbi iureiurando se obligauit.*

FIdeiussorem, qui iureiurando se obstrinxit, excussionis exceptionem non habere, censuerunt Baldus in c. Ex rescripto, de iureiur. & Anchar. ibidem in sexto notabili. Alex. in cons. 32. col. vlt. vers. Quarto principali fundamento, lib. 4. Capella Tholosana decis. 130. Marsilius in Rub. de fideiussorib. nu. 9. Gozadin. in consil. 32. nu. 24. Ronchegallus ad l. 3. §. vbi duo, nu. 127. ff. de duob. reis. Osascus decis. 43. nu. 4. & alij, vt per Seraphinum Senens. Priuileg. 88.

Horum fundamentum est præcipuum in d. c. ex rescripto, vbi Summus Pontifex debitori, ac fideiussori mandat vt soluat, & quidem simpliciter & absolutè, non autem adhibita vlla distinctione, an principalis debitor excussus fuerit necne: *Ideoque mandamus*, inquit, *quatenus tam Abbatem, &c. monere curetis, vt sicut iurarunt,* D *eandem conuentionem faciant adimpleri.*

Cæterum cōtrariam sententiam habuere idem Bald. sibi non constans in c. cum contingat, col. 10. de iureiur. Alexand. sibi contrarius in l. vlt. ff. si certum petatur, & ibidem Decius, & Iason, Felyn. in d. c. ex rescripto, Grāmaticus, cons. 170. Alciatus in d. c. cum contingat, num. 174. de iureiur. Couuar. in Relect. c. quamuis, in 1. parte, §. 4. num. 4.

Fundamentum est, quia iuramentum sequitur naturā actus, super quo interponitur, l. vlt. C. de non nu. pecun. Sed natura obligationis fideiussoriæ est, vt conueniri nō possit ante principalem debitorem. Ergò, &c.

Et hanc sententiam ego arbitror probabiliorem esse. Nec obstat text. in d. c. ex rescripto, quia non dicit ibi Sūmus Pontifex, fideiussorem amittere beneficiū legis, vt scilicet principalis debitor inprimis conueniendus sit; Et licet fideiussori mandet, vt soluat, id mandat ēt debitori. Nec tollit legis beneficium. Quod si iuramentum id ef-

A ficeret, necessè erat id exprimere. Sicuti aliàs Summus Pontifex solet, cùm aliquid statuit propter iuramentum, quod legibus repugnat, vt patet ex c. cum contingat, de iureiur. ex c. quamuis, de pactis, lib. 6. & alibi.

Huc accedat, quod excussionis beneficium, & exceptio summa nititur æquitate, adeò, vt pium esse dicat Imperator in Nouella 4. *Fideiussoribus, & id genus hominib. auxilium ferre.* Consequenter cum ius Canonicum æquitate potissimum nitatur, haudquaquam verisimile est, illud auferre iurantı beneficium, de quo agitur.

Alia quædam à Seraphino in medium afferuntur, sed leuiora quàm vt confutatione egeant.

CAPVT XVI.

Vtrum Emphyteuta, qui Canonem Emphyteuticum se soluturum iureiurando promisit, cadat iure suo, si uno duntaxat anno cessauerit in solutione.

B COntrouertitur, & illud inter Doctores circa vim & efficaciam iuramenti, Vtrum Emphyteuta, qui iuramento promisit se Canonem soluturum, & primo anno non soluit, statim expelli possit, etiam triennio non expectato, quod tempus à lege constitutum est, vt expelli possit, si cessauerit, l. 2. C. de iure Emphyt.

Et sunt multi qui affirmant, Non pauci etiam qui negant.

Affirmant Baldus in c. querelam, de iureiur. Alexand. in cons. 85. lib. 1. Ripa in c. 2. col. 5. de rescrip. Marsil. Singul. 226. Castelianus Cotta in verbo *Emphyteuta.* Rota pro maiori parte Duorum apud Cassiodorū decis. 2. titu. de iureiur. Alios citat Seraphinus de priuileg. iuram. priuileg. 84. quibus adde Aurel. Corbulum de iure Emphyteutico, cap. 15. Amplia. 40.

Fundamentum est in d. c. querelam, de iureiur. vbi pri- C uatur Ecclesiæ, quam obtinebat regimine, is, qui iurauit soluere, & non soluit. Item in l. si quis maior, C. de transact. vbi is, qui iuramentum non seruat, priuatur omni commodo & emolumento contractus.

Negant autem Curtius senior, in d. l. si quis maior, nume. 30. Addentes ad Alexād. in cons. 85. lib. 1. Couuar. in Relect. c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 1. par. §. 4. num. 5. & alij à Seraphino relati loco proximè citato.

Horum fundamentum est, quia lege constitutum est, vt Emphyteuta ita demum à iure suo cadat, si per trienniū in solutione cessauerit, l. 2. C. de iure Emphyt. Quod autem si iurauerit, & non soluerit, statim priuetur, nulla lege cautum est. Vnde iuramentum sequi debet naturā contractus, argumento l. vlt. C. de non num. pecun.

Hæc posterior sententia mihi sanè æquior, & probabilior videtur. Non obstat c. querelam, quia periurus excluditur ibi ab Ecclesiæ administratione, nos verò loquimur in contractu, in quo non ita cautum est, vt periurus D in plus teneatur, quàm lex & natura contractus postulet, vel vt ius suum amittat aliter, quàm lege caueatur.

Nec quicquam facit l. si quis maior, tum quia de Transactione specialiter loquitur, ac intelligenda est, vt aliàs disputatum est, tum quia nihil aliud vult, quàm iurātem carere commodo contractus, id est, actione, quam habebat ex contractu. Est enim iniquum, vt quis velit sibi seruari fidem, quam ipse violauit. Sed in proposito, ita lege cautum est, vt Emphyteuta non obseruans fidem, & sic in solutione cessans, non statim ius suum amittat, sed ita demum, si per triennium cessauerit, ergo non potest hoc iure priuari propter periurium; quia illud facit quidem, vt magis peccet, & ideo etiam Deum, quem offendit, vltorem habeat, iuxta l. 2. C. de reb. cred. non autem, vt ante triennium, contra legis decreta, expellatur. Quæ enim erat difficultas Legumlatori ita decernere, si voluisset? Non igitur nobis licet interpretatione nostra nouam legem condere, qua uetus abrogetur in aliquo casu, de quo nulla fit mentio in iure Ciuili, uel Canonico.

CAPVT XVII.

An iuramentum efficiat, vt obligatus ad factum, præcisè compelli possit.

COmmuniter receptum est, eum, qui ad factũ obligatus est, præcisè compelli non posse: Sed soluendo id, quod interest aduersarij, liberari: quam sententiam deducunt, ac probant Doctores ex l. stipulationes non diuiduntur, ver. Celsus, ff. de verbor. oblig. & ex alijs locis, de quibus nunc non disputo.

Cæterum est controuersia, an si promissioni iuramentum accesserit, idem statuendum sit, an verò propter iuramentum is, qui promisit, compelli præcisè possit. Et quidem compelli posse docuerunt Glossa in l. si pecunia. ff. de condi. causa data. Iason & alij eo loco, & plures alij quos commemorant Couuar. in Relect. c. quamuis, in 1. parte. §. 4. num. 6. de pactis, lib. 6. & Seraphinus Senensis de priuileg. iuramenti, priuileg. 74.

Sed contrariam sententiam habuerunt Corneus in cons. 246. lib. 4. Io. de Anan. in c. querelam. Ne prælati vices suas, &c. Decius in cap. primo. nu. 23. de Iud. Afflict. decis. 295.

Quorum illud est fundamentum, quod iuramentum sequitur naturam contractus, seu obligationis, cui adijcitur l. vlt. C. de non num. pec. cum similibus.

Sed mihi magis probatur prior sentẽtia, quæ communior, æquior & tutior est. Nam is, qui iurauit, tenetur seruare iuramentum. Nemo autem negat, quin magis dicatur seruare iuramentum is, qui præcisè facit, quod promisit. Cum potest id facere, quam is, qui nõ facit, sed præstat, quanti stipulatoris interest. Vt ergò iuramentum aliquid operetur, quod alioqui robur maius addere obligationi consueuit, existimarem promissorem esse præcisè compellendum ad factum: Præsertim cum & alias fauore libertatis specialiter sit constitutum, vt obligatio facti sit præcisa. l. qui Romæ, §. Flauius, ff. de verb. oblig. Item & fauore Reipublicæ, vt in l. Fideicõmissa, §. vlti. de leg. 3. Cur ergo non idem sit statuendum fauore religionis iurisiurandi.

Quod autem obiicitur ex l. vlt. C. de non num. pecun. nihil obstat, quia iuramentum non obligat eum, qui iurauit, præter eius consensum, vt ibi, sed hic consensus adest, exceptio nulla est, Iuris tantum quædam subtilitas obijcitur, quæ causa religionis cedere debet. Atque ita puto.

CAPVT XVIII.

Vtrum fideiussores dotium iureiurando obligentur.

NE fideiussores dotium restituendarum dentur, cautum est l. 1. & 2. C. ne fideiussores dotium dentur: Sed vtrum, si fuerit datus fideiussor, & is iureiurando se obligauerit, teneatur, non vsque adeò exploratum est.

Et quidem non teneri, neque conueniri posse, atque hac in parte iuramentum nihil derogare legibus, docent Bartol. in l. si quis pro eo, nu. 9. ff. de fideiuss. Alciatus in c. cum contingat. nu. 312. de iureiur. & alij vt per Seraphinum, Priuileg. 69.

Argumentũ illud est, quod cũ lex prohibeat dari fideiussores, is peccare videatur, qui aduersus legem facit, iuxta illud: *Qui Principi non obedierit, morte moriatur.* c. 2. de Maior. & obed. Item quia videtur esse contra bonos mores, quo casu iuramentum non est obligatorium. ca. non est obligatorium, de reg. iu. lib 6.

Esse contra bonos mores ex eo patet, quod lex fideiussores dari vetuit, ne inter coniuges perfidiæ occasio oriatur, absurdum enim censuit dotem datam ei non tuto credi, cui persona committitur & creditur.

Contrariam sententiam secuti sunt Baldus Nouellus

A de dote, parte 6. priuileg. 21, limitatione 12. & Couuar. alios citans in Relect. c. quamuis, in 2. par. §. 2. circa finẽ, de pactis lib. 6.

Et hæc sententia mihi probabilior videtur, Nam iuramentum hoc in casu non repugnat iuri diuino aut naturali, nec vllum continet peccatum, & licet iustas ob causas lex vetuerit dari fideiussores, non tamen efficitur, quin iuramento accedente, illud seruandum sit; vt in simili docet summus Pontifex d. c. quamuis, & in ca. cum contingat, de iureiurando.

Non obstat quod dicitur eum peccare, qui contra legum prohibitionem facit. Nam etsi contra legem faciat, qui fideiussorem exigit, iuramento tamen obligatur fideiussor, qui promittit: Sic & qui vsuras promittit, obligatur iuramento, licet contra legem faciat, vt in ca. debitores, de iureiur. Sic lex vetat fundum dotalem alienari, & tamen iuramentum alienationem confirmat, vt in d. ca. cum contingat.

B Non obstat, quod dicitur, esse contra bonos mores, quia id negatur. Neque enim quicquid iustas ob causas lege ciuili est prohibitum, statim contra bonos mores factum dici potest, Exemplum sit in specie d. c. quamuis, & d. c. cum contingat.

CAPVT XIX.

An stipulatio alteri facta iure canonico sit efficax, & quid si iuramento vallata sit.

ALteri stipulari nemo potest, l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verbor. oblig. sed vtrum id etiã iure canonico procedat, controuertitur. Nã iure canonico stipulationem alteri factam esse efficacem, censuerunt Glos. in c. quoties cordis oculus. 1. q. 8. Ant. Butr. in ca. si cautio. de fide instrum. Bald. in l. illud, C. de sacrosanct. Eccles. Couuar. in
C c. quãuis, de pactis, lib. 6. in 2, part. §. 4. nu, 9. vers. Decimò vt ad propositam.

Fundamentum est, quoniam iure ciuili ideo non valet stipulatio alteri facta, quia inuẽtæ sunt stipulationes, vt vnusquisque sibi acquirat id, quod sua interest: vt in d. §. alteri. Hęc aũt ratio iure canonico nõ inspicitur, sed illa tantum, vt quia fidem seruet, quia ita ratio naturalis docet: Vnde & communis est sententia Canonistarum, in c. 1. de pactis, ex pacto nudo actionem oriri secundum ius Canonicum.

Contrariam sententiam secuti fuere Felyn. in Procemio Gregoriano nu. 23. Abbas in d. c. si cautio. col. 3. de fide instrum. Io. Faber in §. Alteri, in Instit. de inut. stip. Imola, Romanus, Alexander, Ias. & Alc. in d. l. stipulatio ista, §. alteri, quibus & ipse assentior.

Probatur primo, quia non est inducendum aliquod discrimen inter ius canonicum & ciuile, nisi expressum sit, ut in c. 1, de op. no. nunc. sed nullibi iure canonico est
D expressum, alteri stipulationem factam valere contra iuris ciuilis regulas. Ergo non valet.

Secundum argumentum sumi potest, ex cap. quanquã de vsuris, lib. 6. quatenus ibi exigitur persona publica, vt stipulatio alteri fiat.

Tertium est ex eo, quod etiam iure canonico valet exceptio illa; *Tua non interest,* cap. cum inter, de elect. cap. non solent. 1. q. 7. Sed vt alteri detur, stipulantis non interest, vt ait text. in d. §. alteri, Ergò stipulatio alteri facta etiam iure Canonico non valet.

Ad contrariæ sententiæ argumentum respondeo; illud non obstare, quia etiam iure ciuili proditum est, seruandam esse fidem, & tamen alteri stipulari nemo potest, Sunt enim certi modi, quibus aliquis obligetur: Alioquin si generalis illa regula inspiciatur, fidem seruandam esse, etiam minorum, & pupillorum, & Ecclesiarum contractus & promissiones erunt efficaces absque solennibus iure necessarijs, quod tamen est absurdum.

Quòd

A Quòd vero dicitur: In pacto nudo actionem oriri, iure canonico verum non est, vt est dictũ supra lib. 1. c. 99.

Cæterum si iuramentum accesserit stipulationi, eam esse efficacem docuere Bar. in l. si quis pro eo. ff. de fideiusso. Glo. in d. c. quones cordis oculus. 1. q. 7. Bald. in l. nam postea, §. iusiurandum, ff. de iureiur. Iason in d. l. stipulatio, §. alteri, ff. de verb. oblig. Couuar. in d. ca. quamuis, in 2. part. § 4. num. 11. Seraphinus de priuileg. iuramenti. priuileg. 24.

Argumenta sunt illa. Primum. stipulatio alteri facta valet, si pęna adijciatur, d. §. alteri. Ergo multo magis, si iuramentum accesserit.

Secundum. Ex stipulatione alteri facta nascitur saltē naturalis obligatio, quia promissio inest, l. 1. ff. de pactis. Ergo si iuramentum accesserit, efficacem producet obligationem.

Tertium. Iuramentum præstatur Deo. ca. Debitores. de iureiur. Deus autem partis præsentiam supplet, l. properandum, §. cum autem, C. de Iudicijs.

B Quartum. Iuramentum confirmat contractus, & pacta alioqui iure ciuili inualida, c. quamuis, de Pactis, lib. 6. c. cum contingat, de iureiu. Ergo confirmabit etiã stipulationem alteri factam, quamuis iure ciuili nullam & efficacem.

Quintum. Vbi iuramentum obligationi adijcitur, ibi non inspicitur an intersit stipulantis, quia seruandum est iuramentum, vt patet ex c. debitores, de iureiur.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est, φ iuramentum sequatur naturam principalis obligationis, quod si illa non valeat, non iuramentum aliquid operetur. l. non dubium, C. de legib. l. vlt. C. de non num. pec.

Huc accedat quod illa exceptio, *Tua non interest*, etiã iure canonico rectè obijcitur, vt dictum est supra ex ca. cum inter, de elect.

Sed mihi probabilior videtur prior sententia. Licet enim nullus textus iuris canonici de stipulatione alteri facta, cui iuramentum accesserit, loquatur, tamen cum illa non valeat ex solis iuris ciuilis regulis, certè iuramento accedente, valere debet, sicut & aliæ obligationes & conuentiones iuramento firmantur, quæ tamen iuris ciuilis regulis improbantur. Nec enim vlla ratio diuersitatis ad ferri potest.

C Ad argumenta respondeo. Non prohiberi lege Cæsarea stipulationem alteri factam, sed efficaciam denegari. Ideo non ad rem pertinet regula l. non dubium, C. de legib. Et licet iuramentum regulariter sequatur naturam actus, tamen id non procedit, vbi agitur de cõtractu lurari efficacia, quia licet absq; iuramento reprobetur, iuramento tamen adhibito valet, & seruandum est.

Quod vero dicitur exceptionem illam, *tua nõ interest*, etiam iure canonico obtinere, nihil obstat, quin iuramentum erit seruandum, & salua nihilominus debitori, seu promissori exceptio erit seu repetitio, postquam iuramentum obseruauerit, vt in simili habetur in d. c. debitores, de iureiuran.

D

CAPVT XX.

Qui promisit alienum factum sub pęna, vtrum excusetur, si fecit quicquid potuit, & is, qui facere poterat, noluit facere.



Excusandum omnino, neque pęnæ obnoxiũ esse debere eum, qui omnem adhibuit diligentiam, vt alter faceret, si is noluit facere, licet factum alienum promiserit sub pœna, docuerunt Glo. in c. ex rescripto, de iureiur. & ibidem Felyn. Bart. in conf. 236. Martinus promisit. Federicus Senens. in cõs. 121. Dec. in l. impossibilium, de reg. iur. & in conf. 313. Afflictus decis. 295. alios citans. Couuar. in c. quamuis, in 2. par. §. 4. nu. 3. de pactis, lib. 6. & Menochius in conf. 139. nu. 13. lib. 3.

Fundamentum est in l. si vehenda, §. vlt. ff. ad l. Rhodiam de iactu, ibi. *Idem iuris erit, si cum ea conditione à te conduxisset, vt certam pœnam tibi præstaret, nisi ante constitutum diem merces suas eò loci exposuisset, in quem debebãt das eas merces locasses, nec per eum staret, quò minus remissa sibi ea pœna spectaret*, &c. Et quia difficultas excusat à pœna periurij, vt in cap. breui, de iureiur. & in c. significãte, de pignoribus.

Contrariam sententiam amplexi fuere in l. si ita stipulatus fuero te sisti, §. possum, col. 2. ff de verb. oblig. Ias. in l. stipulatio ista, non procul a principio, ff. eod. & Zasius ibid. nu. 16. 17. Soc. sen. in conf. 288. lib. 2.

Argumenta sunt ista. Primum sumitur ex d. l. stipulatio ista, ff. de verb. oblig. ibi: *At si quis velit factum alienũ promittere, pœnam, vel quanti ea res sit, promittere potest*, &c. Si pœnam promittere debet, ergo si non fiat, quod promissum est, præstanda erit: alioqui inutilis erit pœnæ promissio: etsi enim factum alienum non sit in potestate promittentis, est tamen in eius pŏtate pęnæ solutio.

Secundum argumentum est ex l. qui autem, §. sed etsi quis, ff. de constit. pecun. vbi Vlpianus: *Sed etsi quis*, inqt, *certam personam fideiussuram pro se constituerit, nihilominus tenetur, vt Põponius scribit.* Quid tñ *si ea persona nolit fideiubere? Puto teneri, eum qui promisit, nisi aliud actũ est.*

Tertium sumitur est l. sancimus, C. de fideiussorib. *Sãcimus*, inquit, *si quis pro alio spopõderit, quatenus eum intra certum tempus tradat, &c. Et tempore statuto iam effluente non poterit eum repræsentare, non statim pecunias pro eo stipulatas inferre: sed competere quidem post tempus elapsum omnimodo pœnalem actionem*, &c.

Quartum sumitur ex regula. Subueniendum non esse ei, qui propria voluntate se in necessitatem coniecit, l. si fideiussor, §. si necessaria, ff. qui satisd. cogantur.

Quintum est huiusmodi. Nam si promittens excusaretur, ille posset colludere cum eo, cuius factum promisisset, vt nempe diceret se nolle facere, vnde stipulatio eluderetur. Malitijs autem hominum aditus patefieri non debet, l. in fundo, ff. de rei vendic.

Nonnulli distinguunt, vtrum aliquis sub pœna promittat se facturũ & curaturum, vt aliquis faciat: an verò directè promittat alienum factum. Vt de Alciatum & Ruinum in l. 4. §. Cato. ff. de verb. oblig. ille nu. 113. ille nu. 57. & Couuar. loco proximè citato, post num. 4. Vers. Secundò est in hac controuersia. & nu. 5. vers. Septimò existimo.

Alij denique perpendunt, an quis promiserit se facturum, & curaturum vt aliquis faciat cum effectu, an vero simpliciter se facturum, & curaturum promiserit, sicuti autoritatibus adductis explicat ibi Couuar. nu. 6.

Ego, distinctionibus omissis, existimo eam sententiã veriorem esse, quæ affirmat pęnã cõmitti, negatq; excusationi locum esse. Nam vt dicebat Seraphinus Senensis de hac controuersia disputans, de priuilegiis iuramẽti, priuilegio 77. num. 13. duo sunt genera difficultatum considerada.

Vnum est illud, φ promissor ipso promissionis tempore videre potest, φ si videat, & nihilominus se in obligationem conijciat, certa pęna adiecta, nihil proponitur cur excusari debeat propter difficultatem, quam præuidit: vt in proposita quęstione: Nam promissionis tempore promissor præuidere potuit, ac præuidit futurum forsan, vt is, cuius factum promisit, nollet facere. Quare si illud sub pœna promiserit, non debet excusari ea ob causam, φ ille nolit facere. Quam sententiam planè euincũt argumenta superius allata.

Alterum difficultatis genus est, quod postea casu, vel aliam ob causam superuenit, nec à promissore præuideri potuit, ut in specię d. l. si uehenda, §. ult. ff. ad l. Rhod. de iactu. tune excusatur quis à pœna propter eiusmodi difficultatem. Sic etiam canones loquuntur, ac intelligi debent quibus probatur, difficultatem efficere, ut quis in periurij pœnam non incidat. Ex quibus fundamentum prioris sententiæ corruit, & hanc, quam diximus, sententiam probabiliorem esse, constare potest.

CAPVT XXI.

Transactio de alimentis futuris, an valeat absque decreto Prætoris, si fuerit iuramento firmata.

NOn valere transactionem de alimentis testamento relictis absque decreto Prætoris, iustas sanè ob causas constitutum est, vt in l. cum hi, ff. de Transact. Sed an idem statuẽdum sit, vbi iuramento fuerit à transigentibus firmata, controuersi iuris est.

Affirmant idem esse statuendum Bartolus in d. l. cum hi. Baldus in l. pactum, q. pen. C. de collation. & quidem alij, eo argumento, quòd cum lex ciuilis eam Transactionem improbet, absque decreto Prætoris non possit iuramentum efficere, vt valeat, argumento l. non dubium, C. de legibus.

Istis ego non assentior, sed contrariæ sententiæ, quæ & verior, & communior est, eo argumento, quo in huiuscemodi quæstionibus perpetuò vtor, quòd scilicet iuramentum facit, vt iuris ciuilis rationes cessent, cum religio præponenda sit his regulis, vt in c. quamuis, de pactis, lib. 6. in c. cum contingat, de iureiur. & similibus, qui quidem canones legibus hac de re statuentibus præferendi sunt, cum de re spirituali agatur hoc in casu. Ita docent Imola, in c. cum contingat, nu. 95. de iureiur. Couuar. alios citans in c. quamuis, in d. 2. par. §. 6. nu. 4. Seraphinus priuileg. 201. quibus lubens subscribo.

CAPVT XXII.

Vtrum constitutio cap. quamuis de pactis lib. 6. locum habeat filia renunciante, & Monasterium ingressura.

REnunciatio hæreditatis paternæ facta à filia nuptui tradenda, si iuramento firmata fuerit, valet, vt in c. quamuis, de pactis, lib. 6. Sed an idem respondendum, si hæc fiat ab ea, quę velit ingredi Monasterium, non vsque adeò exploratum est.

Etenim nequaquam idem statuendum de filia ingressura Monasteriũ ex facto interrogati responderunt Felynus Sanderus, Bartholomæus Socinus, Philipus Corneus, & Carolus Ruinus, quorum responsa extant apud Ruinum in 1. vol. cons. 204. 205. 206. 207. eandem sententiam secutus est Franc. Becius, in cons. 74. nu. 12.

Argumenta verò sunt illa. Primum ex eo sumitur, quod non valet vlla conditio, pactum, aut aliud quiduis, quo animus à proposito ingrediendæ religionis abducatur, vt in Nouella 123. § si quis sub conditione; vel secundũ veterem translationem, in §. sed & hoc præsenti, in Authen. de Sanctissimis Episcopis. Sed talis renunciatio potest esse causa animum abducendi à proposito ingrediendi Monasterium, ergò non valet.

Assumptũ probatur, quia si filia non ingrediatur Monasterium, vel in eo non maneat, succedet patri in hæreditate, si verò ingrediatur, non succedet. Vt igitur hæreditatem consequatur, euenire potest, vt sententiam mutet, & abstineat ab ingressu religionis.

Secundum argumentum est ex eo, quod talis renunciatio locum habere intelligitur, si hæreditas fuerit renuncianti delata. Frustrà enim quis hæreditati renunciauerit, quam habiturus non est. Sed hæreditas hoc in casu non defertur filiæ, sed Monasterio, secundum cõmunem Doctorum sententiam, in c. in præsentia, de probatio. & per Alex. in l. 1. nu. 26. de vulgari, & pupill. ergo frustrà fit talis renunciatio, & nihil impedit, quò minus Monasterium, cui defertur hæreditas, succedere possit. Sicut renunciationem maternæ hæreditatis à filio factã patri, non obesse patri, in cuius potestate est filius, tradit Castren. in l. vlt. nu. 1. C. de bonis quæ liberis.

Sed contrariam sententiam veriorem esse puto, quã **A** amplexus est Couuar. in d. c. quamuis, in 3. par. §. 2. nume. 2. & sequenti, Bartoli, & aliorum autoritate nixus, qui in cõmentarijs l. vlt. C. de pactis, censuerunt, talem renunciationem à filia ingrediente Monasterium factã, valere, si iuramento fuerit confirmata.

Fundamentum est firmissimum, in decisione d. c. quãuis, licet enim de filia matrimonio collocanda loquatur, ea tamen ratione nititur, quòd iuramentum sit seruandum: *Si nec vi, nec dolo præstitum sit, nec vergat in dispendium salutis æternæ, aut tertij præiudicium.* Quæ quidem ratio, quin & in proposita specie locum habeat, negari non potest. Quare cum Monasterium hoc in casu succedere non possit, nisi ex persona monialis, & illa iam exclusa fuerit renunciatione iurata, non video quo iure Monasterium eam hæreditatem vendicare possit.

Ad primum argumentum respondeo, frustrà hic timeri, ne animus à religione deterreatur, quoniam ea renunciatio argumento est animi planè deliberati, qui videli- **B** cet omnibus bonis temporalibus valere iussis, Deo inseruire decreuerit.

Ad alterum argumentum patet responsio, quia hæreditas defertur quidem Monasterio, sed ex persona monialis. Ita enim fecit filia renuncians, vt nec ipsa succederet, nec Monasterium, sed hæreditas paterna, quæ alioqui ad se pertinuisset, si non ingressa esset Monasterium, vel ad Monasterium, ex persona sua, si non renunciasset, iam ad alios proximiores pertineat, qui à legibus post eam ad successionem vocantur.

Nec valet Castrensis traditio, quia filius patri suo, cuius in potestate constitutus est, præiudicare non potest, vt in d. l. vlt. Sed filia Monasterio quin præiudicare possit, nulla esse potest dubitatio. Facit enim renunciando, vt hæreditas ei non deferatur, sed alijs à lege vocatis, vt dictum est.

CAPVT XXIII.

C *Vtrum matris renunciatio iuxta formam c. quamuis, de pactis, lib. 6. noceat filijs præmoriente matre, quò minùs succedant in hæreditate aui.*

MAtris renunciationem præiudicare filijs, quò minus ex persona propria succedant auo, responderunt Ludouicus Roman. in l. qui superstitis, ff. de acquiren. hæred. Philippus Dec. in cons. 181. & in l. pactum dotali, C. de collation. Gulielmus de Benedictis in c. Raynutius, in verbo, Duas habens filias, nu. 181. de testam. Bellonus in cons. 15. nu. 5. Eugenius in cons. 98. nu. 6. Cassanæus in cons. 47. nu. 33. Surdus in cons. 133. nu. 11. & 12. lib. 1.

Fundamentum est, quia mater dote accepta renuncians, consecuta esse videtur hæreditatis partem sibi debitam, quia dos est loco hæreditatis. Satisfactio enim pro solutione habetur, l. satisfactio. ff. de solutio. Sed si **D** mater successisset patri, proculdubio succedere non possent filij eius, quia mater eos præcessisset in gradu. Igitur idem statuendum videtur, vbi mater loco successionis dote fuit contenta, & satisfacta, quia est perinde, ac si hæreditatem habuisset. Præsertim verò si filij sint hæredes matris, & dotem maternam consecuti fuerint. Neque enim contra eius factum venire possunt, l. cum à matre, C. de rei vend. Aut bis idem exigere, vel tantundem, l. bona fides, de reg. iur.

Sed contrariam sententiam secuti fuere Bart. in d. l. qui superstitis, ff. de acq. hæred. Bal. in l. pactum dotali. in 2. quæstio. C. de collation. & ibidem Alexander, & alij quos refert, & sequitur Couuar. in dicto cap. quamuis, parte 3. §. 2. nume. 4. Crauetta, alios citans in consil. 703. lib. 4.

Fundamentum est, quia licet mater sit exclusa ob renunciationem, non tamen exclusi esse debent filij eius, qui ex persona propria succedunt, vt in simili habetur in l. si quis filio, ff. de iniusto rupto, & irr. test. Itẽ quia tacitã

habet

habet conditionem matris renunciatio, si hæreditas fuerit ei delata, d. l. qui superstitis. Cum itaque non matri præmorientí delata fuerit hæreditas: sed filius, nil eis obesse debet matris renunciatio.

Hæc posterior sententia videtur mihi verissima, quia vbi filia renunciat hæreditati paternæ, & dotem accipit, non dicitur accipere dotem hæreditatis loco, sed dote cótenta, dicitur hæreditati adhuc sibi debitæ renunciare. Nam pater dotem filiæ tenetur dare, l. vlt. C. de dotis promiss. Et nihilominus filia patri succedit, conferendo tamen dotem, iuxta l. illam, C. de collatio. Ergo non videtur hæreditatem consecuta, seu loco hæreditatis dotem accepisse. Sed accepta dote nó amplius succedere potest, quia renunciauit, Filij ergo eius, quibus hæreditas aui, ex persona matris, sed ex iure proprio defertur, eam vindicare possunt, cum neque renunciauerit, neque veniant ex persona renunciantis.

Et ideo ad argumentum respondetur, nec esse veram assumptionem, nec perinde statuendum esse, ac si mater successisset, quia dotem non accepit hæreditatis loco, sed dotem accepit sibi debitam à patre, hereditatem verò repudiauit, quam vltra dotem petere potuisset.

CAPVT XXIV.

Vtrum constitutio d. c. quamuis, de pactis lib. 6. locum habeat in eo casu, quo filia renunciauit hæreditati patris nulla accepta dote.



Cæterum, si filia si rdines, & maternam hæreditatem consecuta fuerit, vel alia bona, & gratis nulla dote accepta, renunciauerit paternæ successioni; Controuertitur, an sit locus Constitutioni d. c. quamuis. Et locum non esse responderunt Salicetus in l. pactum quod dotali, col. pen. C. de pactis, & Decius alios citans in l. pactum dotali, nu. 7. C. de collatio.

Fundamentum verò est, quòd dicta constitutio sit cótra ius, & ideo restringenda ad eum casum, de quo loquitur. De eo autem casu loquitur, quo filia dotem accepit à patre, quando renunciauit.

Sed contrariam sententiam veriorem esse iudico, vná cum alijs pluribus, quia semper illa ratio constitutionis viget. Seruandum esse iuramentum, quod absque dispendio salutis æternæ seruari potest, neque vergit in alterius detrimentum, & neque vi, neque dolo extortú est, vt in ea constitutione habetur; Etenim & in proposita specie, in qua filia nullam dotem accepit, negari non potest, quin hæc ratio ex iuramenti religione petita, locum habeat.

Igitur communiorem fniam sequi placet, ita docent Imola in l. qui superstitis, ff. de acquir. hæred. Alex. in l. stipulatio hoc modo, nu. 9. ff. de verb. oblig. Couuat. in cap. quamuis, in 3. par. §. 2. nu. 6. Ruinus in cons. 204. num. 6. lib. 1. Seraphinus priuileg. 20. post nu. 29. vers. Sed contra supradictam limitationem.

Non obstat argum. contrariæ sententiæ, quia licet verba constitutionis speciem istam non comprehendant, ratio tamen, quæ est anima, vt dicitur, ipsius legis, eam comprehendit, & hoc sufficit, vt locum habeat ipsa constitutio, argumento l. cum mulier, ff. soluto matrim. Ripa ad l. si constante, nu. 63. 64. ff. eod. tit.

CAPVT XXV.

Vtrum filia successioni paternæ renuncians, iuxta formam c. quamuis, de pactis, lib. 6. excludatur à legitima.



Illam renunciantem paternæ successioni iuxta formam dicti c. quamuis, de pactis, lib. 6. à legitima non excludi responderunt Baldus ad Rub. ff. de iureiur. col. pen. vers. Non tamen credo. Romanus in l. qui superstitis, in 3. lim. ff. de acquiA renda hæred. Aretinus in l. 1. §. si quis ita, col. 5. ff. de verbor. oblig. Afflictus in c. si quis inuestierit, nu. 26. de feudo dato in vicem legis commissoriæ. Boerius decis. 5. nume 6. Grammaticus decis. 57. nu. 26. & decis. 101. num. 6. Alios commemorat Gabrielius comm. concl. tit. de legitima, concl. 8. nu. 9. Menoch. cons. 71. lib. 1.

Fundamentum est præcipuum in l. si quando, §. & generaliter, C. de inoffic. testam. per quam legem probatur, per renunciationem generalem non censeri legitimæ renunciatum.

Sed contrariam sententiam magis probo, quam secuti fuere Castren. & Alexand. in l. in ratione, ff. ad leg. Falcid. Bald. & Iason, in d. l. si quando, §. & generaliter, C. de inoffic. testam. Decius in cons. 26. Alexand. in cons. 181. lib. 5. & alij quos refert, & sequitur Didacus Couuar. in relect. d. c. quamuis, par. 3. §. 3. post nu. 3. & Seraph. priuileg. 70. nu. 10. & nu. 16. vers. Ego tamen.

Probatur hæc sententia solido hoc fundamento. Nam
B legitima est pars successionis ab intestato, l. Papinianus, §. si quis mortis, ff. de inoff. testam. l. cum quæritur, C. eo. tit. In toto autem pars continetur, reg. In toto, de reg. Iur. lib. 6. Ergò in renunciatione successionis totius, continetur etiam hæc pars, nempe legitima.

Non obstat textus in d. §. Et generaliter, quia nihil aliud probat, nisi legitimæ non videri renunciatum à filio, quamuis legatum, quod erat minus legitima, simpliciter agnouerit, quæ res longè distat à proposita specie, in qua filia successioni in vniuersum renunciat. Verba textus hæc sunt: *Et generaliter definimus, quando pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis causa donatione, vel inter viuos, sub ea conditione, vt hæc inter viuos donatio in quartam ei computetur. Si filius post obitum patris hoc, quod donatum, vel relictum est, simpliciter agnouerit, forte & securitatem hæredibus fecerit, quod ei datum vel relictum est accepisse, non adiiciens nullam sibi superesse de replenone quæstionem, nullum sibi*
C *filium facere præiudicium, sed legitimam partem repleri, nisi hoc specialiter sine in apocha, sine in transactione scripserit, vel pactus fuerit, quòd contentus relicta, vel data parte, nullam de eo, quod deest, habeat quæstionem.* Hactenus Imperator.

CAPVT XXVI.

Sequuntur matrimoniales controuersiæ, quarum prima est de ætate contrahendi sponsalia, an debeat esse annorum septem.

Si malitia ætatem suppleat, etiam ante septimum annum contrahi sponsalia posse, autores sunt Glossa in c. iuuenis, de sponsalibus, & ibidem Præpositus. Io. Andr. Dominicus, & Francus in c. vno, de sponsalibus lib. 6. Bald. in cons. 44. lib. 4. & Didacus Couuar. in Epitome de sponsalib. c. 2.

D Horum fundamentum est; Quòd nulla sit ætas sponsalibus contrahendis definita, ideoque effici possint, si modò id fieri ab vtraque parte intelligatur, vt dicebat Modestinus in l. in sponsalibus, 14. ff. de sponsalibus. Et licet annorum septem fiat mentio, illud est, quia ante septem annos vix aliquid homines intelligunt, quòd si quid agant, intellexerint, nihil prohibet, quin & ante dictum tempus, contrahi possint. Nam & matrimonia ante annum duodecimum contrahi non posse constitutum est in fœmina, & decimumquartum in masculo, vt in c. côtinebatur, & in c. attestationes, de desponsat. impub. & tamen si malitia ætatem suppleat, etiam ante dictum tempus contrahi possunt, vt in c. de illis, & tit. vlt. eo. tit.

Sed contraria sententia mihi probabilior videtur, nullo modo ante septennium effici posse sponsalia, hanc secuti sunt Panormitan. in c. iuuenis, de sponsalib. Francus in Rubr. de testam. in 6. vers. Primò prohibetur, Brunellus de sponsalib. conclu. 4.

Fundamentum est firmum, quia Leges, & Canones requi-

requirunt septenninm.nec antè existimant quenquã intelligere, quid agat. Quòd si antè quispiam intelligat, id rarum est, & vix credibile, Ideoque ad eum casum non respiciunt, l.nam ad ea, ff de legibus. A

Tempus annorum septem, ad sponsalia contrahenda legibus Canonibusque requiri patet. Primum ex d.l. in sponsalibus, 14. ff de sponsalibus, vbi Modestinus dicit: *Quapropter & à primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modò id fieri ab vtraque persona intelligatur, idest, si non sint minores, quam septem annis.*

Secundò id probatur ex c. litteris, ex c. accessit, & ex c. ad dissoluendam, de desponsatio. impub. in illis verbis. *Quia desponsationes, & matrimonia ante septem annos fieri non possunt.* Et rursus ibi: *Pronunciamus inter iuuenem, & puellam, nec matrimoniũ, nec sponsalia, fuisse contracta; Cum constet puellam nondum ad septennium peruenisse.*

Ex his patet responsum ad argumentum contrariæ sententiæ.

CAPVT XXVII.

Secunda controuersia. Cum matrimonium præsumatur ex copula carnali, vbi sponsalia præcesserunt: Vtrum probatio in contrarium admittatur per confessionem partis.



Cvm sponsalia præcesserunt, & subsequitur carnalis coniunctio, matrimonium præsumitur, cap. is qui fidem, de sponsalibus. Sed controuersi iuris est, an contra talem præsumptionem, probatio in contrarium admittatur ex confessione ipsarum partium: Et admitti existimarunt Panormitanus in d.c. is qui fidem, Felyn. in c. quanto, nu. 3. de præsumpt. Alciatus de præsumptionibus in secundo præsumptio, nu. 8.

Fundamentum est illud, quòd contra præsumptionẽ iuris, probatio in contrarium admittatur, ex doctrina Glos. in l. in contractibus, in verbo, *Nullo modo*, C. de nõ nu. pecun. & in c. attestationes, in ver. Euasisse, de despõsatio. impub.

Sed contrariam sniam sequor, quam secuti fuere Couuar. in Epitome de sponsalib. in 1. par. c. 4. §. 1. num. 4. & Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 1. nu. 12.

Probatur hæc snia duobus argumentis. Primum est ex d.c. is qui fidem, de sponsalibus, vbi Summus Pontifex ita dicit: *Is qui fidem dedit mulieri super matrimonio contrahendo, insuper carnali copula subsecuta, etsi in facie Ecclesiæ ducat aliam, & cognoscat, ad primam redire tenetur: Quia licet præsumptum primum matrimonium videatur, contra præsumptionem tamen huiusmodi non est probatio admittenda.*

Quibus verbis patet ita matrimonium ex cõpula præsumi, vt in contrarium probatio non admittatur. Quòd autem admittatur probatio ex confessione partis, nõ habetur in eo textu, nec alibi.

Et quamuis Glossę iuris, & alij et Doctores velint probationem admitti, quæ prouenit ex confessione partis, non tñ in hac specie loquuntur, sed in alia longè diuersa.

Cur autem in hac specie non idem sit dicẽdum, ea est ratio, quòd confessio coniugum, quatenus ad matrimonium infirmandum spectat, non valet, vt statim dicam in sequenti argumento.

Alterum igitur est argumentum, ꝙ in matrimoniali cã confessioni coniugum non creditur, vt in c. super eo, de eo qui cognouit consanguineam vxoris suæ. ibi. *Tua Fraternitati respondemus, quod propter eorum confessionẽ tantum, vel rumorem viciniæ, separari non debent, cum & quandoque nonnulli inter se contra matrimoniũ velint colludere.* &c. Etsi.n. Pontifex loquatur, vbi matrimonium iam est contractum, & de eo dissoluendo agatur, tñ & in proposita specie cõtractũ esse dr, quia ita lex præsumit, & credit, quare talis cõfessio ipsum matrimoniũ infirmaret.

Ad argumentum sententiæ diuersę iam responsum est.

CAPVT XXVIII.

Vtrum sponsalibus præcedentibus, & secuta copula carnali per metum mortis illatum, præsumendum sit matrimonium.



Tertia est controuersia, Vtrum ex carnali copula subsecuta præsumatur matrimonium, sponsalibns contractis: si sponsus, & sponsa metu mortis illato, coacti sint coire. Et matrimonium esse præsumendum, Hostiensis censuit, in c. is qui fidem, de sponsalib. Petrus de Palude, in 4. Senten. dist 29. q. 1. art. 4. & ibid. Dominicus Sotus, art. 3. col. pen. vers. Sed quia, Didacus Couuar. in Epitome de sponsalib part. 1. c. 4. §. 3. nu. 11.

Contrarium responderunt Abbas, & Præpositus in c. consultationi, de sponsal. Antonius Butrius, & Henric. Boic. in d.c. is qui fidem, eod. tit. Parisius in cons. 58. nu.
B 69. lib. 4. D. Antoninus in Summa, in 3. par. tit. 1. c. 7. ad finem, Durandus in 4. Sentent. dist. 29. quæst. 2. & Martinus Nauarrus in Manuali Confessariorum, c. 22. num. 51. vers. Tertium.

Tertia est sententia Menochij, lib. 3. de præsumpt. pręsumpt. 4 nu. 31. distinguendum esse inter sponsum, & sponsam. Nam si sponsus coactus fuerit coire cum sponsa, matrimonium erit præsumendum, secus autem si spõsa fuerit coacta.

Prioris sententiæ argumenta sunt ista. Primum, quia si matrimonium hoc in casu non præsumeretur, fornicatio esset præsnmenda, & sic mortale peccatum. Sed peccatum non est præsumendnm, Ergò matrimonium præsumi debet. Minor patet. Maior autem probatur, quia metus illatus à peccatõ non excusat, c. Sacris, de his quæ vi, vel metus causa fiunt.

Secundum argumentum. Voluntas coacta, aliquo mõdo est uoluntas, c. meritò is, quæst. 1. l. si mulier, §. si me-
C tu, ff. de eo quod metus causa. Ergò etsi metus intercesserit, matrimonium tamen erit præsumendum.

Tertium argumentum. Nam talis non est metus cadens in constantem virum, qui matrimonium impedire solet, c. veniens, & c. Consultationi, de sponsalib. Nam si sponsus dicat, se fornicandi animo coiuisse, peccat. Debet autem quis mortem potius eligere, quàm vt peccato mortali consentiat.

Secundæ opinionis fundamentum est, quia matrimonium debet esse liberum, & si metu contrahatur, nullius est momenti, c. cum locum, de sponsalib. Cum igitur hic metus interueniat, quo ad coniunctionem impelluntur sponsus, & sponsa, matrimonium non videtur præsumendum.

Tertiæ autem sententiæ fundamentum est, quòd in sponso metus considerari non possit, quia is impediret desiderium, sine quo frustra est conatus.

Ego eorum sententiam amplector, qui negant matri-
D monium esse præsumendum, & moueor autoritate textus in c. cum locum, de sponsalib. vbi Summus Pontifex ita dicit. *Cum locum non habeat consensus, vbi metus, vel coactio intercedit, necesse est, vt vbi assensus cuiusque requiritur, coactionis materia repellatur. Matrimonium autem solo consensu contrahitur, & vbi de ipso quæritur, plena debet securitate ille gaudere, cuius est animus indagandus; ne per timorem dicat, sibi placere, quod odit, & sequatur exitus, qui de inuitis solet nuptiis prouenire.*

Ad primum argumentum respondeo; Illud locum habere, cum res est in obscuro, vel si sponsus, & sponsa fateantur, se animo contrahendi matrimonij coiuisse, At secus, ubi constat metum illatum, & is, qui metum passus est, contrarium asserit.

Ad secundum respondeo. Esse quidem aliquam volũtatem eam, quæ coacta est, sed non talem, qualis in matrimonio contrahendo requiritur, quia debet esse prorsus libera, & plena securitate gaudere.

Ad tertium respondeo, metum mortis esse talem, qui

in

in constantem virum cadat, l.7.& 8.ff.de eo quod metus causa, & licet nō debeat quis peccare mortaliter propter mortis periculum, non tamen hic directè ad peccatum inducitur, sed ad copulam carnalem matrimonij causa. Cum autem matrimonium pendeat ex libera hominis voluntate, non potest ex copula per vim & metum subsecuta induci.

Ad argumentum postremæ opinionis respondetur, Accidere posse, vt post illatum metum prouocetur copulæ desiderium, ac tn id potius consentiat sponsus, quàm vt occidatur,

CAPVT XXIX.

Vtrum matrimonium præsumatur ex copula secuta cum sponsa incerta, puta si vnam ex tribus puellis quis promiserit se accepturum in coniugem, & alteram carnaliter cognouerit.



Varta est controuersia, vtrum matrimoniū præsumatur ex copula carnali cum incerta sponsa. Vt puta, si quis ex tribus puellis iurauerit, se vnam vxorem ducturum, & vnam ex eis cognouerit.

Duplex est Doctorum sententia, Altera matrimoniū non præsumi. Autores sunt Ioan. Andr. Ant. Butr. Henric. Boic. & Cardinalis in c. ex litteris, 2. de sponsalib. post Gloss. ibi.

Et fundamentum est, quòd talia sponsalia, tanquam incerta, nullius esse momenti videantur, argum. textus in cap. 1. §. vlt. de sponsalib. lib. 6. ibi. *Cum ex sponsalibus conditionalibus ante conditionem extantem, sicuti consensum non habentibus, & incertis, nulla publicæ honestatis iustitia oriatur.*

Altera est sententia matrimonium præsumi. Autores sunt Hostiensis, & Abbas, in d. c. ex litteris. D. Antoninus in Summa, par. 3. tit. 1. c. 18. col. 1. Pierius in Summa, in verbo, Matrimonium, 2. quæst. 11. Couuar. in Epitome de sponsalib. par. 1. c. 4. §. 1. nu. 17. & Menochius de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 1. nu. 13.

Fundamentum est: quoniam is, qui sic promisit, vnam ex dictis puellis in vxorem ducere tenetur: Eam ergò, quam cognouit, præsumitur vxorio, & maritali affectu cognouisse, ad tollendam fornicationis præsumptionem, vt in c. is qui fidem, de sponsalib.

Et hæc snia videtur mihi probabilior. Nec obstat textus in argumento allatus, quia loquitur de sponsalib. sub conditione factis, nec prorsus negat esse valida, sed non oriri ex eis publicæ honestatis iustitiam.

CAPVT XXX.

Vtrum, si post contracta sponsalia, non sequatur copula carnalis; sed nixus ad copulam, matrimonium præsumatur.



Vinta controuersia, Vtrum matrimonium præsumatur, si post sponsalia contracta, nō sequatur copula carnalis, sed tantum nixus ad ipsam.

Et præsumendum esse censuerunt Io. Calderinus, & Præpositus, in c. vlt. de sponsalib.

Quorum fundamentum est, quia nixus ille præsumēdus est maritali affectu secutus, vt sic mala peccati suspicio euitetur. Vndè, quemadmodum secuta copula, matrimonium præsumitur, vt in c. is qui fidem, de sponsalibus ita præsumendum videtur ex tali nixu ad copulam.

Altera est sententia, vera & cōmunis, nō esse matrimonium præsumendum, ex tali conatu. Ita docuerunt Abbas, in c. vlt. de sponsalib. Io. Andr. Dominicus, & Franciscus, in c. 1. §. idem quoque, de desponsatio. impub. lib. 6. Syluester Pierius, in verbo, Matrimonium, 2. q. 16. Aretinus in cons. 142. nu. 5. Alciatus de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 38. Couuar. in Epitome, de sponsalib. par. 1. cap. 4. §. 1. num. 19. & Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumptio. 1. num. 48.

Probatur hæc sententia ex c. vlt. de sponsalib. vbi Sūmus Pontifex Gregorius IX. ita dicit. *Adolescens, qui de sponsatam sibi per verba de futuro, licet sæpè nisus fuerit, carnaliter non cognoscens, cum alia postmodum per verba de præsenti contraxit, non primam, cum qua nec sui verum matrimonium ex forma contractus, nec præsumptum, cum conatus non habuisset effectum, sed secundam debet habere coniugem.*

Non obstat, si dicatur in ea specie conatum non habuisse effectum ob ætatis defectum, quia non hoc ibi dicit Summus Pontifex, & contrarium est credendū, quia is adolescens dicitur, qui est pubes, l. Aurelio, §. 1. ff. de libertate legata.

Ad argumentum respondetur, cum carnalis copula sequitur, matrimonium præsumi, non tam vt finistra peccati præsumptio tollatur, quàm ex eo, quod ipsa carnalis copula matrimonij propria est, & illud maximè indicare videtur, quæ ratio in solo conatu non habet locum.

CAPVT XXXI.

Vtrum ex deductione in domum sponsi, matrimonium præsumatur, vbi sponsalia præcesserunt.



Exta controuersia, Vtrum matrimonium ex præcedentibus sponsalibus, & traductione in domum subsecuta præsumatur. Et præsumi responderunt Io. Andr. in c. vlt. de sponsalib. Angel. in §. vlt. in Authen. Quibus modis naturales efficiantur legitimi. Decius in c. iurauit, colum. 2. de probatio. Illust. & Reuerend. Cardinalis Paleotus, in tract. de Nothis, & Spurijs, c. 19. nu. 6.

Fundamentum est in l. mulierem, ff. de ritu nupt. ibi. *Mulierem absenti per literas eius, vel per nuncium posse nubere placuit, si in domum eius deduceretur,* &c. Et rursus ibi. *Deductione enim opus esse,* &c. Et in l. Seia, ff. de donatio. inter uir. & vxo. quæ tamen nihil facit, & in l. cui fuerit, ff. de cond. & demonstr.

Cæterum, non præsumi matrimonium hac in specie respond erunt, Ioā. Calderinus, Antonius Butrius, Abbas, & Præpositus, in c. vlt. de sponsalib. Aretinus in consil. 142. nu. 6. Baldus Nouellus, de Dote, par. 11. in secundo membro, num. 18.

Fundamentum est, quòd in iure Canonico, quod tamen maxime inspiciendum est in materia ista matrimonij, cum sit spiritualis, nullus sit locus, quo deduci possit, ex traductione in domum, matrimonium præsumi, tantum enim præsumitur, ex copula subsecuta, vt in c. is qui fidem, de sponsalib.

Tertia est sententia Alciati, de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 38. nu. 1. vt si quidem certum sit, copulam secutā non esse, posterior sententia uera sit, secus si sit dubium, quia tunc præsumitur ipsa copula, iuxta illud:

A iuuene & cupido credatur reddita virgo?

Quarta est sententia Couuar. in Epitome de sponsalibus, par. 1. cap. 4. §. 1. in principio, matrimonium induci ex traductione in domum duobus in casibus. Primus est, quando est dubium, an sponsalia præcesserint per verba de præsenti, an verò per verba de futuro, tunc enim præsumuntur esse contracta per verba de præsenti ex ira ductione in domum. Secundus casus est, cum sponsa in domum sponsi est deducta, cum eo apparatu, & pompa, qua mulieres verè nuptæ deduci solent.

Postrema est sententia Iacobi Menochij, de præsumptio. lib. 3. præsumpt. 1. num. 55. Iure Ciuili matrimoniū præsumi, ex deductione in domum mariti, secus autem iure Canonico.

Ego sanè eorum sententiæ magis adstipulor, qui matrimonium præsumendum statuerunt, Nam experientia rerum magistra nos docet, non solere domum deductas sponsas, nisi vt matrimonium consumetur, & satis hęc sententia probatur ex d. l. mulierem, ff. de Ritu nupt. &

l. quæ-

Lquęſitum eſt, de ſponſalib. Nec contrarium iure Canonico eſt conſtitutum, quod potiſſimum inſpiciẽdum eſt, vbi de re ſpirituali agitur, veluti de matrimonio, & ſimilibus: attamen & ius ciuile, quòd attinet ad ea, quæ ex facto colligi, & præſumi debent, repudiandum non eſt, vbi Canones non aduerſantur.

CAPVT XXXII.

Vtrum, ſi ſponſalia præceſſerunt per verba de præſenti inter impuberes, & adueniente pubertate, ſequantur actus coniugales, veluti oſcula, amplexus, & ſimilia, non tamen copula, matrimonium inducatur. Controuerſia ſeptima.

VEra & communis eſt ſententia præſumi matrimonium, ita docent Gloſ. in c. 1. §. illud, de deſponſatio. impub. lib. 6. Henric. Boich, in c. atteſtationes, eod. tit. Bald. in conſ. 194. lib. 3. & alij, quos refert, & ſequitur Menochius de præſumpt. lib. 5. c. 1. nu. 64.

Fundamentum eſt firmiſſimum in d. c. 1. §. 1. de deſpõſatio. impub. lib. 6. vbi Summus Pontifex ita dicit: *Idem quoque ſi pubes, vel impubes, vel duo impuberes non proximi pubertati, et in quibus ætatem malitia non ſupplebat, per verba contraxerint de præſenti, ſponſalia enim illa, quæ iuris interpretatione tantum fuerunt ſponſalia, de futuro (licet verba conſenſum exprimentia de præſenti haberent, & matrimonium contrahere intenderent) contrahentes, per aduentum pubertatis, in matrimonium non tranſeunt, de præſenti, nec matrimonium (quod vt matrimonium ætate non tenuit prohibente) per lapſum dicti temporis conualeſcit, niſi per carnis copulã ſubſecutam, vel aliquem modum* (hæc verba faciunt ad rem noſtram) *alium contrahentes eoſdem cum eiuſdem perſeuerantia voluntatis ad pubertatis tempora perueniſſe conſtiterit euidenter.*

Huic ſententiæ refragatur Couuar. in Epitome de ſpõſalib. par. 1. c. 4. §. 2. nu. 3. his argumentis. Primum, quia hæc ſponſalia intelliguntur eſſe de futuro, & facilius diſſoluuntur, quàm ſponſalia, quæ re & verbis futurum cõſenſum præſeferunt, vt probatur in c. de illis, de deſponſa. impub. Ergò non debent facilius hęc, quàm illa in cõiugium tranſire. Illa enim in coniugium tranſeunt, per copulam duntaxat, vt in c. is qui fidem, de ſponſalib.

Reſpondeo, facilius in coniugium tranſire, quia ſunt ſponſalia de præſenti, licet enim iuris interpretatione in ſponſalia de futuro reſoluantur, tamen ſi perſeuerantia voluntatis appareat, ex copula, vel aliquo alio modo, duplex conſenſus oritur. Vnde duplex funiculus magis ligat.

Secundum argumentum. Matrimonium poſt ſponſalia non datur, niſi ex conſenſu denuò expreſsè præſtito, vel tacitè præſumpto, per copulam, ſimileue ſignum, atque ita vrgentem coniecturam, c. vlt. de ſponſalib. Ergò ex amplexibus, oſculis, & ſimilibus, præſumi non debet.

Reſpondeo, immò eſt præſumendum. Nam quis negàuerit oſcula, & amplexus actus eſſe coniugales, & ex quibus voluntatis in matrimoniũ conſtantia maximè apparet? Sufficit aũt voluntatis perſeuerantiam apparere, ſiue ex copula, ſiue ex alio aliquo modo, vti docet Summus Pontifex in d. c. 1. §. 1. de ſponſa. impub. lib. 6.

Tertium argum. Summus Pontifex in c. 1. §. 1. de deſponſatio. impub. lib. 6. vt conſenſus hoc in caſu pręſumatur, copulam requirit, vel aliud ſimile. Abſurdum autem videtur oſcula, & amplexus copulæ comparare.

Reſpondeo; Non eſſe abſurdũ in hac ſpecie, quia alius modus præter copulam, quo conſenſus demonſtretur, vix reperietur probabilior, cum tales actus non niſi inter coniuges honeſtè exerceri poſſint.

Quartum argum. Canon requirit, vt de conſenſu conſtet euidenter alio modo, quàm per copulam, vt in d. c. 1. §. 1. Nullibi autem iure Canonico probantur tales coniecturæ, quæ oriuntur ex amplexibus, & oſculis.

A Reſpondeo. Etſi nõ expreſsè probatæ ſint iure Canonico, non tamen improbantur, aut improbabiles exiſtũt. Nam & ex coniugali affectione fieri videntur, & ita præſumendum eſt, vt peccati præſumptio euitetur.

Illud non inficior, quod Couuar. docet alium eſſe modũ, quo euidenter appareat voluntatis, & conſenſus perſeuerantia, præter copulam, & actus iam dictos, nempe ſponſæ traductionem ad domum ſponſi, vel ſubarrationem.

CAPVT XXXIII.

Vtrum ſponſalia diſſoluantur propter ſponſi abſentiam, ita tamen vt iuris ciuilis diſtinctio ſit ſeruanda.

B OCtaua controuerſia. Sponſalia diſſolui propter ſponſi abſentiam ſatis conſtat, ea diſtinctione adhibita, vt exſpectari per trienniũ debeat, l. 2. C. de Repudijs. Vel per bienniũ, ſi in eadem ſit prouincia, l. 2. C. de ſpõſalib. niſi iuſtum impedimentum illum abeſſe cogat, quia tunc expectandus eſt, donec impedimentum ceſſet, l. Sæpè, ff. eod. tit.

Iam controuerſia eſt, an hæc diſtinctio locum habeat etiam inſpecto iure Canonico. Et locum habere reſponderunt Ioan. Andr. Hoſtienſ. & Antonius Butrius, in c. de illis, de ſponſalib. Syluester Pierius in Summa, in verbo, ſponſalia, q. 10. Abbas in c. ſicut, de ſponſalib.

Fundamentum eſt, quòd ea diſtinctio iure Canonico non improbetur. Quod autem iure Ciuili conſtitutũ eſt, etiam Canones imitantur, niſi contrarium ſtatuant, c. 1. & 2. de oper. noui nunc.

Cæterum, contrariam ſententiam habuerunt, idem Abbas, Cardinalis, & Præpoſitus in d. c. de illis, Didac. Couuar. in Epitome de ſponſalib. in 1. p. c. 5. nu. 7.

Et hæc ſententia mihi probabilior videtur. Nam quid

C ſit hac de re Sacris Canonibus conſtitutum, habetur in d. c. de illis, in hæc verba: *De illis autem, qui præſtito iuramento promittunt ſe aliquas mulieres ducturos, & poſtea eis incognitis dimittunt terram, ſe ad partes alias transferentes, hoc tibi volumus innoteſcere, quòd liberum erit mulieribus ipſis, ſi non eſt amplius in facto proceſſum, ad alia ſe vota transferre, recepta tamen de periurio pœnitentia, ſi per eas ſteterit, quò minus fuerit matrimonium conſummatum.*

Hic non adhibetur vlla temporis, aut loci diſtinctio, ſed Summus Pontifex liberum eſſe vult mulieri ad alia vota tranſire. Non ergò vlla diſtinctione opus eſſe videtur, ſi verſemur in ea ſpecie, de qua ipſe Pontifex ibi loquitur, nempe, de illis, qui poſt contracta ſponſalia ſe ad alias partes tranſferunt. Nam ſi in eadem prouincia reperiantur, & aliquo iuſto impedimento cogantur abeſſe, non puto à iuris Cæſarei diſtinctione recedendum.

Ex his patet reſponſum ad argumentum in contra-

D rium.

CAPVT XXXIV.

Si pubes ſponſalia contraxit cum impubere, per verba de præſenti, an aliam ducere vxorem poſſit, poſteaquam ſciuit, impuberem, iam factum puberem, matrimonio conſenſiſſe.

NOna controuerſia. Pubes cum impubere matrimonium contraxit per verba de præſenti, poſteà impubes adulta ætate ſuperueniente, conſentit matrimonio, vtrum poſtquam id ſciuit, aliam ducere vxorem poſſit. Et non poſſe reſpondit Syluester Pierius in Summa, verbo, Matrimonium, quinto, quæſtio. 8. & Gozadin. in conſil. ſecundo, numero 11. 27. & 28.

Fundamentum eſt; Quia pubes à ſponſalib. ita contractis recedere non poteſt, vt in c. de illis, 2. de deſponſatione impuber. Ergò cum ſciat alterum iam factũ puberem

de nouo consentire, non potest aliam ducere in vxorem. Neque enim consensus nouus ex parte ipsius puberis requiritur, licet ex parte impuberis requiratur.

Sed contrariam sententiam amplexi fuere Baldus in cons. 194. & 200. lib. 3, Ruinus in cõs. 203. lib. 1. Couuar. in Epitome de sponsalibus, in prima par. c. 5. §. 2. nu. 7 8, quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia ex c. vnico, §. 1. de desponsatione impub. lib. 6. cuius hæc sunt verba: *Idem quoque si pubes, & impubes, vel duo impuberes non proximi pubertati, & in quibus ætatem malitia non suppleat, per verba contraxerint de præsenti. Sponsalia enim illa, quæ Iuris interpretatione tantum fuerunt sponsalia de futuro, licet verba consensum exprimentia de præsenti haberent, & matrimoniũ contrahere intenderent contrahentes, per aduentum pubertatis in matrimonium non transeunt de præsenti. Nec matrimonium, quod vt matrimonium, ætate non sinente, prohibente, per lapsum dicti temporis conualescit. Nisi per carnis* B *copulam subsecutam, vel aliquem alium modum contrahentes eosdem cum eiusdem perseuerantia voluntatis ad pubertatis tempora peruenisse constiterit euidenter.*

Respondet Pierius illa verba, *Contrahentes eosdem*, intelligenda esse eo in casu, quo ambo contrahentes impuberes existant. Nam si unus sit pubes, eius nouus consensus non exigitur.

Confirmatur hęc interpretatio ex verbis sequentibus textus: *Contrahentes eosdem cum eiusdem perseuerantia voluntatis ad pubertatem peruenisse*, quæ quidem verba locum sibi vendicant in duobus impuberibus, vt patet.

Sed durum est contra stimulum calcitrare. Ait enim tex. in princ. *Idem quoque, si pubes & impubes, vel duo impuberes*, &c. Et sic loquitur expressè ac disertè, cũ pubes cõtrahit matrimonium cũ impubere, & tandem in fine requirit, vt ambo in eadem voluntate perseuerent, ibi: *Eosdem cum eiusdem perseuerantia voluntatis*, &c.

Non obstant illa verba, *ad pubertatis tẽpora peruenisse*, C quia non excludunt alium casum, cum scilicet alter tantum ad pubertatem peruenit, quoniam & hunc casum in princ. S. Pont. inseruit. Itaque illa verba: *Eosdem ad pubertatis tempora peruenisse*, intelligenda sunt de ambobus, si ambo fuerint impuberes, vel de altero tantum, si alter eorum tantum impubes extiterit.

Ad argumentum Pierij respondeo, illud hoc in casu locum non habere, cũ scilicet pubes contrahit sponsalia cum impubere. Nam cum ex parte impuberis necessaria sit perseuerantia, videtur etiam necessaria, ex parte puberis, quia solus ille consensus ex parte puberis, qui primò interuenit, non sufficit ad inducendum matrimonium, neq. n. matrimoniũ cõtrahitur ex consensu vnius tantũ.

Vt ergo matrimonium contrahatur, perseuerantia requiritur ex vtriusque parte. Neque enim licet puberi effecto allegare alterum ex antiqua promissione obligatũ sibi fuisse, cum ipse illi non esset obligatus. Et quoniam Iuris interpretatione, quæ gesta sunt, sponsalia de futuro intelliguntur, vt docet Summus Pontifex, necessariò D inde efficitur nouo vtriusque consensu opus esse.

CAPVT XXXV.

Vtrum ex cohabitatione viri, & mulieris matrimonium præsumatur, ad hunc effectum, vt filij habeantur pro legitimis, vbi discutitur: an filius in dubio præsumatur legitimus, nec ne.

DEcima controuersia. Vtrum ex cohabitatione viri, & mulieris matrimonium præsumatur, quoad hunc effectum, vt filij nati legitimi sint censendi.

Duæ sunt contrarię Doctorum sententię. Altera affirmans. Altera negans.

Affirmantis autores sunt Panorm. in c. Lator, qui filij sint legitimi. Felyn. in c. per tuas, de probatio. Dec. in c. Ecclesia, nu. 39. de Constit. Curt. iun. in cons. 52. col. 1. Iason in cons. 168. lib. 4. Alciatus de præsumpt. regula 2. præsumpt. 5. Menoch. de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 1. n. 77.

A. Negantis autem sententiæ autores sunt Henric. Boic. in d. c. Lator, qui filij sunt legit. Alciatus de præsumptio. Regula 3. præsumpt. 1. nu. 12.

In eandem sententiam propendet Couuar. in Epitome de sponsal. in 2. par. c. 1. post nu. 5.

Atque eidem sententiæ adstipulantur tacitè omnes, qui docent filium in dubio non præsumi legitimum, sed spurium. Ita Natta in cons. 421. nu. 9. & 473. nu. 33. Dec. ad l. si emancipati, nu. 9. C. de collatio. Ruin. in cons. 63. nu. 5. lib. 2. D. Cephal. in cons. 593. nu. 2. lib. 4. Menoch. in cons. 60. nu. 12. lib. 1.

Quemadmodum & priori sñiæ tacitè adstipulantur, qui putarunt filium in dubio legitimũ præsumi. Ita Bald. in cons. 437. Titius, lib. 5. Io. Faber in §. vlt. in Instit. de Adoptio. Cepolla Cautela 118. Quis in dubio. Ruin. in cons. 109. num. 37. lib. 3. Marianus Socin. sen. in cons. 23. B nu. 19. lib. 1. Berous in cons. 19. nu. 10. lib. 2. Cotta in Memorial. in verbo, *Filius præsumitur*. Illust. & Reuerẽdiss. Cardinalis Paleotus in tract. de Nothis, & Spurijs, c. 10. nu. 3. Menoch. de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 54. nu. 20.

Prioris sententię argumenta sunt ista. Primum, cum necesse sit aliquem nasci ex licito, aut ex illicito concubitu, præsumendus est potius natus ex licito, quàm ex illicito. Nam vbi duæ tales præsumptiones oriri possunt, illa, quæ delictum excludit, obtinere potius debet, quam contraria, ex traditis per Bar. in l. non solum, §. sed vt probari, nu. 5. ff. de oper. no. nunc.

Secundum est ex c. Lator, qui filij sunt legitimi, vbi patet illi onus probandi incubuisse, qui obiecit filium non esse natum ex legitimo matrimonio.

Tertium est ex l. miles, §. defuncto, ff. ad legem Iuliã, de Adult. vbi patet filium ex viro, & vxore natum præsumi, licet uxor adulterium aliquando commisisset.

Quartum est ex c. accedens, de purgatione Canonica, C vbi Innocentius respondit, eum, qui ad sacros ordines promoueri cupit, se legitimè natum probare debere, si fama sit eum non fuisse ex legitimo matrimonio natum. Ergò cessante tali fama, præsumi videtur natus ex legitimo matrimonio, nec tenetur id probare.

Quintum. Spurij dicuntur esse manci, & imperfecti, c. 3. Sapientiæ. Ergò nullus talis est præsumendus.

Postremum argum. illud est, quòd spurij videntur esse infames, tanquam nati ex concubitu illicito, quare in dubio nemo est spurius pręsumendus, quia nec in dubio delictum pręsumendum, l. meritò, ff. pro socio.

Posterioris sñiæ argum. duo sunt pręcipua. Primũ est, quia vt filius sit legitimus, necesse est eũ ex legitimo matrimonio natum esse, l. filium definimus, ff. de his qui sui vel alieni Iuris sunt. Matrimoniũ ergò est probandum, quia ex facto procedit, quod quidem factũ non pręsumitur, l. in bello, §. factę, ff. de capt. & postlim. reuers. Si ergò non probetur, filius pręsumitur illegitimè natus.

D Alterum argum. est ex c. aliter, 30. q. 5. in illis verbis: *Ita peracta, legitima scitote esse cõnubia, aliter verò præsumpta, non connubia, sed adulteria, vel cõtubernia, vel stupra, aut fornicationes potius, q̃ legit. cõiugia esse, nõ dubitatur.*

Respondent contrariæ sñiæ autores; Matrimoniũ quidem non præsumi, quoad ipsos cohabitantes, sed pręsumi quoad filios. Contrà Henric. Boic. id fieri non posse, contendit, quia vt filius legitimus esse pręsumatur, debet etiam pręsumi legitimum matrimonium.

Ego priorem sententiam probabiliorem esse iudico: Et ad argumenta contrarię opinionis sic respondeo.

Ad primum respondeo, matrimoniũ quidem esse facti, sed tñ & concubitum illicitum esse facti. Cum ergò alterutrũ sit præsumendũ, nempe aliquẽ esse natũ ex legitimo matrimonio, vel ex illegitimo cõcubitu, existimo benigniorem sñiam amplectendam potius, quam cõtrariam, cum in dubio delictum pręsumendũ non sit, & illa pręsumpt. sit potior, quę delictum ipsum excludit.

Ad secundum argumentum respõdeo, textum in d. c. aliter,

aliter, 30.q.5. nō illud velle, vt filius præsumatur spurius, vel turpis ac illicitus concubitus, in dubio, sed hoc tantùm, vel legitimum sit coniugium, si vxor petatur, & à parentibus & proximioribus sponsetur, & dotetur, & suo tempore à Sacerdote benedicatur; Aliter verò, si quis audeat, seu præsumat, non illud esse legitimum coniugium.

Cæterùm, si nec primum nobis constet: Nempe, ita legitimè peractum esse, nec secundum; Nempe, si nec constet, ea non fuisse peracta, quæ Summus Pontifex commemorat, vtrum in obscuro sit à nobis potius præsumendū, eum, qui dicitur esse natus ex Titio & Seia, natum fuisse ex illicito concubitu, quàm ex licito, in eo loco Summus Pontifex non decidit. Præsumit quidem in deteriorem partem, vt Glos. ibi dicit, sed non in dubio.

Verùm eo in casu, de quo loquitur; Nempe, vbi solennia, quæ recenset, non interuenerunt, Et sic in casu certo. Si enim non appareat, matrimonium fuisse celebratum ijs, quæ sæpius adhibentur, & à lege exiguntur modis, non illud legitimum esse coniugium Pontifex existimat; Et rectè. Sed nostra disputatio est, cùm versamur in dubio, ita vt neutrum appareat, vel adhibita scilicet, vel non adhibita fuisse solennia, & dicimus potius legitimum coniugium, quàm contrà, præsumendum; quia hæc præsumptio malum excludit, & filijs fauet, altera verò contraria, odium & delictum continet, & filijs nocet.

CAPVT XXXVI.

Si matrimonium contrahatur inter eos, inter quos canonicum subest impedimentum sub conditione, si summus Pontifex dispensauerit; an dispensatione secuta, statim sit verum matrimonium absque nouo consensu?

Vndecima controuersia. Si matrimonium intet duos contrahatur, inter quos legitimum sit impedimentum, sub ea conditione, si summus Pontifex dispensauerit: an obtenta dispensatione statim matrimonium esse dicatur absque nouo consensu?

Affirmant Io. Calderinus, Antonius Butrius & Præpositus, in c. super eo, de cond. appos. quorum sententiam consuetudine receptā esse testatur Boerius decis. 264. nu. 27.

Fundamentum est in communi Doctorum sententia, quæ dictat, matrimonium sub conditione contractum, eueniente conditione, statim perfici absque nouo consensu, vt tradunt Innocent. & Abbas, in c. de illis, de conditio. appos. & alij, quos commemorat Couuar. in Epitome, de Sponsal. in 2. par. c. 3. nu. 5. Quæ quidem sententia probatur ex ea Iuris Regula; Contractum sub conditione factum eueniente conditione perinde habendum, ac si purè factus esset, l. vlt. §. 1. ff. de Vulg. & ibi Angelus notat. Decius in l. pecuniam, in 2. notabili, ff. si cert. pet. Tiraq. de retractu consang. § 1. Glos. 2. nu. 27.

Contrariam sententiam habuerunt Innocentius, Cardinalis, & Abbas in d. c. super eo, de cōd. appos. Syluester in Summa, in verbo, Matrimonium, 3. q. 9. Henricus in c. vlt. de cond. appos. Aretinus in cons. 141. col. 4. alios citat Couuar. loco proximè citato, nu. 7. & videtur ipse in hanc sententiam propendere.

Fundamentum est: quia conditio impossibilis matrimonio adiecta, pro non scripta habetur, ipsaque vitiatur, & non vitiat: & ideò matrimonium purè contractum intelligitur, c. vlt. de cond. appos. sed ista conditio: Si summus Pontifex dispensauerit, impossibilis reputatur, quia consensus Principis requirit, argumento l. inter stipulantem, §. Sacram, ff. de verb. oblig. & l. continuus, §. Eū qui, ff. eod. tit. & l. apud Iulianum, §. Constat, de leg. 1.

Mihi hæc posterior sententia prima specie videbatur probabilior, non quidem eo argumento, quod proximè retuli, illud enim confutat Couuar. loco annotato, quia non impossibile reputatur illud, ad quod obtinendum consensus Principis requiritur, nisi quando id concedere Princeps nō solet, vt probatur in d. §. Cōstat, & in l. inter

A cidit, ff. de Cond. & demonst. & in l. quidam relegatus, ff. de reb. dub. Pontifex autem solet dispensare in eiusmodi impedimentis matrimonij, vbi iusta subest causa, vt notum est.

Sed alio argumento verior mihi videbatur posterior sententia, nempe, ex c. super eo, de condit. appos. vbi Summus Pontifex declarat matrimonium sub conditione contractum, etiam per verba de præsenti, habendum non esse pro matrimonio de præsenti. *Cùm huiusmodi consensus*, inquit, *non sit de præsenti habendus, licet per verba de præsenti euidentius exprimatur, qui in alieno arbitrio non habito, sed habendo, consistit.* (erat enim ea in specie ita matrimonium contractum, si pater consentiret) Itaque patre consentiente, is, qui promisit, cogi potest ad contrahendum matrimonium, vt ibi dicit textus. Consequenter matrimonium eueniente conditione nouiter est contrahendum per verba de præsenti, & consequenter nouo consensu est opus.

B Nec obstare videbatur illa communis sententia, qua prior sententia nititur, quia reprobatur à Theologis, vt demonstrat Couuar. loco annotato paulò antè num. 6.

Quod verò dicebatur; Iuris Regulam hoc velle, vt cōditionalis contractus eueniente conditione pro puro habeatur, locum habere posse videbatur, quantum ad hunc effectum, vt non sit locus pœnitentiæ, non autem quoad hoc, vt contractus habeatur pro perfecto, ita vt nouus consensus non requiratur, vt ind. c. super eo.

Sed tamen penitius re considerata, prior sententia verior videtur. Nam communis illa sententia, ex qua fundamentum habet, verissima est, quicquid obijciat Couuar. ex d. c. super eo, Neque enim illius Canonis sensus est, Matrimonium per verba de præsenti sub conditione contractum, non intelligi esse de præsenti, sed de futuro, sed sensus est, Matrimonium sub ea conditione contractum, consumandum non esse, nisi pater consentiat: Ita dicit ibi Summus Pontifex.

C Postea tacitę obiectioni respondet: Nam sponsalia sub conditione facta, firmiter obseruanda sunt, etiam conditione deficiente, si alterum interuenerit, consensus de præsenti, vel carnalis copula, vt in c. de illis, eo. tit. Sed in proposita specie adest consensus de præsenti, quia contractū fuit matrimonium per verba de præsenti, Ergò licet conditio deficiat, cogendus est ad matrimonium consumandum ille, qui consensit.

Respondet Summus Pontifex, negando assumptionem, scilicet, in ea specie cōsensum esse de præsenti, *Quia in alieno arbitrio*, inquit, *non habito, sed habendo, consistit.*

Sed reddamus verba summi Pontificis, quo res clarior existat. Sic aūt ait: *Super eo verò, quod postulasti, vtrum ille, qui in quandam mulierem consensit, si pater eius suum præstaret assensum, sit ad consummandum matrimonium compellendus. Respondemus, quod cum consensus liber dici non possit, qui alieno arbitrio reseruatur, ac conditionem ipsam Canonica non improbent instituta, nisi voluntas patris*

D *postmodum intercedat, nequaquam cogendus est ad matrimonium contrahendum, Nam licet Alexander Papa respōderit, quod Sponsalia interposita conditione contracta ipsa non impleta, si consensus de præsenti intercedat, vel carnalis copula subsequatur, dissolui non debent, sed firmiter obseruari, nequaquam est nostra definitioni aduersum, cum huiusmodi consensus non sit de præsenti habendus, licet per verba de præsenti euidentius exprimatur, qui in alieno arbitrio nō habito, sed habendo consistit.* Hactenus ille.

Hoc igitur vult Summus Pontifex: In sua specie, non esse cōsensum de præsenti, quemadmodum in specie, de qua respondit Alexander Papa, sed quia matrimonium, fit absq; nouo consensu, si consensus patris accedat, non negat ibi Pontifex, qui propterea quærit, an consensu patris accedente, is, qui sic contraxit, ad consummandū matrimonium sit cogendus? Et cogendum esse respondet: Et licet dicat, nisi voluntas patris postmodū accedat, nequaquam cogendus erit ad matrimonium contrahendū, tamen illud verbū, *Contrahendū*, est idem S. Pontifi-

ci, ac verbum, *Consummandum*, quo in quæstione vsus A
est, vt sic responsum congruat quæstioni propositæ.

At Couuar. sic argumentatur. Matrimonium sine consensu non contrahitur, Hic autem consensus non est: Ergò nec matrimonium est. Probatur Minor, quia non est à principio talis cõsensus, qui ad matrimonium sufficiat, cùm sit conditionalis. *Nec oberit*, inquit, *conditionis euentus. Nam si dissenserint contrahentes ante euentum conditionis, euentus conditionis nihil operatur.*

Respondeo; Id nego; nempe, si ante conditionis euentum contrahentes dissentiant, nihil operari euentum cõditionis. Nam vbi sub conditione contractus geritur, nõ licet conditione pendente, alteri pœnitere, l. hæc venditio, ff. de contrah. empt. Alex. in consil. 40. in principio, lib. 5. Nec contrarium probat Couuar.

Non obstat id, quod dicit, cõditionem de futuro id efficere, vt consensus expressus per verba de præsenti, dicatur esse pendens de futuro, & ideo ante impletam conditionem non sit sufficiens. Etenim id concedo. Sed dum B
subdit. *Consensum autem pendere in futurum, in virtute est esse de futuro*, id nego, nisi intelligatur in virtute esse de futuro, quatenus conditionis euentus expectatur, vt consensus effectum habeat. Sed conditione impleta iam consensus effectum obtinet, non aliter, atque si initio nulla fuisset adiecta conditio.

Cæterùm, cum hodie ex Sacrosancti Cõcilij Trid. Decretis Sess. 24. multa fuerint ordinata, quę huic sententiæ nostræ forsitan aduersentur, consultum fuit Constitutioni Sacrosanctæ inhærere, nulla ratione habita huius nostræ opinionis. Video enim opus esse nouo consensu ob formam introductam ab eodem Concilio circa matrimonia contrahenda, propter solennitates ab eo requisitas; & ob pœnam constitutam in eos qui intra gradus prohibitos scienter contraxerint, vt in d. Sess. 24. c. 5. quãob rem seruanda erit dicta forma; nec præter eam euagari licebit. C

CAPVT XXXVII.

Vtrum matrimonium ea lege contrahi possit, vt non intercedat copula carnalis.

DVodecima controuersia. Vtrum matrimonium ea lege contrahi possit, vt non intercedat copula carnalis?

Cõtrahi posse affirmant Paludanus in 4. Sent. distinct. 30. q. 2. Concl. 2. Io. Imolensis in l. Vbi ita donatur, ff. de donatio. causa mortis. Andreas Siculus, in cap. vlt. de Precario.

Fundamentum; quia matrimonium non vitiat perpetua continentia, qualis etiam fuit inter beatam Virginem & Iosephum, inter quos tamen perfectum fuit ac perpetuum coniugium, c. coniunx, 27. q. 2.

Sed contraria sententia videtur mihi probabilior, quã secuti sunt D. Thomas, in 4. Sentent. distinct. 28. q. vlt. in D
fine. Adrianus q. 9. de Matrimonio. Syluester, in verbo, Matrimonium, 4. q. 6. Abbas in c. commissum, de Sponsa lib. Couuar. in Epitome, in 2. parte, c. 3. §. 1. nu. 4. & 5.

Probatur hæc sententia ex c. vlt. de Conditionibus appos. vbi Gregorius IX. ita dicit: *Si conditiones contra substantiam coniugij inserantur: Puta si alter dicat alteri. Contraho tecum si generationem prolis euites, vel donec inueniã aliam honore & facultatibus ditiorem, aut si pro quæstu adulterandam te tradas, matrimonialis contractus quantumcunque sit fauorabilis, caret effectu.* Hactenus Gregorius.

Ad contrariæ sententiæ argumentum respondetur. Consistere quidem matrimonium posse, licet coniuges perpetuam seruent castitatem, sed tamen id in pactum deduci non posse, quia est contra substantiam matrimonij. Neque verò pactum tale fuit inter beatissimam Virginem & S. Patriarcham. Nec est nouum, vt aliquid impediat matrimonium contrahi, quod non dirimat contractum, c. rursus, qui clerici vel vouentes, &c.

CAPVT XXXVIII.

Quid si non ambo contrahentes matrimonium, in eam conditionem consenserint, quæ contra substantiam matrimonij est, sed vnus tantùm, deinde copula carnalis intercedat; an matrimonium præsumatur?

DEcimatertia controuersia. Cùm matrimonium non valeat, vbi conditio adijcitur, quæ contra substantiam eius est, vt in d. c. vlt. de condit. appos. Si non contrahentes ambo in eã conditionem consenserint, sed alter tantùm, deinde copula carnalis intercedat, vtrum in vim sponsaliorum, quæ per copulam subsecutam matrimonium inducant, contractus valeat, controuerti solet.

Nam id affirmant Hostiensis, Innocentius, Abbas, & Præpositus, in cap. vlt. de Cond. appos. Rubeus Alex. ad l. Non solum, §. Morte, nu. 590. ff. de oper. noui nunt. Syluester, in verbo, Matrimonium, 4. q. 5.

Fundamentum est in c. aliquando, 32. quæst. 2. in illis verbis: *Si ambo tales sint, coniuges non sunt, & si ab initio tales fuerunt, non sibi per connubium, sed per stuprum potius conuenerunt. Sin autem ambo non sunt tales, audeo dicere, aut illa quodammodo est mariti meretrix, aut ille adulter vxoris.*

Contrariam sentẽtiam secuti sunt Adrianus, in 4. Senten. quæst. 9. de Matrimonio. Imola, in l. Vbi ita donatur, ff. de donatio. cau. mor. Aretin. in l. 1. §. Sed si mihi. col. 3. ff. de verbor. oblig. & Couuar. in Epitome de sponsalibus parte 2. c. 3. §. 1. nu. 11.

Fundamentum est, quia is, qui conditionem adiecit matrimonio, non simpliciter consensit, sed sub conditione. Sponsalibus autem nullo modo consensit. Quoties autem ex contrahentibus alter sub conditione, alter purè consensit, nulla inter eos oritur obligatio, l. 1. §. si quis simpliciter, ff. de verb. obligat.

Sed mihi prior sententia videtur longè probabilior, non quidem eo argumento, quod proximè relatum est, quia textus in d. c. aliquando, de alia specie longè diuersa loquitur: Sed eo argumento, quòd cùm intercedit copula carnalis, is, qui conditionem illam adiecerat, ab ea recessisse videtur, cùm intelligat alteram non consensisse in eam conditionem. Hoc probari potest argumento sumpto ex c. per tuas, de cond. appos. in illis verbis: *Consultationi tuæ taliter respondemus, quòd cùm liquidò constet, quòd post contracta sponsalia carnalis est inter eos copula subsecuta, pro matrimonio est præsumendum, quia videtur à conditione apposita recessisse.* Sic igitur & in proposita quæstione dicendum videtur.

Non obstat argumentum in contrarium, quia licet diuersitas obligationis à principio fuerit inter contrahentes, postea tamen ex interuallo præsumuntur prorsus cõsensisse, propter copulam carnalem, ad tollendam peccati præsumptionem. Et quando diuersitas responsionis stipulatori placet, alia stipulatio contracta esse intelligitur, vt in d. l. 1. §. si quis simpliciter, ff. de verb. obli. Et licet tex. ibi requirat, vt *illico placeat*, tamen in stipulatione loquitur, quę non admittit temporis interuallum. At in contractu matrimonij, nihil obstat temporis interuallum, dummodo adsit consensus, vt patet ex d. c. per tuas, de cond. appo. & ex c. is qui fidem, de sponsalib.

CAPVT XXXIX.

Vtrum matrimonium sub conditione contractum, quæ omninò extitura est, valeat, perinde ac si purè contractum esset.

DEcimaquarta controuersia. Si matrimonium sub conditione fiat, quæ omninò extitura sit, vtrum statim valeat, an verò expectanda sit conditio?

Non statim valere, sed conditionis euentum expectandum,

dum, sensit Glos. in c. per tuas, in verbo, Præsumendum, in fine, de conditio. appos. Ioan. Andreas, & Antonius Butrius ibidem.

Quorum illud fundamentum puto, quòd regulariter ita sit constitutum, vt matrimonium sub conditione factum, non valeat, antequam conditio eueniat, vt in c. super eo, de cond. appos.

Iason autem in l. impossibilis, col. vlt. ff. de verb. oblig. ita distinguit, vt si quidem sit certum, conditionem extituram, & simul etiam tempus, quo extitura sit, tunc matrimonium purè contractum intelligatur, secus verò, si tempus, quo extitura est, incertum sit, quia tempus incertum, pro conditione habetur, l. 1. l. dies incertus, l. quibus diebus, §. quidam Titio, ff. de cond. & demonstr. Glos. in l. in omnibus obligationibus, de reg. iur. Bartolus in l. ita stipulatus, in 2. quæst. ff. de verbor. oblig.

Sed mihi eorum sententia probabilior videtur, qui existimant hoc in casu matrimonium purè contractum videri, ita docuerunt Hostiensis Cardinalis, Abbas & Præpositus, in d. c. per tuas, de cond. appos. Syluester, in verbo, Matrimonium, 3. quæst. 2. & alij, quos refert & sequitur Couuar. in Epitome de Sponsalibus, in 2. parte, c. 3. §. 2. num. 10.

A

B

Probatur hæc sententia. Nam qui sub conditione stipulatur, quæ omninò extitura est, purè videtur stipulari, l. pupillus, §. 1. ff. de Nouation. l. quod si ea, ff. de condiction. indeb.

Non obstat id, quod dicitur; Diem incertum pro conditione haberi, quia id procedit in testamentis & vltimis volũtatibus, l. dies incertus, ff. de cond. & demõst. Ratio est, vt i declarat optimè Castrensis, in l. 1. nu. 6. ff. eod. tit. quia non est certum, debitum iri. Nam si legatarius decederet, non transmittere, quod in cõtractibus & alijs actibus inter viuos dici non potest, Quare si tempus sit incertum in specie, de qua agitur, moram potius matrimonio, quàm conditionem iniectam esse existimo, sicuti alibi Iurisconsultus docet, in l. hæres meus, ff. de cond. & demonstr. ibi: *Non conditione, sed mora suspenditur*, &c.

C

CAPVT XL.

Vtrum valeat matrimonium, vbi quis metu coactus fuit illud contrahere cum vna ex pluribus fœminis, puta cum vna ex filiabus Sempronij.

Decimaquinta controuersia. Contraxit quis matrimonium metu coactus cum vna ex filiabus Sempronij, vtrum valeat?

Et valere docuerunt Abbas in c. cùm terra, de electio. Zochus, & Præpositus, in cap. cùm locum, de sponsalibus. Fely. in c. in præsentia, nu. 37. de Probatio. Iason in l. Titia, nu. 6. ff. de verb. oblig. Ioannea Lup. in c. per vestras, in 3. notab. §. 2. de donatio. Sylua nuptialis, lib. 2. nu. 119.

Fundamentum est: quia non videtur sublata libertas hoc in casu, quod probatur à simili. Nam consuetudo nõ valet, quæ libertatem aufert electionis, c. cùm terra, de electio. Et tamen illa valet consuetudo, quæ facit, vt ex certo personarum genere electio fiat, cap. cùm dilectus, de consuet.

D

Contrariam sententiam probabiliorem esse puto, quã secuti fuere Baldus in consil. Schismatis, col. 4. Fortunius in tract. de vltimo fine, Illatione 21. Decius in c. licet, col. pen. de elect. & alij, quos refert & sequitur Couuar. in Epitome de Sponsalib. in 2. parte, c. 3. §. 5. post nu. 7. versic. Secundò procedit.

Fundamentum est firmissimum: quia ad matrimoniũ contrahendum libertas summa requiritur, c. cùm locum, de sponsalib. Nec valet vbi metus intercedit, c. veniens, 2. eod. tit. c. significauit, de eo qui duxit vxorem, &c. Sed in hac specie libertas non est, quia metus interuenit, Ergò matrimonium nullius est momenti. Assumptio patet: quia quis cogitur accipere vnam ex illis mulieribus in vxorem, cùm tamen vel nullam accipere vellet, vel fortè etiam vxorem non ducere.

Ad argumentum à simili respondeo, magnam esse dissimilitudinem, quia consuetudo illa, vt electio fiat ex certo personarum genere, summa ratione introduci potuit; Quare debet eius vigore quis vnam eligere ex dictis personis. Sed vt quis vnam ex certis fœminis vxorem ducere compellatur, id perquam iniquum est, cùm summam libertatem matrimonialis contractus exigat, nec vlla ratio suppetere possit, qua quis cogi ad illud contrahendum possit, vel cum certo personarum genere. Sed res mihi videtur longè clarior, quàm vt maiori egeat disputatione.

CAPVT XLI.

Sitne matrimonium contractum illis verbis: Habebo te in uxorem: Vel, Iuro ac promitto me in legitimam uxorem te habiturum.

Decimasexta controuersia Promisit quispiam in hunc modum mulieri. Habebo te in vxorem, vel, Promitto ac iurome in vxorem te habiturum. Vtrum matrimonium contractum esse intelligatur; An verò sponsalia de futuro?

Et matrimonium contractum videri responderunt Glos. in c. ex parte, de Sponsalibus, & in c. si quis diuinis, 30. q. 5. Abbas & Decius, in c. iurauit, de Probat. Præpositus in d. c. ex parte, & alij magis communiter.

Argumenta sunt tria. Primum ex c. ex parte, de Sponsalibus in illis verbis. *Andreas iuramentum præstitit, quòd eam ab eo tempore pro coniuge teneret*, &c. quibus verbis Pontifex præsupponit matrimonium contractum.

Secundum est ex d. c. si quis diuinis, 30. q. 5. *Si quis diuinis*, inquit textus, *tactis scripturis, iurauit mulieri; legitimam se eam vxorem habiturum*, &c. *Fit illa legitima vxor, quamuis nulla dos, nulla scriptura alia interposita sit.*

Tertium est huiusmodi. Qui vult antecedens, velle intelligitur & consequens, l. illud, ff. de acqu. ir. hæred. Igitur si vult eam in futurum vxorem habere, necesse est, vt illis verbis matrimonium contraxisse intelligatur. Vide pro eadem sententia Iacobum Menoch. de Præsumpt. lib. 3. c. 3. num. 3.

Cæterùm, non matrimonium contractum videri, sed sponsalia de futuro, responderunt quidam Doctores antiqui, quorum facit mentionem Glos. in d. c. ex parte, Magister Sententiarum, & alij, quos refert & sequitur Couuar. in Epitome de Sponsalib. parte 2. c. 4. §. 1. nu. 5.

Fundamentum est: quòd illa verba futurum tempus respiciunt, vt patet, nec necessariò consensum important de præsenti, quare potius sponsalia de futuro contracta esse intelliguntur, quàm matrimonium de præsenti.

Ad textum in d. cap. ex parte, respondent; Verba contrahentium in ea specie tempus præsens respicere: *Iurauit*, inquit textus, *quod eam ab eo tempore pro coniuge teneret*.

Ego quidem in hanc posteriorem sententiam essem procliuior, sed vt illi non adhæream, illud facit, quòd illa verba ita possunt intelligi, vt consensum in matrimoniũ de præsenti conuineant: Et licet etiam ita possint intelligi, vt importent sponsalia de futuro, tamen illa interpretatio præualere debet, quæ matrimonio fauet, autoritate textus in d. c. si quis diuinis, 30. quæst. 5. Ait enim textus: *Si quis iurauit mulieri se eam vxorem legitimam habiturum, fit illa legitima vxor*. Ego intelligo, fieri ex ea promissione seu iuramento, non autem ex futuro consensu & contractu.

Ad contrarium argumentum responsio patet, quia etsi ad futurum tempus illa verba referantur, includunt tamen consensum de præsenti in matrimonium, quasi is, qui sic promisit, eam mulierem iam duxerit in vxorem, & ideo illam pro tali se habiturum dixerit, seu iurauerit.

CAPVT XLII.

Sed quid si dixerit. Non habebo aliam vxorem nisi te: Sitne contractum matrimonium, vel sponsalia.

Decimaseptima controuersia. Sed quid si dixerit: Non habebo aliam vxorem, nisi te, an intelligatur matrimonium contractum, vel sponsalia?

Et matrimonium contractum videri responderunt Cardin. Abbas, & Præpositus in c. Ex parte. de sponsalibus. Alex. in consi. 152. lib. 5. Syluester in verbo Matrimonium. 2. quæst. 10. Iason & Curtius iunior, in l. Actione, C. de transact. Menoch. de Præsumpt. lib. 3. cap. 3. num. 8.

Fundamentum est, quia dictio, *Nisi*, negationi postposita, affirmat. Quamobrem est perinde, ac si dicatur, Non habebo aliam vxorem, quàm te, & habebo te in vxorem, Ergò matrimonium inducitur.

Sed contrariam sententiam amplector vnà cum Calderino, Butrio & Zocho, in d. c. ex parte, Cepolla in consil. 1. Ciuilium, in 3. col. Alciato, in d. l. Actione, C. de transact. & Couuar. in Epitome de sponsalibus, in 2. parte, capit. 4. §. 1. num. 1.

Fundamentum mihi videtur solidissimum, quia talis oratio ita est accipienda, vt si quis vxorem ducere voluerit, illam, & non aliam ducere teneatur, non autem vt se obliget ad illam vxorem ducendam. Quid enim, si vitam cælibem ducere maluerit? Veluti, si quis dixerit, promitto me non alienaturum extra familiam prædium, non idcirco promittere videtur, se intra familiam alienaturum, sed sensus est, vt si alienare voluerit, non extra familiam alienet.

Huic interpretationi fauet textus in l. si sterili, §. pen. ff. de act. empt. *Sed etsi fundum*, inquit, *ita vendidere, vt nulli alii, quàm mihi, eum venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris*. Et sic non dicit Iurisconsultus, agi posse, vt mihi vendas, simpliciter & absolutè, quamuis fortè nolis alicui vendere.

Adstipulatur etiam textus in l. Titia, §. vlt. ff. de Manumissis testam. in illis verbis: *Onesiphore, nisi rationes reddideris, liber ne esto. Petitus ademi libertatem, quàm dari.*

Ergo dictio illa, *Nisi*, affirmationis vim habet, sed in eum sensum, de quo dictum est, id est, Non habebo aliam vxorem, quàm te. Et te habebo in vxorem, si vxorem ducere in animum induxero, non autem simpliciter & absolutè,

CAPVT LXIII.

Filius an in dubio præsumendus sit naturalis, hoc est, natus ex concubina, an verò spurius, hoc est, natus ex coitu damnato & punibili.

Filium in dubio naturalem esse præsumendũ, non autem spurium, responderunt Bald. in consil. 448. nu. 4. lib. 1. Cranetta in cons. 138. nu. 1. & 166. nu. 1. Alciatus in cons. 58. nu. 13. lib. 9. & 158. nu. 3. eod. lib. Simon Petrus in cons. 127. nu. 8. Dominus meus Cephalus in consil. 608. nu. 10. lib. 4. Hyppol. Riminal. in cons. 157. nu. 109. lib. 2. Couuarru. in Epitome de Sponsalibus, in 2. parte, cap. 8. §. 3. in principio.

Fundamentum est: quia delictum non est præsumendum, l. meritò, ff. pro socio. Est autem maius delictum ex coitu damnato & punibili, quàm ex concubinatu lege Ciuili non prohibito.

Sed contrarium responderunt; Nempe spurium potius esse præsumendum. Natta in cons. 421. nu. 10. Alciatus de Præsumpt. Regula 2. Præsumpt. 5. nu. 4. & responso 123. nu. 10. & 268. nu. 2. & 269. num. 1. Menochius de Præsumpt. lib. 6. Præsumpt. 54. nu. 2. & in consil. 60. nume. 12. libro 1.

Fundamentũ est: quia vt iustus sit concubinatus, multa requiruntur. Primum, vt mulier non sit vilis conditio-

A nis. Deinde, vt in schemate concubinæ retineatur. Tertiò, vt sit sola, nec cum alio rem habuerit. Postremò, vt protestatio præcesserit, vt per Grammaticum omnia diligenter explicantem, Voto 4. Omnis autem, qui nec ex legitimo matrimonio nascitur, nec ex tali concubinatu, appellatur spurius, vt declarat Bart. ad l. vlt. ff. de his quib. vt indig. Cagnol. in l. si qua Illustris, C. ad Orfician. num. 3. Hæc igitur omnia probanda sunt, non præsumenda, ergò filius non præsumitur in dubio naturalis, sed spurius.

Ego verò priorem sententiam æquiorem ac benigniorem esse iudico & amplector, vt scilicet minus malum sit præsumendum, & quod leuiorem infamiæ maculam aspergit, argumento l. si Præses, ff. de Pœnis. Et præsertim, quia nouissimè Rota Romana hanc sententiam est secuta, vt patet ex decis. 808. in 1. parte.

Confirmari potest ex c. 2. de filijs presbyteror. & ex c. veniens, de Accusatio. quibus in locis dicitur, non præsumi quempiam genitum esse in sacerdotio, licet sacerdotis B filius exultat. Idem habetur in c. inter cæteras, eod. tit. de filijs presbyteror.

Ex hoc argumentum sumitur, Iuris præsumptionem esse procliuiorem in eam partem, quæ benignior est, & grauioris criminis tollit suspicionem.

Huc accedat, quòd loquendi vsum spectemus, & sententiam iure Canonico receptam, vt filius sit naturalis, sufficit eum natum ex his, inter quos matrimonium contrahi poterat. Vide Couuarru. de sponsalib. in 2. parte, c. 8. §. 4 in principio. Et Sarmientum selectar. interpret. lib. 1. cap. 7. num. 2.

Vnde argumentum contrariæ sententiæ facilè refellitur, præterquam quòd, vt ex stupro vel adulterio, aut alias damnato coitu quis præsumatur natus, multa etiam in facto requiruntur, quæ quò grauiora & turpiora sunt, eò minus præsumenda videntur.

Nec obstat, si dicatur; Mulierem in dubio virginẽ præsumi, ex traditis per Abbatem, in c. 1. de adult. & Clarum C in §. Stuprum, vers. Sed pone. Et consequenter præsumitur stuprata, & sic ex stupro natus filius. Quia Panormitanus & Clarus loquuntur, vbi mulier se virginem fuisse aduersus stupratorem allegat, tunc enim in odium & præiudicium delinquentis, præsumitur esse virgo. Sed de hac specie nostra non est disputatio.

CAPVT LXIIII.

Vtrum filius exhæredari à patre possit, si vxorem ducat absque eius consensu.

Filiumfamilias absque patris consensu matrimonium contrahere posse, certi ac indubitati Iuris nunc est ex Concilio Tridentino, Sess. 24. In decreto de matrimonijs clandestinis. Vide Cardinal. Robertum Bellarminum in 2. Tomo Controuersiarum fidei, de Matrimonij Sacramento, lib. 1. c. 19.

Illud nonnihil controuersum est, an filius eam ob cauD sam exhæredari à parente possit.

Affirmat enim Castrensis in l. si filiam, C. de inoff. test. autoritate textus in Auth. Sed si post, eod. tit. Verba hæc sunt: *Sed si post viginti quinque annos te differente filiam marito copulare, in suum corpus peccauerit, vel sine consensu tuo, marito se, libere tamen, copulauerit, eam exhæredare non potes*. Ex his verbis patet à contrario sensu filiam exhæredari posse, si marito se copulauerit absque consensu patris, quando non eam distulit parens marito copulare.

Secundò, autoritate text. in l. 3. §. si emancipatus, ff. de bonor. possess. contra tab. in illis verbis: *Nã etsi tàm ignominiosam duxerit vxorem filius, vt dedecori sit tàm ipsi, quàm patri talem mulierem habere, dicemus & ex ea natum ad bonorum possessionem aui admitti, cùm possit auus iure suo vti, eumque exhæredare.*

Et licet iure Canonico inspecto matrimoniũ à filiofa. contractum absq; cõsensu patris valeat, nihil tamen hoc obstat, quia ius Canonicum disponit de matrimonio, non autem de iniuria illata parenti. Sic & mulier secun-

cundò nubendi liberam habet iure Canonico potestatem, c. cum secundum, de secund. nupt. & tamen legum pœnis est obnoxia, excepta infamiæ pœna, quoniam ex communi sententia non sunt illa sublata, quæ in fauorē prolis ex primo matrimonio susceptæ aduersus secundò nubentes mulieres sunt constitutæ.

Cæterum diuersam alij multi sententiam habuerunt: Nempe, eo duntaxat in casu exhæredari posse filium vel filiam, quo indigno nubit. Ita glos. in c. de raptoribus, 36. q. 1. Baldus in l. nec filium, C. de nupt. & in l. si pater, C. de sponsalibus Ant. Butr. in c. accedens, de Procur. Anchar. in cons. 21. Parisius in cons. 29. lib. 3. Bald. Nouell. de dote in 6. par. priuileg. 16. nu. 6.

Fundamentum est in d. l. 3. §. si emancipatus, ff. de bonor. possess. contra tab. ibi: *Nam etsi tam ignominiosam duxerit vxorem*, &c.

Tertia est sententia vera & communis; Filios nubentes absque consensu patris, licet grauiter peccent, exhæredari tamen non posse. Ita docent Abbas & Host. in ca. 1. de sponsalib. & in cons. 11. lib. 1, Ioan. Lupus, in ca. per vestras, de donat. in 3. not. §. 9. Dec. ad l. nuptias, de regu. iur. & in cons. 231. Ias. in Auth. Sed si post, C. de inoff. testam. Felyn. in c. Ecclesia, n. 59. de constit. Vasquius de succesS. creation. lib. 1. §. 10. nu. 628. Couua. in epito. de sponsa. in 2. par. c. 3. §. 8. nu. 5. Hypp. Rimin. in cons. 133. lib. 2.

Probatur hæc sententia regula generali, Quod fit iure permittente, pœnam non meretur, l. 4. C. de adult. c. cum secundum, de secun. nupt. Item, quia matrimonium debet esse liberum, c. cum locum, de sponsalib. c. Gēma, eo. tit. & habetur in Concilio Tridentino, Sess. 14. ca. 9. Ergò neque directè, neque indirectè impediri debet. Videretur autem impediri, si filius exhæredari posset, quoniam exhæredationis metu non eam, quam vellet, vxorem deduceret.

Et quidem quod ad filium attinet, etsi olim exhæredari potuerit, iuxta l. 3. §. si emancipatus, ff. de bonor. posses. contra tab. tamen Iustinianus inter iustas exhæredationis causas hanc non recensuit in Nouella 115. Et certū est, eas tantummodo causas, quas Iustinianus commemorat, iustas esse, & iam obtinere, omnibus alijs, quæ in antiquis legibus continebantur reiectis, vt ipse statuit.

Quod verò attinet ad filiam nubentem absq; consensu patris, nihil mirū videri debet, si olim exhæredari potuerit. Nam cum iure ciuili matrimonium non valeret absq; patris consensu, filia nubendo sine patris consensu videbatur stuprum admittere, non autem matrimoniū contrahere. Stuprum verò iustam esse exhæredationis causam ex eo manifestū est, q Iustinianus dicit in d. Nouella 115. *Filiam scilicet in corpus suum peccantem exhæredari posse, nisi pater eam elocare distulerit*, vt ibi. Cum autem, iure Canonico inspecto (est autem in hac materia & similibus præcipuum) matrimonium absq; patris consensu valeat, iam cessat illa ratio stupri, & dum puella nubit etiam absque patris consensu, verum contrahit matrimonium.

Ex quibus ad argumentum Pauli Castr. responsio patet, quod nitebatur autoritate d. Auth. Sed si post, & d. l. 3. §. si emancipatus, quibus est responsum. Vide etiā hac de re Curac. lib. 3. Obseru. c. 5. & Duaren. ad tit. sol. mat. & ad tit. de inof. test. c. 3.

CAPVT XLV.

1 *Vtrum pater dotem dare teneatur filiæ, quæ nupsit absque eius consensu.*

SEd & non leuis est controuersia, vtrum pater filiæ nubenti absq; eius consensu, dotē dare teneatur. Negant enim Bart. in l. obligamur, ff. de act. & oblig. Bal. & Salicet. in l. q liberos, ff. de ritu nupt. Alc. in cōs. 33. li. 4.

Argumenta sunt ista. Pater dotem dare tenetur suæ filiæ, vt possit nubere. Nam absque dote non facilè mari-

A rum inueniret. Sed talis filia iam nupsit, & maritum inuenit, ergo dotem ei dare non tenetur.

Secundò. Dos est loco alimentorum, vnde sicut ei debentur alimenta, qui non habet aliunde, l. si quis à liberis, ff. de lib. agnosc. ita & dos. Hic autem filia iam nupsit, vnde videtur habere unde se alat, nec dote indigere.

Tertiò, matrimonium valet absq; dote, nec potest vxorem is, qui eam duxit, expellere ob eam causam, q dotem non habeat. §. sic itaque, in Auth. de nuptiis. Ergo sibi imputet & filia & maritus eius, si non procurarunt dotem à patre habere.

Postremò, filia nubens absque consensu patris, facit illi maximam iniuriam, vt patet, Ergo pater non tenetur ei dotem dare.

Contrariam sententiam habuerunt Abbas, in ca. 1. de

2 despons. impub. & in cons. 12. lib. 1. Campegius de dote, in 1. par. q. 13. Ias. in Auth. res quæ, C. commu. de leg. & ibi. Bal. Ang. & Castrens. Dec. ad l. nuptias, de reg. iur. Alios

B commemorat Ripa, in l. 1. nu. 55. ff. sol. matr.

Fundamentum est, quia pater ad hæc duo est obligatus, vt nubat filiam, & vt ei dotem det, l. qui liberos, ff. de ritu nuptiar. ibi: *Coguntur in matrimonium collocare & dotare.* Si ergo filia nupsit, ea obligatione solutus est, sed non altera, dotem dandi.

Tertia est sententia sic distinguens: Aut filia nupsit digno, & pater tenetur eam dotare, aut indigno, & non tenetur. vbi tamen maritus est ita diues, vt possit eam alere. Ita Couuar. in Epitome de sponsalib. in 2. parte, cap. 3. §. 8. nu. 7. vbi alios citat.

Quarta est sententia patrem teneri, licet nubat indigno, ita Imolensis, in c. accedens, de Procur. Alex. ad l. 1. nu. 32. ff. sol. matr.

Et ego in eam sententiam sum proclinior, quæ patrē indistinctè ad dotandum obligat, etsi enim olim exhæredari filia potuerit, eam ob causam, q indigno nupsisset, vt in l. 3. §. si emancipatus, ff. de bon. poss. contra tab. tamen

C hæc inter alias veras & legitimas causas à Iustiniano nō connumeratur in Nouella 115. Et meritò, præsertim verò iure Canonico inspecto, ex quo matrimonium valet, & plena dēt libertate gaudere, adeò, vt filius, qui cōcessa sibi à lege potestate vtitur, nulla pœna dignus esse videat.

Et ideò sic argumētor: Pater filiam dotare tenetur, et si diues sit, & bona propria habeat. l. vlt. C. de dotis promiss. Nulla vero est lex, quæ dote debita illam priuet eam ob causam, de qua agitur, ergò non est priuanda; Argumento text. in §. Optimè, in Auth. de non elig. secundo nub. ibi: *Nec est lex tale quid dicens*. &c. Quam ob rem occurrit, quod Iurisconsultus dicebat in l. si quis, §. Diuus ff. de relig. & sumpt. funer. *Non rectè facere*, inquit, *pœnā tamen in eum statuitam non esse.*

Ad primum, secundum ac tertium argumentum contrariæ opinionis respondeo, locum habere, si filia nubēs dotem non promittat, & maritus eam acceperit absq; dote, tunc enim dotem petere non potest, aliàs secus, quia

D licet maritum inuenerit, & ab eo alatur, non tamen dotem sibi debitam amisit, nec ab ea est excludenda, sed pater suo tenetur officio satisfacere, l. vlt. C. de dot. promiss.

Ad vltimum argum. respondeo, filiam non rectè facere, & peccare grauiter, sed non rectè colligi eam dote priuandam esse, quam ex legibus parens ei dare tenetur.

CAPVT XLVI.

De confiscatione bonorum raptoris, vtrum mulieri raptæ sint applicanda si matrimonium cum eo contraxerit.

IVstinianus statuit eum, qui mulierē rapuit, bonis multandum, eaque mulieri raptæ applicanda, l. 1. C. de raptu virginum. Cæterum si matrimonium cum raptore contraxerit, alia Constitutione decreuit, bona non esse mulieri applicanda, vt in Auth. de rapta muliere, quæ raptori nupsit.

Iam

Iam cõtrouersia oritur, qnia iure Canonico valet ma- A trimonium inter raptorem & raptam, c. vlt. de raptorib. nisi eo tempore sit contractum, quo mulier rapta, est in potestate raptoris, vt in Concilio Tridentino, Sess. 24. Oritur inquam controuersia; vtrum nihilominus bona raptoris mulieri sint applicanda?

Et applicanda esse censuerunt Glos. in c. de puellis, 36. q. 2. Ioan. Lup. in cap. per vestras, 3. not. §. 20 nu. 8. de donatio. inter vir. & vxor. Abbas, Aret. Felyn. & Dec. num. 34. in c. Ecclesia, de constit. Federic. Senensis in consi. 36. Couuar. in Epitome de sponsalib. in 2. p. c. 3. §. 9. n. 1. & 2.

Fundamentum est, quia Iustinianus Imperator ideo lucrum ademit mulieri nubenti bonorum ipsius raptoris, qui illi prohibuit, ne raptori nuberet, vt in Auth. de Rapta muliere, quæ raptori nubit, vers. Quia enim tale stare matrimonium, &c. Cum ergo iuris Canonici autoritate (quod quidem in hac materia iuri Cæsareo anteponendum est) nubere raptori possit, inde videtur inferri posse, tale lucrum bonorum raptoris iam ordinatum, illi B auferendum non esse.

Sed contrariam sententiam habuerunt Anton. Butr. in c. 1. de Sponsalib. Felynus, ibid. nu. 15. Io. Andr. Anchar. & Dominicus, in c. cum secundum, de hæreticis, lib. 6. Ioannes de Anania, in c. pen. de Raptorib. Salicet. in l. vnica, nu. 13. C. de raptu virginum.

Fundamentum est: quia bona raptoris à lege deferuntur mulieri raptæ ea conditione, si raptori non nupserit; Igitur si nupserit, lucrum delatum non obtinebit. Et licet Canones matrimonium permittant, nihil tamen amplius, qnod ad tale lucrum attinet, disponunt.

Hæc videtur mihi probabilior sententia. Aut enim ex iure Ciuili sibi tale lucrum mulier vendicat, & non potest, quia non defertur, vbi matrimonium inter raptam, & raptorem contrahitur; Aut ex iure Canonico, & multò minus, quia Canones non illud deferunt.

At inquiunt, matrimonij libertatem impediri, si mulier tale lucrum nubendo amittat, quia sic non libenter C nubet raptori, ne illud amittat. Non rectè: quia non defertur illud lucrum absolutè mulieri, sed ea lege, ne nubat. Poterit ergò nubere raptori, si voluerit, sed lucrum non habebit. Hinc aũt matrimonij libertas non impeditur magis, quàm si quis dixerit, quia mulieribus nubentibus præmium non est à lege constitutum, matrimonium impediri, seu libertatem matrimonij.

At, inquit Couuar. lucrum iam absque conditione vlla constitutum fuerat à lege, quia illa absolutè bona raptoris mulieri raptę applicauit sine vlla conditione. Non rectè: quia Imperator ipse miratus est aliquos ita legem suam fuisse interpretatos. *Sed miratisumus*, inquit, *quòd conati sunt aliqui dicere, raptam mulierem, siue volentem, siue nolentem, etsi raptoris sit amplexa matrimonium contra nostra Constitutionis tenorem, debere tamen eam raptoris habere substantiam, vel quasi legis præmium*, &c. Et statim subdit: *Qui enim talia dicere præsumpserunt, ii prædictæ legis seriem intelligere non potuerunt, quia enim tale* D *stare matrimonium, etsi rapta voluerit, prohibuimus*, &c. *Quomodo raptas mulieres raptorum eligentes connubium præmiis honorassemus rapta datis mulieri?* Hactenus Imperator, qui apertè indicat, se nunquam illud præmium simpliciter & absolutè detulisse mulieri, sed ita demum, si raptori non nuberet.

CAPVT XLVII.

Vtrum fructus rerum mobilium dotis, soluto matrimonio statim ad mulierem pertineant, an verò intra annum ad hæredes mariti.

SOluto matrimonio ad restituendam dotem, si in rebus mobilibus consistat, anni tempus viri hæredib. est concessum, l. vnica, §. exactio, C. de rei vxor. act. Sed an fructus, qui ex rebus mobilibus percipiuntur, seu accessiones, lucrentur etiam ipsi hæredes, eius videlicet anni, controuersia est nonnulla.

Antiquiores interpretes affirmant, nempe, Bartolus, Castrensis, Aretinus, Albericus, & alij, Iasone teste, in l. diuortio, nu. 18. ff. sol. matr.

Argumenta sunt ista. Hæres videtur esse eadem persona cum defuncto, nec ex eius persona conditio obligationis immutatur, l. 2. §. ex his, ff. de verb. oblig. sed maritus viuens fructus lucratur anni à lege constituti ad restituẽdam dotem, l. si constante, ff. sol. matr. l. si mulier, §. rerũ, ff. rer. amot. Ergò & hæredes illius.

Secundò, hæredes tenentur alere mulierem viduam intra annum, vt docet Glos. in l. vnica, §. exactio, C. de rei vxor. act. Ergò & commodum habere debent ipsorum fructuum, qui ex rebus mobilibus percipiuntur, intra illud tempus.

Tertiò, mulier vidua intra annum videtur esse in primo matrimonio, l. vlt. C. de bonis matern. Ergò sicut maritus fructus rerum dotalium haberet, si viueret, ita & eius hæredes habebunt.

Sed contrariam sententiam veriorem censeo vnà cũ Zasio, lib. 2. Singularium Responsorum, cap. 3. ad quem videtur se remittere Couuar. de sponsalib. parte 2. cap. 3. §. 9. ante num. 9.

Probatur satis clarè ex d. l. vnica, §. exactio, in illis verbis: *Fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonii præstandis. Similique modo pensionibus, vel vecturis nauium, siue iumentorum, vel operis seruorum, vel quæstu ciuilium annonarum, & aliis, quæ sunt eis similia parti mulieris restituendis.*

His verbis Imperator idem statuit de fructibus rerũ immobilium, quod de fructibus mobilium, vt nimirum ex tempore soluti matrimonij ad mulierem pertineant. Idem probatur in l. diuortio, §. non solum, ff. sol. matr.

Confirmatur hæc sententia. Nam ad eum fructus spectant, qui rei est dominus, l. & ex diuerso, §. 1. ff. de rei vend. Et qui sciens alienam rem possidet, fructus restituere tenetur, l. certum, C. de rei vend. l. 3. C. de cond. ex lege. Sed mulier soluto matrimonio est domina rerum dotaliũ, unde & eas uendicat, l. in rebus, C. de iure dot. Et id sciunt hæredes uiri, uel scire debent, l. leges sacratissimæ, C. de legib. Ergò fructus ei sunt restituendi.

Ad primum argumentum, nego maritum fructus lucrari eius anni, qui ad dotis restitutionem indulgetur. Neque id leges in argumento allatæ dicunt.

Ad secundum respondeo, Glossam in d. §. exactio, nõ ita dicere, sed ita, si mulier aliundè non habeat vnde se alat, alendam esse apnd hæredes mariti, qui dotem habent, qnod summam habet ęquitatem.

Ex fructibus ergò alenda erit, uel ei dos restituenda, si quid præter alimenta ex fructibus superserit, id ad ipsam, non autem ad hæredes mariti pertinebit.

Ad tertium nego consequentiam, Dum enim uidua est mulier, videtur quo ad aliquid esse in eodem matrimonio, Et tamen absurdum esset affirmare toto uiduitatis tempore eam esse priuandam fructibus rerum dotalium, & hæredum lucro cedere.

CAPVT XLVIII.

Vtrum maritus expellere Vxorem possit, si non soluatur dos promissa.



VXorem expelli posse à marito, si non ei dos promissa præstetur, censuerunt Abbas, in c. per vestras, de donatio. inter vir. & vxor. & ibidem Ioannes Lup. in 3. notab. Paulus Castr. & Alex. ad l. in insulam, §. vsuras, ff. sol. matr, Salic. in l. quod in vxorem, C. de negot. gest.

Fundamentum est in d. c. per vestras, in illis verbis; *Ne occasione dotis detenta, vxor à viro dimissa, seu vir, qui dimisit vxorem, adulterij reatum incurrat.* Et in l. vlt. C. ad Velleian. in illis verbis; *Neque enim ferendũ est, quasi*

ferim-

fortuito casu interueniente, mulierem fieri indotatam, & sic à viro forsan repelli, & distrahi matrimonium, &c.

Sed contrariam sententiam habuit Couuarr. quam & ipse sequor ac probo, in Epitome de spõsalib. in secunda parte c. 7. n. 1. *Si Christus, inquit, summus humani generis redemptor prohibet vxorem dimitti, excepta fornicationis causa, & tunc iudicio Ecclesiæ dimittenda vxor est, cur Doctores ita liberè ob non solutam dotem maritis dimittere propria autoritate vxores permittunt? quod lege diuina prohibitum est. Rursus lege quidem naturali, & diuina vir tenetur cohabitare cũ vxore, cur ergo ab hac obligatione eximitur dote non soluta?*

Ad textum in c. per vestras, respondetur, Pontificem eo in loco id non permittere, vt vir expellat vxorem propter dotem non solutam, sed tantum dicit, periculum esse, ne vir eam expellat, intellige de facto, & inde adulterij committendi oriatur occasio.

Et hæc responsio valet ad l. vlt. C. ad Vellejan. potius enim ibi periculum Imperator indicat, ne matrimoniũ distrahatur, quam distrahi permittat.

CAPVT XLIX.

Vtrum pater duodecim liberorum, immunis existat ab oneribus patrimonialibus.

PAtrem duodecim liberorum ab oneribus patrimonialibus immunem esse docuerunt. Bartol. Ioan. de Platea, & Lucas de Penna, in l. si quis Decucurio, C. de Decurion. libro decimo. Guido Papæ, quæstio. 301. Aret. in Institu. de excusatio. tutor. in princip. numero 4. Ioan. de Anania, in cons. vlt. col. 1. & 2. Viuius, Communium opinionum, verbo, Pater habens duodecim liberos. Rolandus à Valle, in cons. 52. lib. 2.

Fundamentum est in d. l. si quis Decurio, C. de decurionibus. lib. 10. vbi text. ita dicit: *Si quis Decurio pater sit duodecim liberorum, honestissima muneris quiete donetur.*

Sed contrariam sententiam amplexi fuere Bald. & Rebuff. ad dictam l. si quis Decurio, & alij, quos refert & sequitur Couuar. in Epitome de Sponsalib. in 2. par. c. 8. nõ procul à principio.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior. Pobatur enim primò ex l. 2. ff. de Vacat. muner. *Quæ patrimoniorũ* (ait tex.) *onera sunt, numero liberorum non excusantur.*

Secundò ex l. sunt munera, ff. eo. tit. *Sunt munera* (inquit text.) *quæ rei proprie cohærent, de quibus neque liberi, neque ætas neque merita militiæ, neque vllum aliud priuilegium iuuare ex his excu ationem.*

Tertiò ex l. rescripto, §. quæ munera, ff. de muneribus & honor. *Quæ munera* (inquit text.) *patrimonius iniungun tur, &c. talia sunt, vt neque ætas ea excuset, nec numerus liberorum, nec alia prærogatiua.*

Quartò ex l. 5. C. de munerib. patrimon. lib. 10. *Neque tempore ætatis*, inquit, *neque numero liberorum à munerib. quæ patrimoniorum sunt, excusatione quis habere potest.*

Quintò ex l. 1. C. de his, qui numero liberorum, &c. lib. 10. *Numerus liberorũ* (ait Imperator) *ab onerib. nõ excusat.*

Respondent contrariæ sniæ autores, has leges accipi des esse de numero quinq; liberorum, non autem duodecim, ne pugnent cum d. l. si quis Decurio. Non rectè, quia absolute loquuntur de numero liberorum. Deinde, quod ineptum esset dicere: Numerum liberorum nõ excusare, si excusaret numerus duodecim liberorum; Deberet enim excipi in ipsis legibus dictus numerus duodecim liberorum.

Tertiò, quia nulla est repugnantia inter dictas leges, & l. si quis Decurio, Nam ad l. si quis Decurio, responde tur primum, eam loqui de Decurionib. deinde non loqui de muneribus patrimonialibus, Id patet: Nam in Codice Theodosiano hc legitur. *Qui pater fit duodecim liberorũ, non modo ad Curiam non vocetur, verum etiam, si sit Decurio, honoratissima quiete donetur.* Illa verba *honoratissima*

A *quiete*, conueniunt oneribus personalibus, & sensus est, vt Decurio & pater duodecim liberorum quiescant ab oneribus, quæ personæ iniunguntur, vt liberorum educationi operam dare valent, vt non solum non vocetur, sed etsi vocetur, non teneatur ire, si fuerit Decurio & pater duodecim liberorũ. Neq; et rectè dicitur, cum quie scere, quia à solutione iniuncta patrimonio est immunis.

Confirmatur hæc interpretatio ex loco simili Iurisconsulti in l. semper, §. demonstratur, ff. de iure immun. vbi, loquens de patre sedecim liberorum, ait, talem numerũ filiorum ad excusationem municipalium munerum prodesse, vt filiorũ educationi vacare possit. Verba sunt ista: *Etsi non ab omnibus muneribus dimittit patrem natorũ numerus, tamen quia sexdecim pueros habere te per libellum notificasti, non est irrationabile, vt concedamus filiorum educationem remitti tibi munera.* Ex quibus patet, sexdecim liberorum numerum excusare à muneribus generaliter, non autem duodecim. Videas hac de re Ferdinan. Paez.

B in tract. de Excusatione parentis à muneribus ob numerum liberorum, & Anton. Tessaurum nouissimè in decisio. Pedemont. 267.

CAPVT L.

De legitimatione filiorum per subsequens matrimonium controuersia, sit ne necesse, vt matrimonium inter virum & vxorem contrahi potuerit tempore conceptionis, an verò sufficiat, si natiuitatis tempore poterat contrahi.

T*Anta est vis matrimonii, vt qui antea sunt geniti, post cõtractum matrimonium legitimi habeantur, si autem vir viuente vxore sua aliã cognouerit, & ex ea prolem susceperit, licet post mortem vxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius*, &c. vt in c. tanta, qui filij sint legitimi.

C Ex hoc loco conclusio desumitur, per subsequens matrimonium filios antea natos, legitimos fieri, vbi matrimonium inter virũ & vxorẽ cõtrahi poterat, aliàs secus.

Controuersia est in eo, an sit necesse, vt cõceptionis tẽpore matrimonium contrahi possit, an verò sufficiat, si tẽpore natiuitatis filiorum contrahi potuisset.

Et quidem istud præcisè requiri, vt matrimonium cõceptionis tempore contrahi potuerit, responderunt Salicet. in l. filium, C. de suis & legit. hæred. & Anton. Rosellus de legitimatione, col. 8. & 9.

Argumenta sunt ista: Primum ex l. Paulus, ff. de statu hom. vbi tempus conceptionis filiorum inspicitur, quo ad eorum statum, licet eis non sit vtile. Paulus enim respondit: *Eum, qui viuente patre, & ignorante de conceptione filia, conceptus est, licet post mortem eius natus sit, iustum filium ei, ex quo conceptus est, esse non videri.*

Secundum est ex l. etsi contra, & ibi Glos. C. de nupt.

D Nam cum textus dicat matrimonium, quod erat inualidum, nouo consensu confirmari. Ideoq; liberos postea susceptos legitimos esse, quærit Glos. quid si ante liberi essent suscepti, & respondet non esse legitimos, argumento d. l. Paulus, ff. de statu homin.

Tertium est ex l. ex libera, C. de suis & legiti. hære. vbi dicitur, natum ex seruo & libera, esse spurium, quamuis postea patri liberras superueniat, & natalium restitutio, quod non alia ratione fieri potest, nisi quia primum tempus est inspiciendum.

Contrariam sententiam secuti sunt Hostiens. Io. And. Ant. Butr. & Cardin. in d. c. tanta, Couuar. in Epitome de sponsalib. in 2. par. c. 8. §. 2. nu. 2. quib. & ipse assentior.

Probatur hæc sententia: quia ita iure constitutum est, vt natiuitatis vel conceptionis tempus inspiciatur, quatenus filiorum legitimitati magis expedit. Quod patet primum ex l. qui in vtero, ff. de statu homin. *Qui in vtero est* (inquit text.) *perinde est, ac si in rebus humanis esset, Custoditur, quandiu de commodis eius agitur.* Si ergo de incommodis eius agatur, secus erit, & sic eo casu habendus erit

piu

pro non nato, & natiuitatis eius tempus inspicietur. A

Secundò ex l.5.ff.eod.tit. vbi text.ita dicit: *Ingenui sunt qui ex matre libera nati sunt. Sufficiet autem liberam fuisse eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et e contrario, si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum, qui nascitur, liberum nasci.* Idem habetur in §. sufficit, in Instit.de Ingenuis.

Tertiò id patet ex l.nuper, C.de natur.lib. in illis verbis: *Et generaliter definimus, & quod super huiusmodi casibus variabatur, definitione certa concludimus, vt semper in huiusmodi quæstionibus, in quibus de statu liberorum est disputatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur. Et hoc fauore facimus liberorum, vt editionis tempus statuamus esse inspectandum, exceptis iis tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium conditionis vtilitas expostulat.*

Ad primum argumentum respondeo; Non inspici tẽpus conceptionis in specie d.l. Paulus, quia nec eo tempore inspecto, filij legitimi esse poterant. Nam matrimoniũ fuerat contractum à filiafam. sine consensu patris, quo casu erat inualidum, Nec patre mortuo validũ efficiebatur. B

Ad secundum respondeo, glos. in d.l.etsi contra, nihil amplius probare, quàm l. Paulus, ff.de statu hom. ad quã legem se refert, cui iam responsum est.

Ad tertium: Nil pertinere ad rem nostram textum in d.l.ex libera, quia nulla disputatio est, an tempus conceptionis sit inspiciẽdũ vel natiuitatis, eo iam supposito, quod per matrimonium filij legitimentur, vt in d.ca.tanta, At in specie d.legis statuitur, filios iam natos non effici legitimos, ex eo, quod pater libertatem & natalium restitutionem consequatur.

Sed post hæc scripta vidi Franciscum Sarmientum lib.1. Select.interpret.c.5. aduersus hanc sententiam multa adferentem.

Inprimis textum in d.l. Paulus. Nec obstat quod dicitur ibi nullo tempore matrimonium constitisse. Nam cõstitit post mortem patris filiæ nuptæ, licet enim contra legum præscripta sit contractum matrimonium, si tamen in eadem voluntate perseuerent coniuges, validum efficitur. l.etsi contra, C.de nupt. l.si quis in Senatorio, ff. de ritu nupt. C

Confirmatur, quia si matrimonium validum effici nõ potuisset, frustrà ibi quæreretur de filijs, an essent iusti & legitimi.

Et cum delictum committatur in coitu, & sic conceptionis tẽpore, ridiculum esse videtur inspicere tempus natiuit. Leges verò, quæ dicunt tẽpus vel natiuit. vel cõceptionis esse inspiciendum, prout filijs est magis cõmodum, loquuntur, quantum ad libertatem & seruitutem, non autem ad effectum legitimitatis.

Istis nil morantibus à priori sententia, non recedo. Nã quod attinet ad d.l. Paulus, ita respondet Couua. loco annotato. Non obstat l. Paulus, quia in eo casu nec tempore natiuitatis matrimonium erat legitimum. Nam etsi potuit tunc contrahi, tamen contractum prius eo tempore, quo minimè licebat, non fuit nouo consensu legitimè confirmatum. Itaque ad Sarmientum pertinet onus probandi matrimonium in ea specie fuisse nouo consensu confirmatum, neque enim id constat. D

Nec valet illa ratio, alioqui frustra quæri, an filij essent iusti & legitimi. Nam ratio dubitandi fuit, quia post mortem patris contrahi matrimonium potuit, seu contractum nouo consensu confirmari, qua ratione non obstãte, contrarium decidit ibi Iurisconsultus, nimirum, filiũ natum legitimum nõ esse, quia matrimonium validum non fuit. Quid autem iuris, si nouo consensu celebratũ & confirmatum fuisset, non decidit eo loco Iurisconsult.

Et licet peccatum commissum sit in coitu, tamen inspiciendum esse natiuitatis tempus, quoad filiorum statum, probat l.nuper, C.de naturalib.lib. vbi Imperator id expressè statuit, & loquitur nominatim quo ad effectum, de quo agitur, nempe, legitimitatis filiorum. Idem docet Nouella 89.§.rei equum est, vers. multoque magis. Vt meritò refellatur id, quod postremo loco Sarmientus dicit, leges se restringere ad statum seruitutis & libertatis.

CAPVT LI.

Vtrum legitimentur filij per matrimonium subsequens etiam absque dotalibus instrumentis.



IVre Canonico filios per subsequens matrimonium legitimari constat ex c.tanta, qui filij sint legit. Sed quoniã iure Ciuili ad hoc instrumenta dotalia requiruntur, l.cum qs, C.de naturalibus lib.§.vlt.in Inst.de nuptijs; Controuersia est: an tales filij pro legitimis habeantur etiam in foro Cæsareo, vbi dotalia instrumenta non interuenerunt ad hoc, vt in hæreditate paterna succedere possint.

Negant Ange.in cons.29.Bald.in l.si qua illustris, C. ad Officia.Luc.de Pen. in l.4.C.de his, qui sponte munera subeunt.lib. 10.Soc.iun.in cons.52.lib.1.Curt. iun. in cõs.136.col.2.& ante hos Præpositus, in d.c.tãta, col.15.

Fundamentum est: quia nemo succedere potest in locis Imperio subiectis, nisi Imperiali seu Ciuili lege vocetur ad successionem, l.Lege obuenire, ff.de verb. sig. toto tit.de hæred.ab intest.veniẽt. Sed tales filij à lege non vocantur ad successionem, intellige absolutè, tanquam legitimi, ergò nullo modo succedunt.

Si dicatur, sunt legitimi, ergò succedunt, nego consequentiam, quia fieri potest, vt filius sit legitimus, & tamen non succedat. Id patet in filio deportato, & exhæredato, & similibus.

Contrariam sententiam habuerũt Alex.in l. ex facto, §. si quis rogatus, nu.19. ff.ad Trebel. Ias.in l.generaliter, §.cum autem, col.pen. C.de instit & substit. Ruin.in consil.211.col.2.lib.1.Parisius in cons.13. nu.49.lib.2.Couuar.in Epito.de sponsalib in 2.par.c.8.§.2.nu. 8. vbi plurimè alios citans Anton.Tessaurus decis. Pedemon.84.

Fundamentum est: quia secundum Canones (quibus in hac materia parendum est etiam in foro Cæsaris) filij sunt legitimi, nec requiruntur dotalia instrumenta. Latè Decius, in cons.155. Ergò absolutè tanquam legitimi succedere debent; Est enim matrimonium Sacramentum, & ideo res spiritualis, vnde quo ad ipsum, & effectus eius, Sacrorum Canonum est disponere ac statuere, quos nõ dedignabitur Imperator sequi, atque eis se subiicere.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior; Nam filij sic legitimati, à lege vocantur ad successionem, non directè, sed per remotionem obstaculi, in hunc modum; Iure ciuili matrimonium non consistit sine dotalibus instrumentis hoc in casu. Iure Canonico consistit, quod præualet etiam in foro Cæsareo, quia agitur de re spirituali. Ergo filii sunt legitimi, etiam sine dotalibus instrumentis. Si sunt legitimi, ergò ad successionem vocãtur. Nihil enim aliud extrinsecus obstat, sicut ingratis & deportatis liberis, & id genus: Quare, si filius, ergo hæres.

CAPVT LII.

Vtrum filij per subsequens matrimonium legitimentur, si eorum parens fuerit clericus in minoribus ordinibus constitutus Ecclesiastica beneficia habens.



AFfirmant Io.And.in Reg. Sine culpa, de reg. iur.lib.6 Bald.in c.1.§.naturalis, si de feudo fuerit controuersia inter dom.& agna. Præpositus in d.c.tanta, col.9. Couuar.de sponsalib.in 2.parte, c.8.§.2.nu.5.

Fundamentum est: quia talis clericus potest vxorem ducere. Neque enim voto castitatis est adstrictus aut aliter impeditus, consequenter videtur inter eum, & mulierem quam cognouit, matrimonium contrahi potuisse quo casu filios legitimari constat, ex c.tanta, qui filij sint legitimi.

Cæterum, negant Barto.in l. pen. ff. de Concubinis,

Ludouic.

Ludouic. de Sardis de legitim. in 2. par. §. de legitimatione per subsequens matrimonium, q. 3. Anton. Rolellus lib. 1. de legit. col. 4. Io. Lup. in c. per vestras, §. 21. nu. 21. de donat. inter vir. & vxor. Franciscus Sarmientus lib. 1. Selecti. intepret. cap. 5. nu. 7.

Fundamentum est: quoniam inspecto præsenti statu, inter Clericũ & mulierem matrimoniũ esse nõ poterat. Consequenter, filij non sunt legitimi, vt in d. c. tãta. Nec habetur ratio, quod alio tẽpore esse potuerit, quia huius futuri euentus ratio haberetur, etiamsi quis vxorem haberet, & mulierem cognosceret, ex eaque liberos susciperet, illi essent legitimi per subsequens matrimonium, quia vxore mortua, poterat esse matrimonium inter illum & mulierem, quod tamen est contra textum in dicto cap. tanta.

Sed priori sententiæ vt accedam, magis animus inclinat, quia etiam inspecto præsenti statu, Clericus in minoribus ordinibus constitutus, infra videlicet Subdiaconatum, matrimonium potest contrahere, licet beneficio Ecclesiastico priuetur, vt in c. 1. & in cap. quod à te, de Clericis coniugatis.

CAPVT LIII.

Quid si matrimonium honestè contrahi non poterat inter virum & mulierem, quia videlicet erat illa minus digna, et vir nobilis; vtrum filij per subsequens matrimonium legitimi efficiantur.


Egant Angelus in §. sed & aliud, in Authen. quibus mod. natur. effi. leg. & sui. Curt. iun. in cons. 136. nu. 9. 10. Ruin. in cons. 21. nume. 5. lib. 1. & Paulus Picus in l. Titia cum testo, §. Titia cum nuberet, nu. 52. de leg. 2.

Fundamentum est in d. §. sed & aliud, ibi: *Neque dignam eam existimauit legitimo quodam nomine.*

Cæterum affirmant Nicolaus de Vbaldis, de successi. ab intest. num. 61. Ias. in cons. 234. lib. 2. Couuar. alios citans, de sponsalib. 2. parte, c. 8. §. 2. nu. 9. Et huic adhæreo sententiæ, quia matrimonium inter has personas valet, licet altera sit vilis & indigna, c. inter opera, de sponsalib. toto tit. de coniugio seruorum. Si consistit matrimoniũ, sequitur filios legitimari ex eo, vt in c. tanta, qui filij sint legitimi.

Quod verò in cõtrarium adfertur, ex d. §. sed & aliud, non magna indiget confutatione, quia Canones hac in re sunt præferendi legibus, quoniam spiritualis est, & ex matrimonio, quod est Sacramentum, pendet.

CAPVT LIIII.

Vtrum requiratur consensus ipsorum filiorum, vt per matrimonium subsequens efficiantur legitimi.


On requiri consensum filiorum, vt per matrimonium sequens legitimi efficiantur, autores sunt Angelus, in cons. 17. col. 2. Salicet. in disputatione, incipiente, Mediolanensis quidã, in 2. dub. art. 3. Præpositus, in cap. tanta, q. 12. qui filii sint legitim. Io. Lupus, in c. per vestras, tertio not. §. 21. num. 17. de donat. inter vir. & vxo. Couuar. de sponsalib. part. 2. c. 8. §. 2. nu. 13. Franciscus Sarmientus lib. 1. select. interpret. cap. 8. post principium.

Argumenta sunt duo præcipua. Primum. Nam publicè interest filios legitimari per subsequens matrimoniũ, c. inter cætera, 22. q. 4. Ergo non possunt iuri suo renunciare, argumento c. si diligenti, de foro compet.

Secundum est argumentum; quoniam non patris voluntas, sed lex facit, vt per sequens matrimonium filij legitimentur, vt in d. c. tanta, qui filij sint legitimi, Ergò filii nequeunt suo dissensu hanc legis voluntatẽ impedire, l. nemo potest, de leg. 1.

A Contrarium docent Alberic. Bald. & Castrens. in l. Scire leges, ff. de legib. Boerius decis. 160. & alij, quos Antonius Gabrielus commemorat Communium concl. ti. de legitimatione, Concl. 1. nu. 16. versic. Contrarium. Et his ego assentior.

Probatur hæc sententia ex § generaliter, in Authen. Quib. mod. nat. eff. sui. Cuius hæc sunt verba: *Generaliter autem in omnibus, qui per prædictum modum deducuntur ad legitimum ius, tunc id volumus obtinere, cùm & filii hoc ratum habuerint. Nam si soluere ius patriæ potestatis inuitis filiis non permissum est, Patribus multò magis sub potestatem redigere inuitum filium & nolentem, siue per oblationem ad Curiam, siue per instrumentorum celebrationem, siue per aliam quamlibet machinationem, tanquam fortem inuentionem paternam, iustum non est, neque Imperii & legislatoris ponimus proprium.*

Respondent contrariæ sententiæ autores, illum textum locum habere secundum ius ciuile, quo instrumenta B dotalia requiruntur, quæ ex facto & consensu patris fiunt, non ex legis præscripto. Sed nihil valet hæc responsio: Licet enim instrumenta dotalia requirantur, & ea pendeant ex facto patris, legis tamen dispositio & voluntas facit filios legitimos; Et matrimonium contrahere, ex voluntate & facto patris pendet, & tamen statim intrat legis illa definitio, qua filij legitimi efficiuntur.

Et cum iure Ciuili text. satis clarum habeamus, nec contrarium iure Canonico sit sancitum, tacitè vel expressè, huic inhærendum puto, sicut enim leges non dedignantur sacros Canones imitari, ita & sacrorum statuta Canonum Principum Constitutionibus adiuuantur, vt in c. 1. de oper. no. nunc.

Ad primum argumentum respondeo; negando publicè interesse, & quidẽ principaliter, vt filij per subsequens matrimonium legitimentur, neque id dicit text. qui allegatur in d. c. inter cætera, 22. q. 4.

Ad secundum respondeo, ex legis quidem voluntate C legitimationem filiorum oriri, sed nego consequentiam. Nam quod in mei commodum lex statuit, ego repudiare possum secundum antiquam iuris regulam, Omnibus licere iis, quæ pro se introducta & constituta sunt, renunciare, l. pen. C. de pactis.

CAPVT LV.

Vtrum filij per matrimonium sequens legitimentur, si nati sint ex eis, inter quos matrimonium contrahi non poterat, puta ex soluta & coniugato, altero tamen ignorante, & in bona fide existente.


Ffirmant glos. in ca. tanta, qui filii sint legitimi, in ver. Aliam. Præpositus, in c. quod nobis, col. 3. eo. tit. Anto. Rosell. de legitimatione, par. 1. c. pen. Hostiensis, in d. c. tanta, Dominicus in cons. 66. Ludo. de Sardis, de legi D timatione fol. 9. col. 2. Curt. iun. in cons. 27. num. 8. Rota Romana apud Cassiodorũ, Decis. Vnica, tit. de spõsalib.

Fundamentum est in c. ex tenore, qui filij sint legitimi, vbi dicitur: filium natum ex coniugato & soluta, altero ignorante, & in bona fide existente, legitimum esse.

Contrariam sententiam habuerunt Io. And. & Antr. Butr. in d. c. tanta, & ibid. etiam Panormit. Henric. Boic. in d. c. ex tenore, Socin. iun. in cons. 31. nu. 41. lib. 2. Couuarru. de Sponsalib. in 2. par c. 8. §. 2. nu. 17. & Franciscus Sarmientus alios citãs, Selectar. Interpretationũ li. 1. c. 6

Quæ snia videtur mihi probabilior. Primum, ex d. ca. tanta, vbi summus Pontifex inter bonã & malam fidem non distinguit, sic. n. ait: *Si autem vir viuente vxore sua aliam cognouerit, & ex ea prolem susceperit, licet post mortẽ vxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius, &c.*

Deinde hac ratione. Cum quis operam dat rei illicitæ, non inspicitur eius opinio, sed rei veritas l. eum qui nocentem, §. si iniuria, ff. de iniur. l. aut qui aliter, §. si quis dum putat, ff. quod vi aut clam, c. inebriauerunt, 15. q. 1.

Sed

Sed mulier soluta dum patitur se cognosci, dat operã rei A
illicitæ, vt patet, ergò eius opinio & existimatio inspiciẽda non est, sed rei veritas, quòd scilicet inter eam & illũ, à quo fuit cognita, matrimonium esse non poterat.

Non obst. text. in c. ex tenore, qui in contrarium, adfertur, quoniam in ea specie matrimonium præcessit bona fide ex parte mulieris contractum, quamobrem illa putabat se vxorem esse, & consequenter se cognosci posse à viro: At in quæstione nostra mulier nouerat se peccare dũ cognosceretur, & sic operam dabat rei illicitæ, licet putaret virum esse solutum, vnde latum est discrimen.

Facit pro confirmatione sententiæ nostræ text. in c. cũ inhibitio, §. si quis verò, de clandestina despõsatione, vbi dicitur filios natos ex clandestino matrimonio in gradu prohibitio contracto, licet ignoranter, legitimos nõ esse. *De parentum ignorantia* (inquit text.) *nullum habitura subsidium* (Proles) *cum illi taliter contrahendo nõ expertes sciẽ e, vel saltem affectatores ignorantiæ esse videantur*. Hactenus textus. Vbi vides, quia coniuges sunt in culpa, clã B
m atrimonium contrahendo, quod est iure prohibitum, eorum ignorantiam nõ inspici, sic & in casu nostro, quoniam mulier se cognosci permitit contra canones, eius ignorantiæ ratio habenda non est.

CAPVT LVI.

Vtrum filio mortuo ante matrimonium secutum, nepotes ex eo legitimentur per matrimonium postea contractum.



NEgant Alber. & Bald. in l. Benignius, ff. de legib. Castr. in l. scire leges, ff. eo. & in l. 1. §. cęterum, ff. de acqu. hær. Alex. in l. Gallus, §. si eius, ff. de lib. & posthu. Ias. in l. si is qui pro tpe, nu. 121. ff. de vsucap. Marsi. singu. 121.

Fundamentum est, ꝙ ex persona filiorum legitimatio in nepotes descendat. Si ergo filius sit spurius, non pos- C
sunt ex eius persona nepotes esse legitimi, quia videlicet medium est inhabile. l. 1. §. cæterum, ff. de acq. poss.

Huc accedat tex. in l. si is qui, ff. de adopt. vbi dicitur, non posse quempiam adoptari ex filio iam mortuo, quia scilicet deficit habilitas extremi à quo, quo in casu fictio non procedit, ex traditis in d. l. si is qui pro emptore.

Contrariam sententiam habuerunt Barthol. Soc. in l. Gallus, §. si eius, ff. de lib. & postu. Alc. in 1. par. præsump. in fine, & lib. 5. Paradoxor. cap. 16. Guliel. de Benedictis, in c. Raynut. de testamentis, vers. Et vxorem. num. 181. Bald. in c. innotuit. col. pen. de elect. Couuar. de spõsalib. par. 2. c. 8 §. 2. nu. 19.

Et hæc sententia mihi videtur probabilior. Primum, ex l. si filium, ff. de gradib. vbi dicitur. *Si filio meo mortuo Titium adoptauero, videri eum defuncti fratrem fuisse, si adoptatus* filius censetur frater filij iã mortui. Igitur & filij nati ex eo, qui iam est mortuus, legitimi esse videntur.

Probo consequentiam. Nam sicut in specie ista deficit D
habilitas extremi à quo, quia s. filius est mortuus ante matrimonium contractum, ita etiam deficit in d. l. si filium. Et sicut ibi adoptatus pro fratre habetur, quia si tunc alter filius viueret, eius frater esset, ita ẽt hi nepotes pro legitimis habendi sunt, quia si tunc viueret eorum parens, esset ipse legitimus, & consequenter ex eo nati.

Secundo probatur hæc sententia. Nam iccirco filius per subsequens matrimonium legitimatur, quia lex fingit matrimonium contractum fuisse antequã filii nascerentur, & sic matrimonium ipsum in fauorem filiorum retrotrahit, sed si initio matrimonium contractum esset, filius mortuus iam legitimus esset, & nati ex eo, ergo, etsi postea contractum fuerit, erit idem iudicium.

Ad primum argum. respondeo: dato, ꝙ nepotes suam ex filio consequantur legitimitatem, non tamen sequitur filio mortuo medium esse inhabile.

Primo, quia licet filius sit mortuus, non est tamen inhabilis, iuxta l. si filium, ff. de gradib.

Scdò, quia sufficit habilitatem extare respectu matrimonij, quod est principale, ex quo descẽdit filiorum legitimatio, & nepotũ. Illud aũt extremum est habale, quia matrimonium fingitur ab initio esse cõtractum, vt dixi.

Ad l. si is qui, ff. de adopt. respondeo, nõ dicere id quod in argumento habetur, sed hoc dicit: non posse aliquem vt nepotem ex filio adoptari, nisi nominatim dicatur ex quo filio, puta ex Luc. Tit. vt patet in tex.

CAPVT LVII.

Filius ex coitu damnato, & nefario natus, si Rescripto
1. *Principis legitimetur; an absolutè ac per omnia legitimus efficiatur, & sic utrum sit dispensatio, an autem uera legitimatio.*



DIspensationem esse, non autem legitimationem responderunt Bald. in l. 1. C. de natur. lib. Castr. in cons. 30. lib. 1. Curt. sen. in cons. 73. in 4. Dubio. Syluanus in cons. 45. nu. 43. Barbatia in cons. 58. nu. 5. lib. 2. Dec. in cons. 264. nu. 3. & 610. Socin. iun. in cons. 120. nu. 19. lib. 2. Parisius in cons. 2. nu. 13. Gozadinus in cons. 85. nu. 6.

Fundamentum est; quia filius hoc in casu natus est ex iis personis, inter quas matrimonium esse nõ potest, Vnde ex legitimatione imago esse non potest matrimonii.

2. Huc accedat tales filios spurios esse, & nulla Principis clementia dignos, vt in §. vlt. in Auth. quib. mod. nat. eff. sui, siue iuxta Holoandri translationem in Nouella 74. circa fin. *Eos enim*, inquit, *qui semel ex odibilibus nobis, & propterea quoque prohibitis nuptiis procedunt, neque naturales vocari neque participanda eis vlla clementia est*. Et secũdum versionem Iuliani. *Primum quidem*, inquit, *omnis, qui ex complexibus aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neq; naturalis nominatur, neq; alendus est à parẽtibus neq; hẽbit quoddam ad præsentẽ legẽ particip ũ.*

C Adde quod appellatur dispensatio in c. per venerabilẽ, qui filij sint legitimi.

Contrariam sniam habuerunt Alber. in rub. de Decretis ab ordine facien. nu. 20. Soci. ad l. Gallus, §. si eius, col. 3. ff. de lib. & posthum. Ias. in cons. 11. col. pen. & cons. 40. col. 2. lib. 3. Ruin. in cons. 87. nu. 12. lib. 3. Alciat. ad Rubr. de lib. & posthum. nu. 21. Couuar. in Epit. de sponsalib. in 2. parte, cap. 8. §. 8.

Fundamentum est, quia hæc sunt ex iure positiuo, vt vocant; Hæc enim differentia inter legitimum & spuriũ ex iure procedit, Natura enim omnes filij sunt legitimi. Princeps igitur ius illud potest auferre, §. sed naturali, in Inst. de iure natur. gent. & Ciu.

Quod verò non possit esse matrimonium inter eos, ex quibus filius est procreatus, nil referre videtur, neque enim legitimus efficitur, quasi fingatur ex legitimo natus matrimonio, sed ex Principis clementia & gratia.

Et licet Imperator dicat tales filios eius clementia di-
D gnos non esse, non tamen eos legitimari posse negat, ex speciali quadam ipsius Principis voluntate & beneficio.

Porrò ꝙ dispensatio appelletur in c. per venerabilem, nil mirum, cum legitimatio sit quædam dispensatio, quatenus videlicet is, qui est alioqui spurius & illegitimus, efficitur legitimus & ad succedendum idoneus.

Ego posteriorem hanc sententiam veriorem esse opinor; quia cum spurius talis à Principe scienter legitimatur, & natalibus restituitur, in consequentiam legibus derogatur, quæ eum indignum esse omni clementia dicunt. Ita enim Princeps vult & verè potest, ex quibus duobus medus omnis actio nostra perfectionem suscipit. Principem velle, patet ex rescripto. Posse vero patet ex eo, quod hęc iuris ciuilis & positiui esse cõstat. Argumenta in contrarium iam sunt resutata.

CAPVT LVIII.

Vtrum Princeps legitimare possit alterius subditum, ita, vt succedat etiam in ijs bonis, quæ sunt in alterius territorio, si legitimati pater consentiat, & alij, quorum interest.



Affirmant Bald. in procemio Cod. col. pen. Nicolaus de Vbaldis de success. ab intest. parte 1. nume. 106. Dec. in cons. 55. nu. 7. Rosel. de legitimatione lib. 2. c. 2. Ang. in cõs. 350. nu. 9. Crotus ad l. Gallus, §. & quid si tantum, col. vlt. de lib. & postum.

Fundamentum est: quia actus legitimationis pertinet ad voluntariam Iurisdictionem. §. generaliter, in Auth. quib. mod nat. eff. sui. Consequenter coram quocunque Iudice, & omni in loco fieri potest, l. 2. ff. de off. procons. l. 1. C. de emancipatis liberis. Præsertim, quia nemini fit præiudicium hoc in casu, cum pater consentiat, is enim bona sua vel in mare, vt dicitur, proijcere posset, & sic multo magis consentire, vt filius legitimetur, & successionis eius capax efficiatur.

Confirmatur hæc sententia. Nam vel à Pontifice maximo quis legitimatur, vel ab Imperatore. Si à Summo Pontifice, valere debet legitimatio, quia is habere dicitur casualiter iurisdictionem in omnibus locis, vt habetur in cap. per venerabilem. Qui filij sint legitimi. Si verò ab Imperatore, idem, quia si non actu, at saltem habitu is dicitur esse dominus mundi, l. deprecatio, ff. ad l. Rhod. de iactu.

Negant autem magis communiter Doctores Petrus Ancharan. in cons. 120. Abb. in d. c. per venerabilem, nu. 23. & ibi. But. col. 4. Alex. in cons. 67. lib. 1. Couuar. de spõsalibus secunda parte, cap. 8 §. 8. num. 14. Syluester Aldobrandinus, inter consil. Iacopini Riminal. consil. 717. nu. 12. lib. 4.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior, duobus potissimum argumentis. Primum ex l. vlt. ff. de iurisdict. omnium iudicum. *Extra territorium nulla est iurisdictio.* Secundum est ex dicto capit. per venerabilem, qui filij sint legitimi, vbi Summus Pontifex ait, legitimare se filios Regis Franciæ, quoniam id facit absque alterius iniuria, cum Rex Franciæ nemini sit subiectus. Ergo si legitimetur aliquis, qui sit alicui Principi subiectus, absque talis Principis consensu, iniuria illi videtur fieri, & sic de iure non licet.

Ad primum argumentum, concedo legitimationem voluntariæ Iurisdictionis esse, Neque enim aliquis inuitus legitimari potest. Sed nego eam coram quocunque Iudice fieri posse. Ad probationem; dico illas leges loqui, quando is, qui consensit, Iurisdictionem illam prorogare potest, vt quia is, cuius prorogatur Iurisdictio, est sub eodem Principe, & de bonis agitur, quæ sunt in territorio eius, cuius prorogatur Iurisdictio.

Ad alterum argumentum respondeo, licet nemini fiat præiudicium, non tamen infertur Iurisdictionem acquiri in eos, qui non sunt subditi. Neque enim priuatorum consensus iudicem facit, l. priuatorum, C. de iurisdict. omn. iud.

Ad tertium respondeo, legitimatum à summo Pontifice succedere posse in bonis positis in eius ditione temporali. Licet enim iurisdictionem vbique, etiam temporalem habere dicatur casualiter, eam tamen ipse profitetur, se nolle exercere cum alterius iniuria, vt habetur in d. c. per venerabilem.

Et quod attinet ad Imperatorem, ille dicitur esse mundi dominus, quo ad protectionem, actu verò multi alij sunt Principes, qui eum in suis ditionibus, vti superiorem, non agnoscunt, vt notum est.



A

CAPVT LIX.

Vtrum filius Clerici legitimari possit à Principe laico, vt in bonis patris succedat.



Filium Clerici à laico Principe legitimari nõ posse respondit Dominicus à S. Geminiano, in c. vlt. de iudic. in 6. & Parisius in consil. 2. nu. 23. lib. 2. atque ita in Senatu Parisiensi anno 1562. constitutum fuit, filium Sacerdotis Regijs Codicillis legitimum fieri non posse, teste Gregorio Tholosano lib. 10. Syntag c. 4. in fine.

Fundamentum est illud, quia ad legitimationem filij patris consensus requiritur, vt in Auth. quib. modis naturales eff. sui. & declarat optimè Decius, in consil. 338. nu. 9. Clericus autem in laicum consentire non potest, c. si diligenti, de foro compet.

Præterea clericorum bona à laicorum iurisdictione sunt exempta, c. Ecclesia S. Mariæ, & ibidem Abbas, col.
B pen. de Constit. Ergo Princeps Laicus aliquem ita legitimare non potest, vt in eis succedat.

Contrariam sententiam habuerunt Socinus senior, in cons 47. lib. 4. Calderin. in cons. 3. tit. qui filii sint legitimi. Cæsar Lambertinus de iure Patronatus, lib. 1. in 2. parte, q. 2. art. 29. nu. 17. & alii, ut per Couuar. de sponsalib. in 2. parte, c. 8. §. 8. nu. 10. Isti docent filium Sacerdotis posse legitimari à Principe laico, ad effectum vt succedat in bonis patris sui, scilicet temporalibus seu patrimonialibus, non autem Ecclesiasticis.

Et mihi videtur sanè probabilior sententia. Primum ex §. illud, in Auth. quib. modis natur. eff. sui. in illis verbis: *Quid enim, si ad Sacerdotium alter eorũ ascendat*, &c. His enim verbis indicat Imperator, Sacerdotis filium à se posse legitimari.

Deinde hac ratione. Nam nullum subest hic impedimentum: Non ex parte personæ, quia laicus est qui legitimatur. Non ex parte bonorum, patrimonialiũ quia sunt
C temporalia, non Ecclesiastica, Vide Stephanum Aufreriũ de Potestate Principis secularis circa bona Ecclesiastica & personas Ecclesiast. & quę tradit Andręas Geyll, lib. 1. Obseru. 37. nu. 4.

Ad primum argumentum. Respondeo, non hic vllam prorogari Iurisdictionem à Clerico. Nam consentit duntaxat, vt filius legitimetur, quod absque Principis præsentia facere potest, non ideò consentit, vt Principis Iurisdictionem proroget, quam ipse Princeps iam habet in filium eius laicum, & bona eius, sed consentit pro suo iure & præiudicio, ne scilicet inuitus hæredem & successorem habeat.

Ad alterum argumentum. Respondeo, bona quidem Ecclesiastica exempta esse à Iurisdictione laicorum, non autem temporalia, nisi quo ad hoc, vt Tributis, seu Collectis sint obnoxia. Neque enim Clericorum bona, laicorum Collectis sunt obnoxia, vt bene declarat Cardinal. Robertus Bellarminus de Controuersijs fidei, in 5. Con-
D trouer. lib. 1. cap. 28. Propo. 4. In alijs nulla lex inuenitur, quæ illa eximat. Vide Geyll. & Aufreriũ locis annotatis.

CAPVT LX.

De legitimatione filij nati ex adulterino coitu, Controuersia vna.



Legitimationem filij ex adulterino coitu suscepti, quando vterque, vir & mulier vinculo matrimoniali tenentur, nõ valere, si Principi legitimanti simpliciter narretur, eum, qui legitimandus est, ex adulterino concubitu susceptum esse, sed præterea illud exponendum, nempe, duplex peccatum adulterij fuisse commissum, tam videlicet à patre, quàm à matre, eo quod ambo essent vinculo matrimonij obstricti, respondit Oldrad. in cons. 247. Alberic. ad Rubr. C. de natur. lib. Præpos. in c. per venerabilem, qui filii sint legit. Dec. in cons. 55. nu. 4. & 338. nu. 7. Couuar. de sponsalib. in 2. parte, c. 8. §. 9. nu. 3.

P Funda-

Fundamentum est: quia rescriptum gratiæ videtur A subreptitium, & ideo non valet, cum ea non narrantur Principi, quæ eum ad gratiam concedendam redderet pos sunt difficiliorem, c. Dudum, de elect. c. super litteris, ca. postulasti, de rescript. Sed videtur reddi difficilior, si intel ligat adulterium tam ex parte viri, quam ex parte mulie- ris admissum fuisse, longè inquam difficilius videtur con cessurus gratiam, quam si simpliciter intelligat, filium ex adulterio natum esse, quia existimare potest ex parte tan- tum unius ex parentibus admissum fuisse, Ergo talis legi timatio, vti subreptitia, non valet.

Contrarium respondit Angelus in cons. 204. Cuius sẽ tentia videtur mihi probabilior: Nam certum est adul- terium ex parte mulieris nuptæ, maius esse delictũ, quã ex parte viri, Grauius est enim crimen, *vbi celebrati con- iugij iura violantur, & vxoris pudor soluitur*, inquit text. in c. Nemo, 32. quæst. 4. Princeps igitur intelligere potest ex eo, quod narratur filium ex adulterio natum esse, adul terium à muliere nupta commissum esse, consequenter B etsi nesciat virum, qui eam cognouit, similiter vxorem habuisse, & sic iura coniugij sui quoque violasse, parum referre videtur, Neque enim ex parte viri propriè adul- terium dicitur, nec tanquam adulter punitur, vt notatur in l. 1. C. de adulr. Guid. Papæ, in cons. 153. & alij, vt per Rolandum à Valle, in cons. 74. nu. 12 lib. 1.

Vnde ad argumentum contrariæ sententiæ respon- sum patet: quia non est verisimile Principem difficilius consensurum, etsi intellexisset, virum fuisse coiugatum. Cum iam id, quod grauius erat, intellexerit: Nempe mu- lierem adulterium admisisse, & ex tali adulterino coitu filium procreatum.

CAPVT LXI.

Vtrum valeat filij spurij legitimatio, vbi ipsa spe- cies spurietatis nominatim Principi ex- posita non sit.

Filij Spurij legitimationem factam valere, li- cet Principi legitimanti ipsa species spurieta tis nominatim exposita non fuerit, autores sunt Bald. in l. si qua illustris, C. ad Orfician. & in c. 1. §. naturales, Si de feudo fuerit con- trouers. inter dom. & agnat. Præpositus, in c. per venera- bilem, in 4. quæst. qui filij sint legitimi. Dec. in consil. 55. Io. And. in c. vlt. de filiis presbyter.

Fundamentum est in regula vulgari, & planè brocar- dica, Cogitatum in genere sufficit. l. qui iure militari, ff. de testam. milit.

Sed contrariam sententiam amplexi sunt Anto. Butr. in d. c. per venerabilem, col. 15. Dec. in cons. 579. Cagnol. in d. l. si qua Illustris, nu. 25. C. ad Orfician. Couuar. de sponsalib. in 2. par. c. 8. §. 9. nu. 4.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior, quia quan to magis turpis & damnatus est coitus, ex quo filius est D procreatus, tanto maius est crimen, & filius magis odibi- lis, vt in §. vlt. in Auth. quib. mod. natur. effi. sui. Ergo qua litas & species ipsius spurietatis exponenda est Princip.

Probatur hæc collectio, quia Principi exponẽda sunt omnia, quæ ad gratiam concedendam ipsum retrahere aut reddere difficiliorem possunt, c. postulasti, de rescrip. Illa vero qualitas spurietatis potest esse tam mala, vt Prin ceps à gratia concedenda retardetur. Igitur exponenda esse videtur ea qualitas spurietatis.

Nec ad rem facit, quod est in d. l. qui iure militari, ff. de militari testam. Ibi enim, siue in genere, siue in specie, vt loquuntur nostri, de filio posthumo fuerit à milite co- gitatum, idem est effectus, vt scilicet testamentum non rumpa- tur.

CAPVT LXII.

Quis sit sensus Regulæ Cancellariæ 48. Legitima- tionem fieri debere sine præiudicio venien- tium ab intestato.

Vplex est Doctorum sententia hac de re. Al- tera, hunc esse sensum dictorum verborum vt legitimatus non ab intestato succedat, si liberi extent, vel collaterales, vel alij coniun cti vsque ad quartum gradum, immo etiam alij in infinitum. Ita Baldus inter consilia Angeli, in con sil. 265. Aretinus ad l. Gallus, §. & quid si tantum, nu. 26. ff. de lib. & posthum. Corneus in cons. 3. lib. 1. & 93. lib. 2. Socin. in d. §. & quid si tantum, nu. 8. & in cons. 95. nu. 39. & 41. lib. 4. Capra in cons. 157. Cepolla in consil. 66. nu. 23. Curtius sen. in consil. 74. nu. 27. Vbaldus de suc- cess. ab intest. num. 117. Io. Dilectus, de Arte testandi, lib. 3. Cautela 18. Decius, in cons. 338. & 610. Ruinus, in con sil. 19. num. 4. lib. 1. Socin. iun. in cons. 120. num. 16. lib. 2. Couuar. de sponsalib. in 2. parte, c. 8. §. 10. Vasquius, lib. 3. de successio. progress. §. 2. nu. 92.

Fundamentum est in eo, quod hæc sit dictorum ver- borum sententia: *Sine præiudicio venientium ab intestato*, vt nullum prorsus præiudicium venientibus ab intesta- to inferatur. Ab intestato autem veniũt non solum filij, sed etiam fratres & cæteri cognati, vt patet ex toto tit. de hæred. ab intesta. venien.

Altera est sententia sensum esse, vt filijs duntaxat non præiudicetur; Cæterum, si alij extent proximiores, cum ijs legitimatus succedat. Ita responderunt Angelus in cõ sil. 164. Anchara. in consil. 153. Alexand. in consil. 187. & 188. lib. 5. Socinus senior, in cons. 41. num. 6. lib. 3. Ias. in cons. 110. col. vlt. lib. 4. Alciatus, ad Rub. ff. de liber. & po- sthum. & alij, quos refert & sequitur Franciscus Sarmiẽ tus, lib. 1. Selectarum Interpr. c. 8. nu. 7.

C Fundamentum est, quia nisi hæc interpretatio valeret nihil ipsa legitimatio prodesset quo ad successionem: Nã semper aliqui extarent proximiores, & omnibus deficiẽ tibus, ad fiscum pertinet successio.

Vt autem nil prodesse debeat legitimatio, vix concedi posse videtur, quoniam legitimati nihil à legitimis diffe- runt, & vna cum alijs succedunt, vt in §. sit igitur licen- tia. In Auth. quib. mod. natur. effi. legit. & in §. Sit igitur, In Auth. quib. mod. natur. efficiantur sui.

Ego vero priorem sententiam magis probabilem exi- stimo tum ex verbis regulæ, tum ex ratione eius. Verba sic se habent. *Volens quod in dispensationibus super defectu natalium, quod possint succedere in bonis temporalibus, pona tur clausula, quod non præiudicetur illis, ad quos successio bonorum ab intestato pertinere debeat.*

Hæc sanè verba non solum de filijs accipienda sunt, ad quos successio bonorum ab intestato pertinet, verum etiam de alijs, quia sunt generalia, & omnes compre- hendunt.

Ratio verò legis est: quia gratiæ & fauores Principum alijs præiudicium inferre non debent, l. 2. §. merito, ff. ne quid in loco pub.

Quod vero dicitur hac interpretatione recepta, nul- lum emolumentum allaturam esse legitimationem, ni- hil mouet; Primum, quia multum adfertet emolumenti, eam ob causam, quod filius erit successionis & aliorum bonorum capax ex testamento. Deinde, quia nullis proximioribus extantibus, non fiscus, sed ipse ad successionem vocabitur, Neque enim est credẽdum ea reseruatione Prin cipis, habitam fuisse fisci ra- tionem, argumento l. pri mæ. C. de secun- dis nuptijs.

CA-

CAPVT LXIII.

Vtrum mater, quæ ad secunda vota transiuit, legitimæ supplementum petere possit in bonis filij ex primo matrimonio suscepti, qui minus legitima portione ei reliquit.

SI filius primi matrimonij matri suæ secundò nubenti testamento condito certam relinquat quantitatem, quæ pro legitima non sufficiat, eam supplementum petere non posse responderunt Soc.iun.in cons.97.lib.4.& Augustinus Berous in cons.34. lib.2.

Mouentur autoritate text.in §. Hic nos, in Auth. de nuptijs, in illis verbis: *Si igitur legitime filius testatus fuerit, & reliquit matri substantiam, siue partem eius aliquam, hanc illa accipiat per scripturam, quia vbique custodire morientium volumus voluntates, et habeat, quod dimissum est aut ductum, & secundum proprietatem. & secundum vsum,* &c. Quibus verbis Imperator significat: matrem contentam esse debere eo, quod ei est relictum à filio. Nam si repletionem legitimæ petere posset, non vtique voluntas testantis filij custodiretur, vti voluit Imperator.

His adstipulatur eorum sententia, qui docent matri secundò nubenti legitimam non deberi ex bonis filiorum primi matrimonij; Ita docuit Bald. in Auth. ex testamento, C. de secun. nupt. Menoch. in cons. 237. lib. 3. Autoritate text. in eodem §. hinc nos, in illis verbis. *Si autem intestatus filius moriatur, iam ad secundas veniente matre nuptias, aut postea veniente, vocetur quidem & ipsa cum filiis aut filia fratribus secundum nostram constitutionem ab intestato ad eius successionem, sed quanta quidem, quæ ex paterna substantia ad filium peruenerunt, eorum solummodo habeat vsum, ad secundas omnino siue antea, siue postea, perueniens nuptias,* &c. Si enim vsumfructum habet tantum ergo legitimam non habet, quia illa in solo vsufructu nõ consistit, sed est tertia pars bonorum, vt in Auth. de Triẽte & Semisse.

Quibus nõ obstantibus, contrariam sententiam amplector, pro qua respondit Hyppolytus Riminald. In consil. 305. lib. 3. Moueor eo argumento, quod certum sit regulariter matri legitimam deberi ex bonis filij integram ideoque supplementum ab ea peti posse, vt in § cæterum, in Auth. vt cum de appell. cognosc. Quare in hac generali regula satis est intentio fundata matris binubæ, vt nil aliud sit necesse, præterquam duo argumenta refutare, quæ superius allata sunt.

Ad primum ex §. hinc nos, in Auth. de nupt. in vers. si igitur. Respondeo, non eam esse illius text. sententiam, vt mater quocunque relicto contenta esse debeat, nec possit legitimæ supplementum petere, sed sensus est; Matrem secundò nubentem pleno iure, hoc est, tam quo ad proprietatẽ, quam quo ad vsumfructum acquirere id, quod sibi à filio testamento est relictum, licet alioqui ab intestato non succedat, nisi quo ad vsum, seu vsumfructũ. Hanc expositionem verba text. suadent, Alteram vero dissuadent, Primum, illa verba textus, quibus in fine dicitur; *Aliis omnibus, quæ de successionibus dicta sunt, parentum in filiis, aut filiorum in parentibus intactis manentibus.* Deinde illa quæ in principio habentur, nempe: *Si igitur filius legitime testatus fuerit.* &c. Videtur enim legitimè testari, cum in legitima saltem, vti iure constitutum est, matrem suam instituit.

Ad alterum argumentum. Respondeo, nec etiam id cõsistere, quod in eo dicitur, matri secundò nubenti legitimam non deberi, Vt meritò contrariam sententiam amplexi fuerint Bald. in cons. 314. lib. 4. & Hippol. Rimin. dicto cons. 305. nu. 22. lib. 3. quibus omnes alii adstipulãtur, qui docuerunt, matrem secundo nubẽtem, relinquere debere omnia bona, quæ consecuta est ex successione filiorum primi matrimonii, ipsis filiis primi matrimonii, comprehensa etiam ipsius matris legitima. Nam & ii videntur tacitè fateri, matri legitimam deberi. Ita verò do-

A cuerunt Bald. in cõs. 5. lib. 4 & 340. eo. lib. & alii a Gabrielio citati commu. concl. tit. de secund. nupt. concl. 3. nu. 8.

Non obstat text. in d. §. hinc nos. in vers. si autem intestatus filius. Neque enim hoc vult, matrem in solo vsufructu succedere, quasi vsusfructus duntaxat matri deferatur. Immo verò succedit pleno iure, sed quia tenetur ipsa bona relinquere filiis primi matrimonii, nec alienandi potestatem habet, ideo dicitur vsumfructũ habere, quia scilicet in dies vitæ suæ bonis frui potest. Latum vero est discrimen, vtrum absolutè vsumfructum tantum consequatur, an vero plenum ius, cum ea tamen conditione relinquendi filiis primi matrimonii. Nam si nulli extent filii ex primo matrimonio, ipsa mater domina erit bonorum absolutè, nisi ex filiis præmortuis extent nepotes, l. in quibus, C. de secund. nupt. Ita docet text. in d. l. fœminæ, in fine, ibi: *Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionẽ, vel natus natævè decesserint,* &c. Si verò simpliciter vsufructuaria esset, ea mortua, semper extin-

B gueretur. §. finitur, in Instit. de vsufructu.

CAPVT LXIV.

Vtrum, sicut mater secundò nubens, quæ ex successione filiorum primi matrimonij reseruare tenetur filiis primi matrimonij, ita etiã & pater, ad interpretationem l. fœminæ, C. de secun. nupt. & aliarum legum.

COntrouersiam ipse habeo cum aliis Doctoribus, quorum placita & sententias, nunquã soleo contemnere, ꝙ plerunque sunt iuri cõsentanea. Nam existimo id, quod in muliere secundò nubente constitutum est in l. fœminæ, C. de secund. nupt. eam relinquere debere filiis primi matrimonii, quæ ex filiorum successione eiusdem matrimonii consecuta est, ad uirum secundò nubẽtem nequaquam pertinere.

C Et moueor autoritate text. in §. cum igitur, in Auth. de non eligendo secundò nubentes, &c. in illis verbis *Sicut enim patres, si ad secundas veniunt nuptias, non fraudamus filiorum suorum successione, nec aliqua est lex tale aliquid dicens,* &c. Et infra: *Colligentes igitur huius legis partes, Sancimus, quoniam matrem secundum quod iam dudũ diximus, assimilamus patri in antenuptiali donatione, & ipsam sustinere quidem pœnas, sicut sustinet pater in dote. In hæreditatem autem filiorum sine tergiuersatione veniant, et pater & mater secundum subiectas vtriq; casus quæstiones.* Et quamuis quo ad matrem secus sit statutum in §. hinc nos, in Auth de nuptiis, tamen in patre nihil est innouatum à Iustiniano.

Nec ab hac sententia me deterrent, quæ pro communi adseruntur, patrem & matrem hac in re æquiparante, vt uidere licet ex Gabrielio commu. concl. tit. de secund. nupt. concl. 3. nu. 3. & Andr. Geyll, lib. 2. Obser. 98.

Nam primò adfertur text. in §. quia uerò, in Auth. de

D non eligendo secundò nubentes, ubi dicitur pœnas contra binubos, communes esse uiri & mulieris. Respondeo textum loqui quoad lucra nuptialia, nempe dotis, & donationis propter nuptias. Verba sunt ista. *Quia verò contra binubos pœna communes sunt uiri & mulieris; ille quidẽ in dote ad secundas ueniens nuptias, periculum substinebit, hæc autem in antenuptiali, seu propter nuptias donatione.* Hactenus Imperator.

Secundò adfertur textus in l. generaliter, C. de secun. nupt. Respondeo, in eo loco non agi de iis bonis, quæ pater consecutus est ex successione filiorum primi matrimonii, sed ex successione uxoris. Verba sic habent. *Generaliter censemus quocunque casu Constitutiones ante hanc legẽ mulierem liberis communibus morte mariti matrimonio dissoluto, quæ de bonis mariti ad eam deuoluta sunt, seruare sanxerunt, iisdem casibus maritum quoque, quæ de bonis mulieris ad eum deuoluta sunt morte mulieris matrimonio dissoluto communibus liberis reseruare,* &c.

CAPVT LXV.

Vtrum, quod est constitutum in l. fœminæ, C. de secundis nuptijs, locum habeat in muliere nubente cum consensu filiorum, vel cum consensu viri sui, vel ex permissu Principis, & in minore 25. annis.



Vod constitutum est in l. fœminæ, C. de sec. nupt. handquaquam sibi locum vindicare, vbi mater consentientibus filijs prioris matrimonij nubit, communis est Doctorum sententia, sed quoniam varia sunt responsa eorum, secundum varias ac diuersas factorum circumstantias, adhibenda est distinctio quædam, quam propositis aliquot Cõclusionibus explicabo, tum quid mihi videatur, subiungam.

Prima conclusio. Si filij prioris matrimonij expressim consentiant, vt ad secundas nuptias mater transeat, & simul remittant ius, quod habent; Inter omnes conuenit omninò cessare, quod constitutũ est in d. l. fœminæ. Quoniam vnusquisq; renunciare potest iuri suo, l. penult. C. de pactis. Ita respondit Angelus in consl. 396. & Dec. in cons. 309. nu. 7.

Secunda conclusio. Si filij, vt supra, secundis nuptijs consentiant, licet ius suum non remittant, cessat nihilominus l. fœminæ. Nam volenti & consentienti non dicitur fieri iniuria, l. 1. §. vsq; adeo, ff. de Iniur. Incidit autem mater in eam Constitutionem ob iniuriam, quam videtur inferre filiis primi matrimonij, vt in §. prospeximus, in Auth. de non elig. secundò nub. Ita respondit Rom. in cons. 219. Deci. in cons. 206. 317. 396. 604. Boerius decis. 185. num. 20.

Tertia conclusio. Si minores 25. annis existant filij, vt supra, consentientes secund. nupt. matris suæ, consentiant verò propter iustas causas, idem est statuendum qđ in præcedenti conclusione. Ita Angelus, in cons. 396. nu. 4. Menochius, in cons. 237. nu. 21. lib. 3.

Quarta conclusio. Si filij minores, vt supra, cõsensum præbeant, nulla iusta causa ad id eos impellente, secus est dicendum. Neq; enim cessabit dicta constitutio. Ita Bal. in cons. 22. lib. 5. Bald. Nouell. de dote, par. 6. priuileg. 27.

Quinta conclusio. Si filij ætate maiores tacitè consentiant, vt quia non conquerantur, matremq; & vitricum diligant, eisq; cohabitent, cessat constitutio dictæ legis. Ita Bald. in Auth. ex testamento, C. de secund. nupt. Dec. in cons. 206. Boerius decis. 185. nu. 20. Gratus in cons. 83. lib. 2. hactenus distinctio.

Iam quid mihi videatur, dicam. Ego priorem conclusionem probo, & quartam quoque, cæteras non probo. Nam sic statuo: Filios prioris matrimonij secundis nupt. matris suæ consentientes, nullum sibi inferre præiudicium, ideoq; excludendos non esse à beneficio d. l. fœminæ, & aliarum legum, sicuti præclarè docet Sarmientus, lib. 1. Selectarum Interpretationum, c. 4. Nam inprimis nulla est lex tale aliquid dicẽs. Deinde nulla ratio id suadet, quid enim filius peccat matri consentiendo, vt secundas amplectatur nuptias, quas etsi vellet impedire, non debet, neque potest?

Ita verò iure constitutum est, vt qui contradicendo actum impedire nequit; nullum consentiendo sibi paret præiudicium, l. Caius, ff. de pignor. act. l. quæ dotis, ff. sol. matr. latè Tiraquel. de retractu conuentionali, §. 1. Glos. 9 nu. 146.

Neq; enim ijs assentior, qui existimant ita constitutũ esse aduersus secundò nubentes mulieres propter iniuriam duntaxat filijs primi matrimonij illatam. Nã mater quidem & defuncti memoriam, & filiorum charitatem, cum ad secundas transit nuptias, negligere uidetur, ut Imperator dicit in § Sin autem tutelam. in Auth. de nuptiis, sed non ob eam causam tantum, atq; adeo in pœnã & uindictam id cõstitutum fuit aduersus eam. *Res enim est* (inquit Imperator in Auth. Neq; uirum quod ex do-

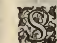
A te est, &c. ad finem) *& castitate plena, & bonis moribus cõgrua, & paterno, materno q; affectu plena, ut quod eis parentes sponte non seruant, hoc post Deum, qui est communis omnibus pater, dicimus autem qui Imperium habet, per legem ius qui à parentibus læsi sunt, seruet.*

Quare ut maximè filij matris nuptijs consentientes iniuriam sibi factam remittere uideantur, non tamen legibus renunciare censentur, quæ summa rõne & æquitate, in eos ita læsos beneficia conferunt & lucra. Eisdẽ rõnibus inductus, nec probo eorum sententiam, qui docet mulierem secundò nubentem cum consensu prioris uiri à dictis constitutionibus alienam fore, uti Bald. in d. l. fœminæ, Rom. in cons. 219. Dec. in cõs. 620. And. Geyll. lib. 2. Obseru. 98. Etenim, quid peccat uir cõsentiens, ut sua bet nubat, quæ liberã nubendi potestatem habet à Deo? Aut quo pacto parens iniuriam filijs, non tamẽ post ipsius mortem irrogandam, quæ quidem mors patria soluit potestatẽ, remittere poterit? l. sed si unius, §. filiosa. ff. de iniurijs.
B Quare meritò an uera sit sententia, de qua supra dixi, dubitauit Corasius lib. 3. Miscellaneor. ca. 1. & Ripa in d. l. fœminæ, & Dec. ad rubr. eiusdẽ tit. C. de sec. nupt.

Porrò, minimè omnium probari mihi eorum iniã potest, qui constitutionibus dictis locum esse negant, vbi mater ex Principis permissu nubit, vel si minor sit 25. annis, vt apud Boerium decis. 185. Quæ enim est lex, quæ ratio huius sniæ? An l. vlt. ff. de senatorib. qua declaratur mulierem impetrare posse à Principe, vt liceat ad secundas nupt. transeat, dignitate tamen prioris viri permanente? Nil sanè ad rẽ facit. An l. 2. C. si aduersus delictũ, qua ita est constitutũ, vt mater minor annis 25. ad secundas trãsiẽs nuptias, filiorũ successione non priuetur, quia de tutore non prospexit? Sed hæc lex planè aliena ac diuersa est à nostra specie, quare nec magna indiget cõfutatione.

CAPVT LXVI.

C *Ad interpretationem l. hac edictali, C. de secundis nupt. Vtrum mulier secundo marito vltrà modum in ea lege expressum donare possit, si non suo, sed nomine filiorum stipulatus fuerit.*



I mulier secundo viro stipulãti pro filiis suis plus donauerit, quam filiis primi matrimonii, verum reuocari possit iuxta constitutionem l. hac edictali, C. de secund. nupt. non est eadem omnium sententia.

Bald. inter consilia Pauli Castr. lib. 1. respondit reuocari non posse, & idem respõdit in cons. 22. lib. 5. Curt. iun. in consl. 79. Castr. in Auth. vnde etsi parẽs, C. de inof. test. Dec. in Auth. Præterea, col. 4. C. vnde vir & vxor, & alii à Gabrielio citati, cõmu. cõcl. tit. de sec. nupt. cõcl. 4. n. 58.

Sed contrariũ respondit Io. de Lignano, in cons. 263. Vnum est supponẽdum, inter Pauli Castr. cõs. lib. 1. necnon Ricard. de Salic. ibidem, in cons. 261. Præclarissimi,
D & ipsemet Bald. in cons. 161. Quædam nobilis Domina Agnesina. lib. 1. Corn. in cons. 82. lib. 4. Ruin. in cons. 112. lib. 1. & alii à Gabrielio citati loco annotato.

Cæterum Crauetta in cons. 193. nu. 12. horum sententiis relatis distinctionem adhibet, in hunc modum. Vt si filii non nascantur, pro quibus pater stipulatus est, aut nati viuente matre non ratificent patris stipulationem, tũc sit locus constitutioni d. l. hac edictali. Si uero ratificent, secus; qua quidem repudiata distinctione, posteriorẽ sententiam Io. de Lignano, & sequacium amplectitur Stracha in additionibus ipsius Crauettæ in d. cons. 193.

Fundamentum prioris sniæ illud est, quoniam mulier secundò nubens plus donare potest filiis secundi matrimonii, quàm filiis primi matrimonii, dummodo ipsis legitimam portionẽ relinquat, ut habetur in §. Illud quoque, in Auth. de nuptiis, ubi Iustinianus hortatur quidẽ parentes, ut inter liberos primi & secundi matrimonii æqualitatem seruent, non tamen eos cogit, sed mandat ut legitimam eis portionem relinquant, ut patet ibi.

Hanc

Hæc vaque partem de æquitate filiorum,&c. Consequenter cessat constitutio d.l.hac edictali, vbi mulier non vitrico, sed ipsis filijs secundi matrimonij plus relinquit, vel donat. Sed in specie, de qua agitur, mulier non vitrico, sed filijs donat. Est enim Vitricus hac in re nudus minister, dum stipulatur filijs; Ergo donatio, seu relictum valet, nec reuocari potest, argumento textus in l. Sulpitius, ff. de Donatio. inter virum & vxorem. vbi Iurisconsultus in simili specie perpendit ministerium patris, ibi. *Alioqui si solo eius ministerio vsa est*, &c.

Fundamentum verò contrariæ sententiæ in eo est positum, quòd in d.l. hac edictali, non solum directè mulier prohibetur plus donare vitrico, quàm filijs primi matrimonij, verùm etiam indirectè, vt patet ex illis verbis. *Omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocunque modo fuerit excogitata, cessante*, &c. Videtur autem in proposita specie quædam excogitata circumscriptio, vt videlicet vitrico donetur. Tùm, quia eius contemplatione donatum filijs videtur, Tùm, quia dum pater stipulatur filio, videtur ei donare, l. 2. & 3. C. si quis alteri vel sibi, &c. Et sic prius patri seu vitrico donatum, & ab eo profectum in filios.

Ego verò id respondendum prorsus censeo in hac specie, quod Iurisconsultus respondit in d.l. Sulpitius, ff. de donat. inter vir. & vxorem, cuius elegantissima verba placet etiam adscribere. *Sulpitius Marcello. Mulier, quæ ad communem filium volebat, qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum peruenire, eum patri tradidit, vti post mortem restituatur filio. an donatio tibi videatur, vt nihil agatur, an valeat quidem, sed mulieri potestas datur, si voluerit, eum repetere. Respondit, si color, vel titulus, vt sic dixerim, donationi quæsitus est, nihil valebit traditio, id est, si hoc egit vxor, vt aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus, alioquin si solo eius ministerio vsa est, & id egit, vt vel reuocare sibi liceret, vel vt res cum omni emolumento per patrem postea ad filium transiret, cur non idem perinde sit ratum, ac si cum extraneo tale negocium contraxisset, hoc est extraneo in hanc causam tradidisset?*

Sic & ipse statuo in hac nostra specie, si color sit quæsitus donationi, & id actum tacitè, vel expressè, vt vitricus emolumenti aliquid sentiret, id, veluti factū in fraudem legis, ratum non esse, circumscriptionemq; videri lege prohibitam. Si verò filijs duntaxat commodum quæratur, nihil eis nocere puto, quod patris ministerio vsa mater fuerit, cum & extranei vti potuisset.

Ex varijs porrò causarum figuris circumstantijsque vtrum sit quæsitus color, & circumscriptio subsit, cognoscendum ac diiudicandum erit. Neque enim certis id iam regulis constitutis demonstrari potest.

CAPVT LXVII.

Si minus legitima portione liberis, aut vni liberorum prioris matrimonij fuerit relictum, vel collatum à matre secundò nubente, quo casu supplementum petere potest; vtrum vitrico tantum relinqui possit, etiam habita ratione dicti supplementi, ad interpretationem d. l. hac edictali.

Vm mnlier ad secunda vota migrās nihil amplius secundo viro relinquere possit ac donare, quàm vni ex filijs primi matrimonij, cui minus reliquit ac donauit: incidere possumus in hanc speciem, donauit mulier vni ex filijs decem, quæ tamen ad legitimam eius portionem non sufficiunt, quam ob rem & supplementum rectè petet filius, vt in §. cæterum, in Auth. vt cum de appell. cognosc. l. omnimodo, C. de inoff. testam. Vtrum & secundo viro decem duntaxat relinquere, ac donare possit, an verò amplius, nempe tantum, quantum ipse filius pro legitimæ suæ repletione consequi poterit.

Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ. Altera est Saliceti, in Commentarijs d.l. hac edictali, in 7. quæst. Is

A negat vitrico donari posse amplius, quàm in filiū est collatū, nulla ratione habita, q possit supplementum legitimæ petere & consequi. Idem & Ruinus respondit in cōsil. 58. lib. 5. & alij à Gabr. citati commu. concl. ti. de secundis nuptijs, concl. 4. nu. 34.

Fundamentum est in d.l. hac edictali, quæ decernit tātum posse relinqui ac donari vitrico, quantum relictum vel donatū est vni ex filiis primi matrimonij, cui minus est relictum; quod enim ex supplemento filius habet, nō dicitur ei relictum à parente, vt patet.

Altera vero est sententia Baldi in commentariis d.l. hac edictali, rationem habendam talis supplementi, atq; adeo vitrico tantum posse relinqui ac donari, quantum ad filium effectu peruenerit.

Idem respondit Io. de Anania, in consi. 67. & ibi Ludouicus Bologn. in additionibus, & alii à Crauetta citati in consi. 193. nu. 12. vers. Et hic considerandum est, & alii à

B Gabr. citati loco superius annotato.

Fundamentum est in d.l. hac edictali, in illis verbis: *Quod si plures liberi fuerint, singulis æquas partes habentibus, minimè plus, quàm ad vnumquemque eorum peruenerit, ad eorum liceat vitricum, nouercamve trāsferri*, &c. Illud verbum, (*Peruenerit*) maximè iuuat hanc sententiam, quoniam ad filium, cui minus est relictum legitima portione, supplementum eius perueniet, cum ei debeatur.

Rursus in sequentibus verbis. *Sin autem non æquis portionibus ad eosdem liberos memoratæ transierint facultates, tunc quoque non liceat plus eorum nouercæ*, &c. *quàm filius vel filia habet*, &c. Atqui filius habet hoc in casu non id solum, quod relictum est, verum etiam id, quod deest ad legitimam portionem, ergo & tantundem vitrico relinqui poterit.

Confirmatur argumētum hoc ex l. quoniam, C. eo. tit. ibi: *His ampliora, quæ vni filio, vel filiæ ex anteriori matri*

C *monio progenitis, danda, vel relinquenda sunt*. Quibus verbis indicatur, habendam esse rationem eius, quod filio dandum & relinquendum est, & sic legitimæ portioois.

Respondet Salic. illa verba tex. intelligenda esse secundum subiectam materiam, nempe, de eo, quod relinquēdum & dandum est liberis in comparatione vitrici, vt sic tantum filius consequatur, quantum vitricus.

Non rectè, quia non est portio mensuranda filiorum ex portione vitrici, sed contra: neque enim prohibentur coniuges plus donare filijs primi matrimonij, quàm vitrico, vel nouercæ: Sed contra plus vitrico & nouercæ donare, quàm filijs, lege prohibitum est.

At contra Salic. & cum eo Ruinus. Si locum haberet posterior hæc senteotia, nunquam vitricus haberet minus legitima filio debita, quod est falsum.

Petitio principij, vt vocant, hæc est. Nam cur falsum est? Id enim est in controuersia. Dicimus enim, si plus relinquatur vitrico, vel nouercæ, quàm filiis, non posse

D eos consequi plus, quàm filij consecuturi sint, ratione habita etiam supplementi legitimæ, & hoc in casu vitricus habebit vsque ad legitimam filij, sed in alijs casibus quin minus quandoque habiturus, nil prohibet, puta si minus relinquatur ei, quàm filijs.

Ego posteriorem hanc sententiam amplector, ac pro eius confirmatione perpendo alia verba d.l. hac edictali, nempe illa: *Ita tamen, vt quarta pars, quæ eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex iis causis, quæ de inofficioso excludunt querelam*. Sententia legis est: vitrico & nouercæ non amplius relinqui posse, quam filijs primi matrimonij, ita tamen, vt quarta ex legibus debita non minuatur, hoc est, vt ipsa quarta iotegra relinquatur ipsis liberis. Ergo si non relinquatur filiis integra legitima portio, non prohibentur vitricus & nouerca plus consequi, quàm filijs sit relictum. Quia verò nec plus consequi possunt, quam ad filios peruenturum sit, & habiturus sit filius, ille, cui minus est relictum, rectè concluditur, id consecuturum vitricum, nouercamque, quod filius ex supplemento debito consecuturus est.

P 3 CA-

CAPVT LXVIII.

Vtrum l. hac edictali, C. de secund. nupt. locum habeat, si minus sit relictum filiæ fœminæ exclusæ per statutum à successione parentum.

PLerisque in locis Italiæ statuto cauetur Municipali, vt existentibus filijs masculis, fœminæ ab intestato non succedant, sed debeant dotari. Si igitur pater, vel mater ad secundas migrauerit nuptias. & parum, vel nihil filiæ fœminæ fortasse nuptæ, reliquerit; an secundo viro plus relinquere possit, in controuersia est. Etenim non posse respondit Soc. sen. in consi. 35. lib. 4. Dec. in consil. 396. non procul à fine, & alij à Gabr. citati commun. conclus. ti. de secundis nuptijs, concl. 4. nu. 40.

Fundamentum est, quia commoda hæc, quę filijs prioris matrimonij lex defert, ob transitum parentum ad secundas nuptias, separata sunt à successione, & illis acquiruntur, licet parentum hæredes non sint, l. hæres, C. de secundis nupt.

Cæterum, contrariam sententiam habuit Angelus, in §. optimè, in Authen. de nuptijs. Ripa, in l. fœminæ, in 8. quæst. C. de secund. nupt. & alij à Gabrielio citati loco superius annotato.

Fundamentum est, quia ita constitutum est in d. l. hac edictali, ob iniuriam, quam parentes uidentur facere filijs prioris matrimonij, dum plus vitrico, vel nouercæ donant ac relinquunt, quàm ipsis. Sed cum filia est à successione parentum exclusa vigore statuti, iam non facit illi parens iniuriam, etsi nil det, vel relinquat, quia nõ tenetur ei quicquam dare, præter dotem.

Ego vero in priorem sententiam facilè descẽdo. Nam ratio l. hac edictali, est hæc, quia ex secundis nuptijs filij prioris matrimonij magnopere læduntur, & ne magis et læderentur, prospiciendum fuit, erat enim metuendum ne in vitricum & nouercam neglectis filijs omnia conferentur à parentibus, legitimæ portione excepta, quod sanè iniustum erat.

Quare lex generaliter prohibuit, ne plus conferrent in vitricum, vel nouercam, quàm in ipsos filios.

Hæc igitur prohibitio locum habere debet etiam quoad filiam statuto exclusam; etsi enim parentes illi relinquere, non teneantur quicquam præter dotem, non tamen prohibentur relinquere si velint. Nec tenẽtur etiã uitrico & nouercæ quicquam relinquere.

Iustius ergo æquiusque est, vt filiæ sic exclusæ plus relinquant, quam vitrico, vel nouercæ, consequenter legis ratio etiam hoc in casu locum habet.

Huc accedat: Nam etsi filijs primi matrimonij integra legitimæ portio relinquatur, tamen locum habet d. l. hac edictali: nec illa ratio valet, ꝙ parẽs plus filijs relinquere nõ teneatur: Ergo & in proposita specie valere nõ debet.

Ad argumentum respondetur, etsi parens tali filiæ nõ teneatur plus relinquere, nihil tamen refert, quia neque vitrico & nouercæ relinquere tenetur, quamobrẽ si plus reliquerit his, q̃ filijs, iniustè facit, & iniuriam infert ipsis filijs, merito lege vindicandam. Prima enim causa successionis est liberorum, non mariti, vel uxoris, vt patet.

CAPVT LXIX.

Si plus donetur vitrico, vel nouercæ à parente, qui ad secundas transit nuptias, quàm filijs primi matrimonij; Sitne illud inter ipsos solos diuidendum, an verò etiam vitrico & nouercæ pars debeatur.

NOn esse diuidendum inter solos filios primi matrimonij, sed portionem virilem tribuendam esse vitrico quoque & nouercæ, sentit Glo. in d. l. hac edictali, in verbo, Diuidi, C. de secund. nupt. Salicet. ibi, in 2. quæst. Bald. in consi. 263. lib. 4. Castrens. in Auth. Præterea, C. vnde
A vir & vxor. Dec. in consi. 246. Io. de Anania, in consi. 67. & alij à Gabrielio citati commu. conclus. tit. de secundis nupt. concl. 4. nu. 57.

Fundamentum est, quia lex permittit, vt vitrico & nouercæ tantum relinquatur, quantum ipsis filijs primi matrimonij, vt patet ex d. l. hac edictali, & ex §. optimè, in Auth. de nuptijs. Vnde & consequens est, talem diuisionem non esse alienam à sententia & mente ipsius legis, sed potius illi conformem, vt saltem tantum habeat vitricus & nouerca, quantum filij.

Contrariam sententiam amplexus est Stephanus Bertrandus in Commentariis d. l. hac edictali, in verbo, ita tamen, nu. 15. & in verbo, si verò plus, nu. 18. Crau. consil. 195. nu. 13. & alij à Gabrielio citati loco supra proximè annotato.

Fundamentum est in d. l. hac edictali, in illis verbis: *Si verò plus, quàm statutum est, aliquid nouercæ, vel vitri-*
B *co relictum, vel donatum, aut datum fuerit, tanquam non scriptum, neque derelictum, vel donatum, aut datum sit, ad personas deferri liberorum, & inter eas diuidi iubemus.* Idem habetur in d. §. optimè, in Auth. de nuptiis.

Quibus verbis apertè indicatur, totum, quòd plus est, diuidendum esse inter filios primi matrimonii. Cur ergo etiam vitricum & nouercam adiungamus, eisq; partem adscribamus, quos ipsa lex omittit?

Ad argumentum respõdetur; lex quidem hoc permittit, vt nihil plus relinquatur, nec abhorret, ut tantum habeant vitricus & nouerca, quantum ad filios peruenerit; sed tamen si plus nouercæ, aut vitrico detur, non minus disertè statuit, id omne ad filios (nulla ipsius vitrici ac nouercæ mentione habita) transferri.

Et ita decisum est à Rota nouissimè, totum, quod aufertur, applicandum esse filijs, decis. 756. in 3. par.

CAPVT LXX.

C *Vtrum id, quod filij primi matrimonij auocant à nouerca, vel vitrico, imputare debeant in legitimam debitam ex bonis parentis.*

SI liberis prioris matrimonij minus legitima portione sit relictum à parentibus, supplementum eos petere posse certum est. Sed controuersia est, si parentes plus relinquãt vitrico, vel nouercæ (secundis quippe nuptijs contractis) quo in casu illud plus auocare possunt, iuxta l. hac edictali, vtrum id, quod ita auocant, in legitimã eis debitam sit imputandum.

Et quidem imputandum esse responderunt Alex. in consil. 158. lib. 5. Anchar. in consi. 101. Alc. ad l. in quartam, circa fin. ff. ad leg. Falcid. & alii ex antiquioribus, quos commemorat Gabr. commu. concl. titu. de secund. nupt. concl. 4. nu. 60.

Fundamentum est, quia in legitimam imputantur fi-
D lio, quæcunque habet ex substantia patris, l. quoniam nouella, l. scimus, §. repletionem, C. de inoff. testam. Sed id, quod auocatur, ex constitutione d. l. hac edictali, ex substãtia parentis descẽdit, ergo in legitimã imputari debet.

Contrariam sententiam secuti sunt Glo. in §. optimè, in verbo, quippe, in Authen. de nuptiis. Crauetta alios plures commemorans in consi. 194. & alii à Gabrielio citati loco annotato.

Fundamentum est in d. l. hac edictali, & in §. optimè, in Auth. de nuptiis, quibus in locis indicatur, vtrumque filios primi matrimonii posse obtinere, nempe, legitimã portionem, & præterea illud plus, quòd nouercæ & vitrico est relictum, vel donatum, illis verbis textus: *Ita tamen, vt quarta pars, quæ eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex iis causis, quæ de inofficioso excludunt querelam.* Et rursus illis: *Sin verò plus, quàm statutum est, aliquid nouercæ vel vitrico relictum, vel donatum aut datum fuerit, ad personas deferri liberorum, & inter eas diuidi iubemus.*

His postremis uerbis continetur auocatio, etsi plus relictum

lictum est Vitrico, vel Nouercæ. Prioribus autem verbis necessitas illa designatur, legitimæ portionis relinquendæ, ex quo efficitur vtrunque posse filios obtinere, & portionem legitimam, (neque enim auferri eis absque causa pôt) & illud plus, quod relictum est Vitrico vel Nouercæ.

Confirmatur hac ratione: Nam diuerso iure hæc debentur filijs prioris matrimonij, legitima quidem, cùm sint filij, quod autem auocatur à Vitrico, vel Nouerca, illud habent filij ex lege ita disponente propter transitum parentis ad secundas nuptias.

Et hæc sententia videtur mihi verissima; Etenim ea non imputantur in legitimam, quę licet ex substantia patris procedant, aduentitio tamen quodam iure acquiruntur, veluti ex iure accrescendi, ex substitutione, & similibus, vt in l. Scimus, §. Repletionem, C. de inoff. testa. Hoc cautem lucrum aduenire filijs videtur extrinsecùs, nempe ex eo, quòd parens ad secundas nuptias transierit, & vitrico, vel nouercæ plus reliquerit, neque enim directè illud ex parente habent, immò verò contra parentis voluntatem, vt patet.

Vnde, non obstat id, quod dicitur; In legitimam imputari, quæ ex patris substantia proueniunt, quia ita debet intelligi, si parens ea relinquat, det, vel donet, vt patet in dote, donatione propter nuptias, & similibus, de quibus loquitur textus in l. quoniam nouella, secus verò, si aliunde, quàm ex patris voluntate habeat filius; nempe, ex lege ita disponente aduersus patris voluntatem, tunc enim habet illud filius à lege potius, quàm à parente, & sic aduentitium magis est, quàm profectitium. Vnde, non imputatur, vt in d. §. Repletionem, ibi: *Non si quid ex alijs causis filius lucratus est, vel ex substitutione, vel ex iure accrescendi, vt puta vsufructus. Humanitatis enim gratia sancimus, ea quidem etiā quasi aduentitio iure eum lucrari*, &c.

CAPVT LXXI.

Dos à patre profecta, vtrum ad patrem reuerti debeat mortua in matrimonio filia, liberis superstitibus.

Celebris & sæpè agitata quæstio est, non solùm apud veteres & recentiores interpretes, ad l. dos à patre profecta, C. sol. matr. verùm etiam apud Doctores passim consulentes.

Eorum catalogum hic adscribendum nō putauimus, quoniam eo nos, atque alios labore leuauit, Antonius Tessaurus decis. Pedem. 190. Omisit tamen, nisi fallor, Anton. Fabr. lib. 1. Coniectur. Iuris, c. 16.

Ego (quod à nemine factitatum hactenus scio) argumenta vtriusque sententiæ fideliter & accuratè referam, tùm quid ipse sentiam, breuiter explanabo.

Qui igitur existimant dotem ad patrem redire filia in matrimonio defuncta, superstitibus liberis, tribus potissimum argumentis in hanc sententiam adducuntur.

Primum ex l. iure succursum, ff. de iure dotium. *Iure succursum est patri* (ait textus) *vt filia amissa, solatij loco cederet, si redderetur ei dos ab eo profecta, ne & filiæ amissæ, & pecuniæ damnum sentiret*. Sunt & aliæ decem leges, quæ idem dicunt, & citantur à Glos. in d. l. dos à patre, quæ quidem leges cùm simpliciter loquantur, nec distinguant, vtrum liberi adsint, nec ne, simpliciter etiam intelligendæ sunt; Præsertim, quia si nulli extent liberi, nulla est ratio dubitandi, quin ad patrem dos reuertatur; Certum enim est, patrem in successione filiæ omnibus esse præferendum, præcipuè marito ipsius filiæ, quare vt aliqua sit ratio dubitandi, sic videntur generaliter accipiendæ, vt dictum est, scilicet etiam liberis extantibus.

Alterum argumētum est ex eo, quod Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium, tit. de Dotibus scribit, mortua in matrimonio filia, dotem reuerti ad patrem, seruatis tamē penes maritum in singulos liberos quintis. Hæc verò quintarum retentio, propter liberos sublata est à Iustiniano, in l. vnica, §. Sileat. C. de rei vxor. act. Ex quo efficitur

A iam nouo iure liberè dotem ad patrem reuerti, etiam filijs existentibus.

Tertium, quia dotis actio cōis est patri & filiæ, l. 2. §. quod si in patris, ff. sol. matr. ergò mortua filia consolidatur in patrem, vt notat Bar. & alij in d. §. quod si in patris.

At eorum, quibus contra videtur; dotem apud maritum & liberos remanere debere, nec patri restituendam, argumenta hæc sunt.

Primum ex l. vlt. §. 1. ff. vt legator. nomi cauear. Verba textus sunt ista; *Idem quæsit testatricem apud maritum suum, ex quo filium reliquerat, res deposuisse nō exacta cautione depositionis, an ea res patri hæredi restitui debeat: an verò. quoniam emolumentum totius hæreditatis ad filiū defuncta reuerti deberet, apud maritum remaneret, apud quē dos remansisset. Respondit, quod mulieris mansisset, nec in dote fuisset, restituendum esse hæredi.* Illa verba textus; *Apud quem dos remansisset*, manifestè probant, dotem apud maritum remansuram liberis extantibus. & verbā illa: *Nec*
B *in dote fuisset*, indicant dotē patri non esse restituendam.

Secundum est ex l. illam, C. de Collatio. quatenus ibi nepotibus necessitas imponitur conferendi dotem, cùm succedunt auo, qui post filiam decessit. Nam si ad auum (patrem scilicet matris eorum) dos reuerteretur, non esset in ea specie de collatione tractandum inter ipsos nepotes, quia dos apud eos non esset, sed apud auum.

Tertium est ex l. post dotem, ff. sol. matr. vbi Papinianus scribit, patrem qui sine voluntate filiæ (ita enim restituendum esse locum illum rectè sensit Cuiacius lib. 4. obseru. c. 21.) stipulatus est, diuortio facto dotem dari, si post impletam stipulationis conditionem filia moriatur, posse quidem ex stipulatu agere, sed non aliter, quàm si filia sine liberis decesserit.

Quartum argumentum est ex l. si filiusfa. ff. ad Maced. vbi dicitur, mortua in matrimonio puella, patri repetitionem dotis dari. Puellam enim interpretari debemus illam, quæ nullos liberos suscepit, ex l. Vxorem, §. Testa-
C mento, de leg. 3.

Postremum est ab æquitate. Nam cùm dos sit propriū ipsius filię patrimonium, vt in l. 3. §. sed vtrum, ff. de minorib. æquum esse videtur, vt in ea succedant liberi ipsius.

Rursus cùm dos marito detur pro oneribus matrimonij, l. pro oneribus, C. de iure dot. æquum est, vt liberis existentibus, in quibus educandis onus est maximum, dos apud virum remaneat.

Denique, cùm ob matris mortem maximus sit dolor filiorum, vt etiam ad eosdem successionis emolumentum perueniat, æquitatis & rationis est. Idque erit ex voluntate filiæ, quæ liberos suos magis, quàm patrem dilexit, vt liberis potius, quàm patri dos restituatur.

Ego hac in re sic statuo: Si agatur de filia in potestate patris existente, priorem sententiam non solùm esse probabiliorem, sed etiam certissimam; si verò agatur de filia emancipata, posteriorem esse verissimam.

Ratio mea est: quia in bonis profectitijs, sicut est dos
D à patre profecta, filius in potestate existens, non habet hęredem, nec quidem filium, quoniam illa patri pleno iure acquiruntur, cùm nihil sit immutatum à Iustiniano in profectitijs. textus in §. 1. in Auth. de hæred. ab intestato. ibi: *Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filij, cuiuslibet sexus sint, aut gradus, etiam ipsis parentibus præponi præcipimus, quorum sub potestate fuerit qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quæ secundùm nostras alias leges patribus non acquiruntur. Nam in vsu harum rerum, quæ debent acquiri, aut seruari, nostras de his omnibus leges parentibus custodimus.*

Si ergò in his bonis profectitijs, quia patri acquiruntur, hæredes non habet filiusfamilias, etiam filios suos, sequitur dicendum dotem profectitiam ad patrem pertinere filia defuncta, non autem ad liberos, vel maritum, neque enim maritus hæres esse potest, vt nec filij ipsi, sed pater bona profecta occupat iure profectitij peculij.

Quòd si de filia emancipata sit quæstio, hęc omnia cessant, quia pro matrefamilias habetur, & de bonis quibuscun-

cunque teſtati poteſt, eaque ad ſuos hæredes tranſmittere, neque enim patri acquiruntur, ſed ipſius filij ſunt pleno iure, ceſſante patria poteſtate, & eius effectu omni, vt patet.

Ad primum argum. reſpondeo: illam legem loqui de filia emancipata, vt ex eo patet, quod teſtamentum fecit in illa ſpecie. Conſtat enim filiumfam. teſtamentum facere non poſſe, l. qui in poteſtate, ff de teſtamentis.

Hæc reſponſio valet ad ſecundum etiam argum. quia textus in d. l. illam, loquitur de filia emancipata.

Reſpondet Antonius Faber loco ſuperius annotato, non eſſe diſcrimen conſtituendum inter filiam emancipatam, & in poteſtate exiſtentem, quia licet filia ſit emancipata, tamen dos à patre profecta, ad patrem reuertitur, l. 5. ff. de diuort. l. filiæ, ff. ſol. matr.

Non recte, quia filia emancipata pro matrefam. habetur, conſequenter ad filios, quos habet, tanquam hæredes, dotem ſuam tranſmittit, patri enim non acquiritur ceſſante patria poteſtate, & filij in ſucceſſione patri defuncti præferri debent, quare tunc demum ad patrem dos reuertitur filiæ emancipatæ, cum nullos illa liberos reliquerit.

Ad tertium reſpondeo, textum in d. l. poſt dotem, loqui ſpecialiter de filia, cui pater dotis actionem donauit, vt ex eo patet, quod dicit ex interuallo poſt contractas nuptias patrem ſtipulatum ſibi dotem reddi, neque. n. ex interuallo pater filia non conſentiente ſtipulari poteſt, quia deteriorem cauſam in dote filiæ ex interuallo facere non poteſt, vt habetur in l. quoties, ff. ſol. matr.

Et ſic illud eſt argumento, dotem filię acquiſitam, alioqui nulla eſt ratio, cur etiam ex interuallo deteriorem cauſam pater facere non poſſit, niſi quia actio dotis antea quæſita eſt filiæ.

Si ergò filia deceſſerit in matrimonio liberis extantibus, ad illos, tanquam hæredes, dos perueniet, non ad patrem, quia in dote profectitia, cuius actionem pater filiæ donauit, hæredes habere poteſt filia, vt declarat Bart. in d. l. poſt dotem, nu. 27. & ibid. Iaſ. nu. 58. & 59. Si verò filios non relinquat, meritò pater ex ſtipulatu aget, quia tunc nullus eſt hæres filiæ in dote, qui patrem agentem ex ſtipulatu remouere poſſit exceptione illa. *Si non ex voluntate filia ſtipulatus ſit.*

Ad quartum reſpondeo; Id tantum ex allegato textu probari, filia mortua in matrimonio ſine liberis, dotem ad patrem redire propter verbum, *Puella*, ſed ſunt aliæ leges, quæ de filiafamilias loquuntur, vt l. dos à patre, C. ſol. matr. l. iure ſuccurſum, ff. de iure dotium, & aliæ concordantes.

Nec enim placet Fabri ſentẽtia exiſtimantis illud verbum, *filiafamilias* ab imperito interprete adiectum, cum nullo hæc ſententia ſolido fundamento nitatur.

Ad poſtremum reſpondeo, non vſque adeò durum videri, etſi liberi non ſuccedant in dote. Nam poſt mortem aui, ſuccedent vel ſoli tanquam nepotes ex filia, vel cum alijs filijs defuncti, vt in Authen. de hæred. ab inteſt. veniunt, §. 1. ibi: *Sic tamen*, &c.

Quare ſi Statuto Municipali ſtantibus filijs maſculis, fœminæ excludantur, & deſcendentes ab eis, ita tamen, vt filiæ debeant dotari, vt in patria mea, durum profectò mihi videretur, & iniuſtum quoque, vt ad patrem dos rediret, non autem ad filios, ac maritum pertineret. Sic enim ſequeretur, nec filiam, nec eius filios quicquam cõſecutos fuiſſe in bonis, & hæreditate patris, ſeu aui. Nam filia dotem effectu non habuiſſet, quia ad patrem eſſet reuerſa. Filij verò eius ab aui ſucceſſione excluderentur, & ſimul etiam à dote.

Quod verò dicitur, dotem eſſe proprium filiæ matrimonium, nihil obſtat, quia intelligendum ideſt, ſaluo iure, quod pater habet in dote profectitia.

Non obſtat id, quod dicitur: æquum eſſe, vt dos apud virum maneat, propter onera matrimonij, vt filios ex eis alere poſſit. Nam huius rei non eſſe rationem habendam Imperator docet in l. vnica, §. Sileat, C. de rei vxor.

A act. *Sileat*, inquit, *propter liberos retentio, cum ipſe naturalis ſtimulus parentes ad liberorum ſuorum educationem hortetur.*

Denique non obſtat quod dicitur de dolore filiorum ex morte matris leniendo, quia maior eſt habenda ratio patris in hac re, ne & filiæ amiſſæ, & dotis detrimentum patiatur, l. iure ſuccurſum, ff. de iure dot. filij enim parentem habent, eique ſuccedent, & auo etiam, cum morietur, vt iam dictum eſt. Vide etiam hac de re, Cuiac. ad Aphricanum tracta. 6. Duaren. ad l. ſi dotali, ſol. matr. qui exiſtimat deciſam eſſe hanc quæſtionem ex fragmentis Vlpiani, ſed malè, quia non valent ad deciſionem cauſarum, l. 2. C. de veteri iure enucl.

CAPVT LXXII.

Donatio inter patrem, & filium, & inter virum, ac vxorem excedens quingentorum aureorum ſummam, ſi
B *non fuerit inſinuata, vtrũ morte donatoris confirmetur, ſaltem vſque ad ſummam quingentorum aureorum.*

SAlicetus in Cõmentarijs, l. donationes quas parentes, C. de donat. inter vir. & vxor. in ea eſt ſententia, vt ſi donatio inter patrem, & filium, & inter virum, & vxorem excedens quingentorum aureorum ſummam, inſinuata non fuerit, morte donatoris minimè confirmetur, etiam vſque ad ſummam aureorum quingentorum.

Eum ſecutus eſt Socinus ſenior in l. 1. nu. 97. ff. ſol. matrim. & in conſ. 115. lib. 4. Iaſ. in l. 1. §. ſed ſi mihi, ff. de verbor. oblig. & alij à Gabrielio relati, Commu. concluſionum tit. de donationibus, Concl. 7.

Fundamentum eſt in d. l. donationes quas parentes, in illis verbis. *Ita firmas eſſe per ſilentium donatoris, vel donatricis ſancimus, ſi vſque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes, actis fuerint intimata. Nam amplioris*
C *quantitatis donationem minimè intimatam, nec per ſilentium eius, qui donauit, confirmari concedimus.*

Sed contrariam ſententiam amplexi fuere Io. Andr. in additionibus ad Specul. tit. de donat. §. 1. Aretinus, in conſ. 17. Ruinus, in conſ. 44. lib. 2. & alij à Gabrielio citati loco proximè relato, quibus adde Antonium Gomeſium, variar. reſol. tomo 2. c. 3. tit. de donatione, poſt nu. 17. verſ. Pulchrum tamen & ſubtile dubium. Clarum, §. donatio, q. 17. verſ. ſed hic.

Et hæc ſententia videtur mihi probabilior. Primùm ex iuris noſtri regulis. Vtile per inutile non vitiatur, l. 1. §. ſed ſi mihi, ff. de verbo. oblig. c. vtile, de reg. iur. lib. 6. ſcilicet in rebus diuiduis, vt in ſpecie propoſita.

Secundò, ex l. Sancimus, C. de donatio. *Si quid*, inquit Imperator, *ſuprà legitimam definitionem fuerit donatum, hoc quod ſuperfluum eſt, tantummodo non valere, reliquam verò, quantitatem, quæ intra legis terminos conſtituta eſt, in ſuo robore perdurare, quaſi nullo penitus alio adiecto*, &c.
D Tertiò ex l. ſi quis pro redemptione, C. eo. tit. vbi Imperator ſtatuit donationes, quæ non fuerint inſinuatæ, ſine aliqua diſtinctione vſq; ad quingẽtos aureos, valere.

Ad textum in d. l. donationes quas parẽtes, in qua ponitur contrariæ ſententiæ fundamentum, reſpondeo, id, quod in ea lege dicitur, donationes iſtas inſinuationẽ requirere, ad interpretationẽ legis inſinuationem requirentis pertinere, vt ſcilicet intelligatur legem inſinuationem requirentem ad donationes etiam porrigi, quæ fiunt inter patrem & filium, & inter virum & vxorem. Sic ergo eſt accipienda lex interpretans, quemadmodũ lex interpretata, vt dicebat Bartolus in l. nihil, ff. de coniungẽdis cum emancip. liberis. Sed lex inſinuationem requirẽs ſic accipitur, vt etſi donatio quingẽtos aureos excedens, non fuerit inſinuata, tamen valeat vſque ad ſummam quingentorum aureorum, igitur eodem modo accipienda eſt lex altera, quæ ad interpretationem eius pertinet, & nihil aliud docet, niſi donationi inter dictas perſonas excedenti aureos quingẽtos, inſinuationem eſſe neceſſariam.

CA-

CAPVT LXXIII.

Donatio inter patrem, & filium, & inter virum, & vxorem, vtrum ita donatoris morte confirmetur, vt rei donatæ dominium, & fructus ad donatarium pertineant ex eo die, quo donatio facta est,

Ccursius in l. donationes quas parentes, C. de donatio. inter virum & vxor. sic statuit in hac quæstione: Donationem ex die, quo celebrata est valere quantum ad hunc effectum, vt donatarius fructus rei donatæ consequatur, non autem dominium rei donatæ.

Idem respondit Castrensis, in l. talis scriptura, de leg. 1. vbi Alex. testatur hanc esse communem sententiam.

Idem docet Bart. ad l. si is qui pro emptore, nu. 3. ff. de vsucap. Couuar. in Rub. de testam. in 3. par. nu. 3. Clarus, in § donatio, q. 9. Antonius Gomesius Variar. resol. tomo 2. c. 3. tit. de donatione, nu. 23.

B Huius sententiæ argumenta quatuor sunt potissimũ. Primum quia retrotractio non habet locum, nisi extremum ad quod, sit habile, vt declarat Bar. in d. l. si is qui pro emptore, sed extremum ad quod habile non est in proposita quæstione, quia illud extremum est tempus factæ donationis: Est autem tale tempus inhabile, quia tunc filius est in potestate, & matrimonium constat, Ergò retrotrahi donatio nequit.

Secundum argumentum est ex l. 2. C. de inoff. donat. vbi lex loquens de donatione patris inofficiosa in vnum ex filijs collata, dicit mortuo patre familiæ herciscundæ iudicium locum habere inter filios. Iudicium autem familiæ herciscundæ locum non habet, nisi super rebus hæreditarijs, l. 1. & 2. ff. fam. hercis. Ergò illa lex significat res à patre donatas filio remanere in bonis patris defuncti, & sic in hæreditate. Si sic est, igitur earum rerum dominium filius non est consecutus ex eo die, quo facta est donatio.

C Tertium est ex l. in donationibus, C. ad l. Falcid. vbi textus dicit, In donationibus inter virum, & vxorem legem Falcidiam locum habere, quia fideicommissi partibus funguntur. Ergò dominium rerum in donatarium non transfertur, nisi ex die mortis donantis, quasi videlicet ex fideicommisso. Neque enim lex Falcidia locum habet in bonis aliter quæsitis, quàm per vltimam voluntatem, l. in ratione, 2. §. vlt. ff. ad l. Falcid.

Quartum argumentum est ex l. 1. §. si pater, ff. pro donato. Ait textus: *Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet vsu, quoniã nulla donatio fuit.* Ex hac lege sic argumentari licet. Si donatio patris eius morte confirmatur, & ad tempus, quo facta est, refertur, ita vt ex eo tempore filius dominium consequatur, Cur non ibi vsucapiendi facultatem ex eo die, quo donatio rei alienæ facta fuit, habebit?

D Cæterùm, contrariam sententiam habuerunt Glos. in l. sequens quæstio, de leg. 2. & in l. si sub conditione, ff. de solutio. Aretin. in d. l. talis scriptura, de leg. 1. Imola, Angelus, Iason, & Croius in d. l. si is, qui pro emptore, & ibidem Ruinus, & Sebastianus Massa. Isti omnes docent rei donatæ dominium acquiri ex die, quo donatio facta est, & consequenter etiam fructus ex eo tempore ad donatarium pertinere.

Et in hanc sententiam ipse quoque descendo, autoritate d. l. donationes quas parentes, in illis verbis; *Si verò vel non amplior sit donatio, vel cum amplior esset, in actis insinuata sit, tunc & silentium donatoris, vel donatricis, & specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, sicut & alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quib. contracta sunt.*

Illa verba possunt vrgeri dupliciter, Primum: quia simpliciter & absolutè disponunt donationem referri ad illud tempus, quo conscripta est. Hic est autem effectus donationis, vt dominium rei donatæ transferatur in donatarium, quia donatio est doni datio, l. Senatus, §. donatio. ff. de donat. Et qui dominium habet, fructus etiam consequitur, l. & ex diuerso, §. vbi autem, ff. de rei vend. l. 1. & 2. C. de pignor. act.

A Secundò vrgeri possunt, quia textus vtitur exemplo ratihabitionis. Constat autem ratihabitiones ita retrotrahi, vt & dominium retrò fingatur acquisitum, l. si hac mente, 25. ff. de neg. gestis.

Ad primum argumentum respondeo, Extremum ad quod, nó esse prorsus inhabile, quia donatio valet à principio iure naturali inspecto, licet secus iure Ciuili.

Ad secundum respondeo, textum in d. l. 2. C. de inofficiosa donatio. non absolutè hoc dicere, locum esse iudicio familiæ herciscundæ mortuo patre, qui donauit, quasi res donatæ videantur in hæreditate patris remanere; Sed textus dicit: *Arbitri familiæ herciscundæ officio congruere, ut alteri filio debitam legitimæ portionem, incolumẽ seruet*, quia donatio erat inofficiosa, & ideo eatenus etiã rescindenda.

B Ad tertium, ex l. in donationibus, C. ad l. Falcid. ita respondeo. Lex Falcidia locum habet in donationibus inter virum, & vxorem, quia vicem obtinent fideicommissi, quasi videlicet fidei committatur hæredis, vt rem donatam tradat donatario. Sed hoc non facit quò minus donatio referri debeat ad tempus, quo conscripta est, neque enim talis fictio Falcidiam impedire potest.

Ad postremum respondeo, donationem patris donantis morte confirmari, & retrotrahi, vbi pater rem propriam donat, secus si rem alienam; Tunc enim agitur de alterius, nempe, domini rei præiudicio, ideò æquitas cessare dicitur, ac proinde fictio seu retrotractio cessat, l. sciendum, & seq. ff. ex quib. causis maior.

Cum igitur in specie, de qua loquitur Iurisconsultus in d. l. 1. §. si pater, ff. pro donato, agatur de re aliena donata vsucapienda in præiudicium domini, meritò cessat fictio, cessat enim æquitas, nec donatio quo ad vsucapiẽdi conditionem, retrotrahitur, seu refertur ad tempus,

C quo conscripta est, ne domino rei præiudiciũ inferatur.

CAPVT LXXIV.

Donatio remuneratoria inter patrem, & filium vtrum valeat.

Ommunis est sententia donationem, quam vocant remuneratoriam, inter patrem, & filium valere, Decius & Alexander in l. si donatione, C. de collat. Clarus, §. donatio, q. 8. Tiraquell. ad l. si vnquam, in verbo, donatione largitus, nu. 20. C. de reuoc. donat. Andr. Geyll, lib. 2. Pract. Obseru. c. 38.

Fundamentum est: quia cur donatio simplex regulariter non valeat, illa est causa, quòd rei donatæ dominium ad patrem reuertitur. Omnia enim à patre profecta illi acquiruntur secundum leges veteres, quæ correctæ non sunt, in l. cum oportet, C. de bonis quæ lib.

D Hæc ratio cessat, quando filius eam donationem propter beneficia in parentem collata, est promeritus; Videtur enim eo casu, non tam ex substantia patris, quàm ex propria industria rem donatam adeptus.

Cæterum aduersus hanc sententiam duo pugnare videntur argumenta. Alterum, quia non videtur fieri posse, vt filius ita se gerat erga patrem, vt eum beneficio collato ad remunerandum obliget. Scribit enim Aristoteles, lib. 9. Ethicor. c. 1, Dijs atque parentibus parem gratiam rependi non posse.

Alterum argumentum sumi potest ex l. tutor, §. quæ tutoribus, ff. de excusatione tutor. in illis verbis: *Cum iudicium patris, vt filius, non vt tutor, promeruit.*

Primum argumentum effecit, ut Lancelotus Politus, politissimæ uir literaturæ, Tiraquello teste loco iam citato, de communi sententia dubitauerit, & post eum D. Menochius de præsumpt. lib. 3. c. 29. nu. 4. qui plura in eam sententiam testimonia adfert.

Alterum uerò, ut ab ea recesserint Bald. in Auth. Ex testa-

teſtamento, C. de collatio, & Romanus in d. l. ſi donatione, C. eod. tit.

Verùm illis nil morantibus, à communi ſententia nõ puto recedendum. Illud enim certum eſt, legibus noſtris non raro fieri mentionem meritorum filij erga patrẽ, ob quæ ſingularem gratiã à parente obtinuerit. Vide tex. in §. 1. in Auth. de non elig. ſecund. nub. ibi. *Plurimumq; à filio experta fauorem, exiſtimauit oportere, ut relinqueret eum ſine remuneratione*, &c. l. de emancipatis, C. de legit. hæred. ibi: *Hoc à genitoribus ſuis meruerunt*, &c. in l. cum pater, §. Rogo, de leg. 2. *Rogo filia, vt bona tua quandoque distribuas liberis tuis, vt quiſquis de te meruerit*, in l. 1. §. toties, ff. de Collat. bonor. ibi: *Si etiam iudicium patris meruit*. in l. Fœminæ, in prin. ibi: *Contemplatione meritorum*, C. de ſecund. nupt.

Et pro hac ſententia multa diſputari poſſent ex his, quæ tradit Seneca de Beneficijs, lib. 3. vbi argumẽtis multis præclariſſimè oſtendit, beneficia maxima in parentes à filijs conferri poſſe, ob quæ ſint eis obligati. B

Quòd verò attinet ad tex. in d. l. quæ tutoribus, facilis eſt reſponſio, quia tex. loquitur de patre hæredem inſtituente filium impuberem, cohæredemque & tutorem ei dante alium filium ætate maiorem, & ait filium tutorem deſignatum promeruiſſe patris iudicium ex eo, ꝙ filius eſſet, non ex eo, quod tutor; Quidni? Nam pater debet filios æqualiter inſtituere, ita enim lex hortatur, & monet vt in §. illud quoque, in Auth. de nuptijs. Itaque, licet tutor non eſſet, conſequetur tamen relictam hæreditatem.

CAPVT LXXV.

Quid ſi pater dicat ſe filio donare, tum ob eius benemerita, tum ob amorem paternum, an valeat donatio.



Ed hic eſt alia controuerſia: donauit pater filio benemerenti, & dixit ſe donare, tum ob eius benemerita, tum ob amorem, quo filium proſequitur, vtrum valeat donatio. C

Reſpondit Caſtrenſis in conſi. 345. lib. 1. donationem non valere, ſequitur Alexand. ad l. ſi donatione, col. 2. C. de collat.

Fundamentum ponunt in duabus brocardicis (vt vocant) Regulis. Prima. Cum duæ cauſæ exprimuntur, quarum vna naturalis, altera accidentalis eſt, præualere debet naturalis, l. qui habet, ff. de tutelis, l. Aurelius, §. Titius, ff. de lib. legat.

Altera. Vbi ſunt duæ cauſæ, quarum altera nocet, altera prodeſt, præualet illa quæ nocet, l. 3. §. vlt. ff. ad Syllan.

Sed valere iuſſis brocardicis his Regulis, contrariam amplector ſententiam, vna cum Decio, in d. l. ſi donatione, C. de collat. & D. Menoch. lib. 3. de præſumpt. c. 29. nume. 55. alia firmiori Regula confiſus. Semper in dubijs benigniora præferenda ſunt, l. ſemper, de reg. iur. Semper actus interpretari debet magis ut valeat, quàm pereat, l. quoties ff. de verb. obl. l. quoties, ff. de reb. dub. non debet vtile per inutile vitiari, c. vtile, de reg. iur. lib. 6. D

Ad brocardicas reſpondeo; eas habere locum, ſi concurrant circumſtantiæ, quæ concurrunt in ijs legibus, ex quibus eliciuntur. Porrò eas leges nihil ad rem noſtram facere clarius eſt, quàm vt probatione ſit opus.

CAPVT LXXVI.

Si pater filio ob benemerita donauerit, quæ tamen probari non poſſint, vtrum conſiſtat nihilominus donatio tanquam ſimplex, quæ ſcilicet morte patris confirmetur.



Ommunis eſt & vera ſententia donationem patris propter filij merita non valere, niſi probentur ipſa merita, neque enim patri donatori eſt credẽdum. Vide Tiraq. ad l. ſi unquam, verbo, Donatione largitus, nume. 89. C. de reuoc. donat.

A Clarum, §. Donatio, q. 8. Andr. Geyll, lib. 2. Obſeru. 38.

Sed controuerſia eſt, ſi merita non probentur, an valeat nihilominus donatio tanquam ſimplex, & morte patris confirmetur. Reſpondent Bar. & Alex. ad l. ſi donatione, C. de collat. valere, quia parens mẽtionem fecit benemeritorum filij, vt eo magis donatio conſiſteret, quare non debet eius aſſertio contrarium operari; argumento l. ſi mancipia, ff. de fundo inſtructo.

Sed contrarium reſpondit Decius, in d. l. ſi donatione, quia videlicet talis donatio videtur eſſe ſimulata, & ex falſa cauſa facta. Ideo non valet, argum. l. cum hic ſtatus, §. ſi quis ſponſam, ff. de donat. inter vir. & vxo. vbi donatio vxori facta non valet, ſi vxor non ſit, *quia non quaſi ad extraneam, ſed quaſi ad uxorem fecit*, vt ibi.

Mihi prior ſentẽtia videtur eſſe probabilior, etſi enim mentionem faciat pater benemeritorum filij, tamen ea eſt ipſius voluntas, ut filius omnino habeat. Facit pro hac ſententia tex. in l. tutor; §. quæ tutoribus, ff. de excuſ. B tutor. in illis verbis: *Quia iudicium patris, ut filius, non vt tutor, promeruit.*

Ad textum in §. ſi quis ſponſam, reſpondeo, magnam ibi eſſe rationem diuerſitatis, quia ſi vxor non ſit, ceſſat donatoris uoluntas, neque enim extraneæ donaſſet perſonæ. At in ſpecie noſtra ſubeſt cauſa ipſa naturalis, quia filius.

CAPVT LXXVII.

An donatio patris iuramento firmata, valeat.



Ommunis eſt ſententia donationem patris iuramento firmatam ualere, tum quia iuramentum eſt res ſpiritualis, quæ animam obligat, & in ſpiritualibus patriæ poteſtatis (quæ ſola donationi eſt impedimento) ratio habenda non eſt, c. ult. de iud. lib. 6. tum; quia inter patrem & filium oritur obligatio, ſaltem naturalis, quam proinde iuramentum con- C firmare, & efficacem reddere poteſt. Arg. l. frater à fratre, ff. de condict. indeb. c. quamuis, de pact. lib. 6. Vide Clarum, in §. donatio, q. 8. Andr. Geyll; lib. 2. Obſeru. 38.

Cæterum, Caſtrenſis in cõſi. 345. lib. 1. & quidam alij à Gabr. citati comm. concl. ti. de donat. concl. 4. diuerſam ſententiam habuerunt; *Hæc donatio* (ait Caſtrenſis) *iuramento non confirmatur, ex eo, quia cum pater filio, vt filio, donauerit, videtur ſibiipſi donaſſe: propter quod redditur iuramentum fruſtratorium, & inutile, & quaſi ſuper impoſſibili, vnde non eſt obligatorium. Qui namque dubitet, quod ſi mihi ipſi dono, & iuro, nullius momenti eſt tam donatio, quàm iuramẽtum. Præterea, licet iuramentũ obſtringat iurantem, non tamen facit capacem eum, cui iuratur, ſi alias erat incapax, Argum. l. cum fundus, ff. de condic. & demonſtrat. Nec hoc reperitur iure cautum, ſed filius non eſt capax, ergo per iuramentum non potuit fieri.*

Reſpondeo, ubi iuramẽtum accedit, ceſſat effectus patriæ poteſtatis, quia in his, in quibus animæ ſalus & peri- D culum uerſatur, ratio patriæ poteſtatis non habetur, nec eorum, quæ iure ciuili ſunt conſtituta. Omne enim iuramentum ſeruandum eſt, quod non uergit in alterius præiudicium, & abſque ſalutis æternæ diſpendio ſeruari põt.

Quare non eſt filius incapax hoc in caſu, nec pater ſibiipſi donare cenſetur, nec ſuper impoſſibili adhibetur iuramẽtum. Ceſſante enim patriæ poteſtatis effectu, omnia iſthæc ceſſant: & ſic donatio ualet, quaſi ſublato patriæ poteſtatis impedimento.

CAPVT LXXVIII.

An valeat donatio, ſi vnus ex filiis alteri filio donet patre conſentiente, bona ipſius patris.



Icet patris donatio filio in poteſtate non conſiſtat, ſi tamen alter ex filijs alteri donet patre conſentiente, res paternas, eam donationem conſiſtere Oldr. reſpondit, in conſ. 26. & ante eum Io. And. ad Spec. ut. de inſtr. editione, §. porrò.

Sed

Sed hæc ſententia valde infirmo nititur fundamẽtó, il lo uidelicet, ꝙ cum pater filio donanti conſenſum præſtat, videatur illum emancipare, quo ad talem actum donationis, argum. l. ſi permittente, C. ad Macedon.

Hoc inquam, fundamentum infirmum eſt; quia ſi cõſiſteret, multo magis haberet locum, vbi pater ipſe filio in poteſtate donaret, vt ſcilicet eum emancipare uideretur, quo ad illum actũ, vt eſſet donationis capax, aut certè nulla eſt diuerſitans ratio inter hunc poſteriorem & priorem caſum. Quare meritiſſimo iure Oldradi ſententiam repudiarunt Aret. ad l. placet. ff. de acq. hæred Iaſ. in l. frater à fratre, nu. 44. ff. de cond. indeb. in 1. lect. quibus me ſocium libenter adſcribo.

Porrò nihil mouet quod habetur in d. l. ſi permittẽte, quia non hoc dicit ibi lex, filium emancipari poſſe, aut emancipatum videri in ea ſpecie, quo ad vnum actũ, ſed agitur ibi de pecunia filiofamilias mutuata cum conſenſu patris, & reſpondetur ceſſare tunc Senatuſc. Macedoniani poteſtatem; Rectè, quia uidetur creditor ſecutus fidem patrisfamil. & propter paternum conſenſum mutuaſſe filio, quo in caſu & rationẽ omnem Senatuſconſulti planè ceſſare procul dubio eſt.

CAPVT. LXXIX.

Si pater filio in poteſtate donet bona pro ſua legitima, vtrum ſtatim donatio valeat, an verò ſit expectanda mors patris, vt ex ea donatio confirmetur. Et quid ſi ſtudiorum gratia filio donauerit.

SI pater filio ſuo in poteſtate conſtituto pro legitima portione aliquid donauerit, valere ſtatim donationem Angelus docuit, in l. ſi non mortis, ff. de inoff. teſtam. cuius ſententia confirmari poteſt ex d. l. ſi non mortis, & ex l. ſi quando, §. & generaliter, C. eod. tit. & præterea hoc argumento, quòd cum pater filio legitimã relinquere teneatur, ſi aliquid in eam cauſam ipſi donauerit, videatur potius debitum ante diem ſoluere, quàm donare, & ideo donatio valeat: Nam etſi prohibita ſit inter virum & vxorem donatio, non tamẽ alter alteri, quod in diem debet, ſtatim ſoluere ac præſtare prohibetur, quamuis cõmodum temporis retenta pecunia ſentire potuerit, vt ait Iuriſc. in l. ſed ſi vir, §. quod vir vxori, ff. de donatio. inter vir. & vxorem.

Sed contrarium reſpondit Aret. in conſ. 17. & in l. placet, ff. de acq. hæred. & alii à Petro Duena citati, Regula 223. ſequitur D. Menoc. de præſumpt. li. 3. c. 29. n. 109.

Iaſ. autem diſtinguit in l. frater à fratre, num. 44. ff. de condict. indeb. vt ſcilicet donatio quidem valeat, ſed tamen reuocari poſſit.

Sed Aretini ſententia mihi magis probatur. Primò moueor ex regula generali, quæ ſtatuit donationem inter patrem & filium non valere.

Deinde autoritate l. cum de bonis, C. de donat. *Cum de bonis tuis* (inquit tex.) *partem quidem penes te retinuiſſe, partem verò in eum, quem in poteſtate habes, donationis titulo contuliſſe commemores, non eſt incerti iuris, in eum, qui in ſacris familia tua remanet, deſtinationem magis paterna voluntatis factam, quàm perfectam donationem perueniſſe.*

Hic Imperator loquitur de patre donante filio in poteſtate bonorum ſuorum partem, & reſpondit non ualere donationem. Si donatio valeret pro legitima, debuiſſet id explicare, alioqui minus ſufficienter reſpondiſſet.

Huc accedat quod Vlpianus ſcribit in l. ſi filia, §. ſi pater, ff. fam. herciſc. Papinianum ſcilicet reſpondiſſe, cum pater inter filios bona ſua diuiſit, non videri donationẽ illam, ſed potius ſupremi iudicij diuiſionem. Et tamẽ ualere deberet ſaltem quo ad legitimam filiis debitam, quaſi videretur eam ante tempus aſſignare.

Nec contrarium probant leges allegatæ in argumento contrariæ opinionis. Id enim tantum volunt, filium

A agere de inofficioſo teſtamento non poſſe, cui pater viuens debitam portionem donauerit. Rectè: quia portionem illam debitã iam habet ex bonis donatis. Sed utrũ ſtatim illa donatio ualeat, ipſo patre uiuente, vt regulariter donatio valet, extra perſonas prohibitas, non habetur in dictis legibus.

Quòd vero dicebatur, patrem uideri ante tempus ſoluere, & ideo valere donationem, ſicut cum uxori ſoluitur ante diem, nihil obſtat, quia non eſt certum legitimã filio deberi: Nam vt ipſe ante patrem moriatur, accidere poteſt. Lex autem loquens de coniugibus ante diem ſoluentibus, de certo debito loquitur, no de incerto, vt hic.

Quod uero attinet ad donationem ſtudiorum cauſa factam, illam valere communis eſt ſententia. Vide Iaſonem ad l. 1. num. 23. ff. ſolu. matrim. Clarum, in §. donatio, quæſtio. 8.

Sed quoniam vix firmum habet aliquod fundamẽtũ ab ea multi diſſentiũt, vt videre eſt ex allegatis.

B Ego verò ſtudioſorum cauſam maximè adiuuari puto ex l. 3. §. ſed ſi in Caſtra, ff. de donat. inter vir. & vxor. *Si mater filio, qui in patris poteſtate eſt, donet* (inquit tex.) *donatio non valet, quia patri quæritur, ſed ſi in caſtra eunti filio dedit, videtur valere, quia filio quæritur, & eſt Caſtrẽſis peculiũ*. Ergo & id quod filio ſtudiorum cauſa donatur, videtur eſſe quaſi Caſtrenſe peculium, ſi armata militia togatæ comparetur, l. Aduocati, C. de aduoc. diuerſ. iudic. conſequenter patri non quęritur, & ualet donatio.

CAPVT LXXX.

Vtrum donatio inter virum & vxorem remuneratoria, vt vocant, iure conſiſtat.

SI vir ſenex vxorem ducat ætate florentem, & remunerationis ergo, donet ei quidquam; eã donationem iure ſubſiſtere, & efficacem eſſe
C ſtatim, ut aliæ donationes ualent inter uiuos, communis eſt ſententia. Vide Bart. in l. 2. C. de dotis promiſſ. Bald. Nouellum, de dote, in 10. par. nu 8 & ſeq. Clarum, in §. donatio, q. 9. Couuar. in titu. de Sponſalib. in 2. par. c. 3. §. 3. nu. 2.

Fundamentum uerò poſitum eſt in l. quod autem, §. ſi uir, ff. de donat. inter uir. & uxor.

Sed contrarium reſponderunt Crau. in conſi. 51. & Pinellus ad l. 1. in 3. parte C. de bonis mater. quibus & ipſe me lubens ſocium adiungo, eo argumento adductus, ꝙ multi iure noſtro: caſus ſpeciales exprimantur, quibus donatio inter uirum & uxorem conſiſtit, & tamen hic, de quo agitur, eorum numero non recenſetur, ut ueriſimile ſit eum nec iure enumerandum eſſe.

Nec ſanè immeritò, ſic enim fieret remunerationis huiuſmodi prætextu, ut ſæpe eluderentur leges tales donationes prohibentes, ne mutuo ſe coniuges amore ſpolient, ne matrimonia ſint uenalia, ne liberorum curam
D deſerant, ut in l. 1. 2. & 3. ff. de don. inter uir. & uxor.

Nec quicquam obſtat tex. in d. § ſi uir, quia loquitur de reciproca donatione, non autem de remuneratoria iſta, de qua agimus. Ceſſat enim omnis prohibitionis ratio, ubi hinc inde tantum accipitur, quantum donatur.

Verba tex. dicti § hæc ſunt: *Si vir & vxor inuicem ſibi inuicem donauerint, & maritus ſeruauerit, vxor conſumpſerit, rectè placuit, compenſationem fieri donationum, & hoc diuus Adrianus conſtituit.*

Porrò (ut obiter id etiam dicam) dictorum uerborum ſenſus elicitur ex l. cum hic ſtatus, §. quod ait Oratio, ff. eo. ti. ubi Vlp. *Quòd ait Oratio conſumpſiſſe, ſic accipere debemus, ne is, qui donationem accepit, locupletior factus ſit. Cæterùm, ſi factus ſit, orationis beneficium locum habebit. Sed etſi non ſit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem, eaq; extet, dicendum eſt, ſi is deceſſerit. qui factus eſt locupletior, poſſe repetere id, quod dedit. nec compenſare id, quod conſumpſit. Quamuis diuortio ſecuto hæc compenſatio locum habeat.*

Verba

Verba obſcuriora eſſe uidetur, ſed rectè declarat Cra-uet. in d. conſi. 51. Si uir vxori donet, & illa tantundem viro, amboque res donatas retineant, & non conſumāt, donatio valet, quia uterque factus eſt locupletior. Hic eſt ſenſus illorum uerborum. *Si factus ſit locupletior, Orationis beneficium locum habebit.* Si uero alter donatas res conſumat, tunc ſi matrimonium diuortio fuerit ſolutū, retractari donatio nequit. Hoc vult textus illis verbis, *Quamuis diuortio facto, hac compenſatio locum habeat.* Si vero morte diſſoluatur matrimonium, tunc illa diſtinctio adhibetur, vt ſi præmoriatur is, qui conſumpſit, donatio valeat, tanquam eius morte confirmata, nec retractari ab hærede poſſit. Si uero præmoriatur is, qui locupletior effectus eſt, hoc eſt, qui non conſumpſit, ſed retinuit res donatas, tunc donatio non ualeat, quia morte confirmata non eſt, morte inquam illius, qui cōſumpſit, ideoque reuocari poteſt.

Hæc eſt ſententia illorum verborum: *Sed ſi non ſit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem, eaq; extet, dicendum eſt, ſi deceſſerit, qui factus eſt locupletior, poſſe repetere id, quod dedit, nec compenſare id, quod conſumpſit,* &c.

CAPVT LXXXI.

Vtrum donatio inter coniuges iureiurando confirmetur.

Triplex eſt Doctorum ſententia. Alij enim docent confirmari. ita Bart. in l. Seius & Augerius, ff. de verb. oblig. Socin. ſen. in conſ. 77. lib. 1. & alij quamplurimi apud Gabr. commun. concl. tit. de donationib. concl. 3. Clarum, §. donatio, q. 9. Andr. Geyll, lib. 2. c. 11.

Alij negant ualere ſeu confirmari iureiurando, ita Bartol. in l. 1. ff. de donat. inter vir. & vxor. Socin. ſen. ad l. 1. ff. ſol. matr. & in conſ. 66. lib. 1. & alij à Gabr. commemorati loco annotato.

Alij denique reſponderunt, donationem quidem iuramento firmari, ſed tamen efficacem non eſſe, niſi donator prædecedat. Præmoriente verò donatario, nullā habere iuris firmitatem.

Celebre hoc eſt illud Decij reſponſum, in conſil. 240. & 536. quod latè Crau. impugnauit in conſ. 102. Rol. in conſi. 77. lib. 1. Sed latè defenditur à D. Menoch. in conſ. 84. lib. 1. Ego breuiter iſtarum opinionum fundamenta referam, tum quid mihi uideatur, paucis declarabo.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in Iuris Canonici Regula, quæ habet: Contractus & cæteras pactiones Iure Ciuili infirmas & inefficaces, iuramento accedente, confirmari, & robur accipere, quia iuramentum eſt ſeruandum, ſi abſque ſalutis æternæ diſpendio ſeruari poſſit, nec in alterius vergat detrimentum, vt in c. ſi verò, & in c. cum contingat, de iureiur. & in cap. quamuis, de pactis, lib. 6.

Fundamentum autem negatiis ſententiæ illud eſt: Quòd iure prohibita ſit ea donatio, vt in toto ti. ff. de donat. inter vir. & vxor. & in c. donatio, eo. tit. Idq; iuſtiſſimas ob cauſas, ne ſcilicet coniuges mutuo ſe amore inuicem exhauriant, ne liberorum curam deſerant, & ne matrimonia fiūt venalia. Quare contra bonos mores uidetur eſſe talis donatio. Iuramentum vero contra bonos mores præſtitum non obligat, c. non eſt obligatorium, de reg. iur. lib. 6.

Tertiæ opinionis fundamentum eſt: Quia iuramentū ſequitur naturam actus, cui adijcitur, l. vlt. C. de non numer. pec. Hęc autem eſt donationis huius natura, vt morte donantis confirmetur, l. cum hic ſtatus, ff. eo. ti. l. à marito, C. eo. ti. Neque enim ea uidetur mens donantis fuiſſe, vt hæredi ac ſucceſſori daret. Quare nec iuramentum quicquam valet contra ipſius mentem iurantis, vt declarat Iaſ. ad l. ſciendum, nu. 33. ff. de verb. oblig.

Poſtremæ denique ſententiæ fundamentum eſt illud

A præcipuum; quòd iuramentum reddat ipſam donationē validam & efficacem, ex cauſis iā allatis, ac proinde cum donatio ſtatim efficax ſit, ad hæredem donatarij tranſmittatur cum cætera hæreditate, l. hæreditas, ff. de verborum ſignific.

Hæc poſtrema ſententia uidetur mihi omnibus alijs probabilior. Mouet me iramēti poteſtas ac religio, quæ hoc facit, ut cæteræ pactiones alioqui iure Ciuili improbatæ, conualeſcant, ne ſcilicet contingat periurijs uiam aperiri, vt inquit S. Pont. in d. c. cum cōtingat, de iureiur.

Nec rectè dicitur eam donationē eſſe cōtra bonos mores: quia moribus receptum eſt, ne ualeat donatio, vt inquit Vlp. in l. 1. ff. de donat. inter uir. & uxor. non autem dicit bonis moribus repugnare, ut & Soc. iun. adnotauit, in conſ. 44. nu. 34. lib. 2.

Quòd uero dicitur iuramentum ſequi ſolere naturam actus, cui interponitur, minimè locum habet in his, quę pertinent ad actus efficaciam & confirmationem. Nam

B actum ſtatim corroborat, & efficacem reddit, ut optimè deducit Iaſ. in l. ſi conuenerit, nu. 8. ff. de iuriſd. omn. iud. etiam patet ex locis ſupra commemoratis.

Denique non obſtat id, quod ſubiungitur. iuramentū non operari contra iurantis intentionem. Nam hic non repugnat iurantis intentio. Nam ſi eum, cui donauit, tē donatam habere uoluit, atque ita iurauit: videtur etiam in conſequentiam uoluiſſe, ut donatario defuncto, res tranſiret ad eius hæredem, ſicut alia tranſeunt. Alioqui ſi valeat hoc argumentum, nulla ad hæredem donatio tranſmitti poterit, quod abſurdum eſt.

CAPVT LXXXII.

Vtrum donatio reciproca, vel remuneratoria, vel ob cauſam, excedens ſummam quingentorum aureorum, inſinuationem requirat.

C Omnimunis eſt ſententia reciprocam donationem & remuneratoriam, vt vocāt: item donationem ob cauſam, inſinuationem nō requirere, licet quingentorum aureorum ſummam excedat. Vide Tiraq. ad l. ſi vnquam, in verbo, donatione largitus, nu. 127. & nu. 143. & Gabr. commun. concl. ti. de donationibus, concl. 1.

Eius vero fundamentum eſt in l. 1. & in l. hoc iure vtimur, §. vlt. ff. de donat. in l. Attilius, ff. eo. ti. & in l. ſed etſi lege, §. conſuluit, ff. de petitio. hæred.

Ceterum, quod ad reciprocam attinet, Homodeus diſſentit in conſ. 181. quantum vero ad donationem remuneratoriam, Pinellus in Commentarijs l. 1. C. de bonis maternis, in 3. parte.

Fundamentum eius eſt, quia donari dicitur, quod nullo iure cogente datur, l. donari, ff. de reg. iur. licet naturali quadam iuſtitia is, qui donat, teneatur ad antidota, ut no. Gloſ. in d. l. donari, immo vero plerunque donantur

D res amicis, qui aliquod beneficium contulerunt. Quare ſi remuneratoriæ donationes inſinuationum legibus ſubiectæ non ſint, vix vlla erit donatio, quæ opus habeat inſinuatione.

Ad d. l. Attilius, reſpondet illam loqui de remuneratione Magiſtri, cui merces debebatur, vt patet ex illis verbis: *Dixi poſſe defendi, non meram donationem eſſe, verum officium Magiſtri, quadam mercede remunerarū Regulum.*

Ad d. l. ſed etſi lege, §. conſuluit, reſpondet, contrarium potius probare, nempe, donationem vere dici, quæ remunerationis gratia ſit, ex illis verbis quibus dicitur: *Locupletiorem eum dici, cui remunerationis gratia donatum eſt.*

Ego ſic ſtatuo; donationē remuneratoriā, & alias ſuperius expreſſas, propriè donationes non eſſe, ſicut & cōis ſententia docet; ſed tamen eas inſinuationem exigere.

Priorem aſſertionem probo ex l. 1. ff. de donat. vbi tex. *Donationes complures ſunt. Dat aliquis ea mente, vt ſtatim velit accipientis fieri, & propter nullum aliam cauſam facit quàm vt liberalitatē & munificentiam exerceat. Hæc propriè*

priè donatio appellatur. Dat aliquis vt tum demum accipientis fiat, cum aliquid ſecutum fuerit, ea non propriè donatio appellabitur.

Secundo ex l.hoc iure, §.vlt.ff.eo.ti. *Sed & ha ſtipulationes* (inquit text.) *qua ob cauſam fiunt, non habent donationem.*

Tertiò ex eadem l.in §.Labeo. *Labeo ait. Extra cauſam donationum eſſe talium officiorum mercedem, vt puta, ſi tibi affuero, ſi ſatis pro te dedero, ſi qualibet in re opera, vel gratia mea vſus fueris.*

Poſtremò (quod ad reciprocam donationem attinet) illud eſt manifeſtum, propriè donationem non eſſe, quia non fit exercendæ liberalitatis gratia, vt in l.1.ff.de donatio. Quare videtur potius eſſe genus quoddam permutationis, l.ſed etſi lege, §.conſuluit, ff.de petitio. hæred.

Secundam verò aſſertionem probo autoritate l.Sancimus, C.de donat. *Sancimus*, inquit, *omnem donationem ſiue communem, ſiue ante nuptias factam, vſque ad trecentos ſolidos cumulatam, non indigere monumentis, ſed communem formam habere*, &c. *Si quid autem ſupra legitimam definitionem fuerit donatum, & hoc quod ſuperfluum eſt, tantummodo non valere*, &c.

Hic Imperator docet omnem donationem ſupra ſummam definitam, inſinuationem requirere (ſumma porrò ad qningentos aureos extenditur ex l.pen.C.eo.tit.) Qui dicit, omne, nihil excludit, l.Iuliannus, ff.de leg.3. Ergo omnis donatio ſub hac lege continetur. Sed reciproca donatio, & ob cauſam, & remuneratoria dicuntur eſſe donationes, l.quod autem, §.ſi uir, ff.de dona.inter uir.& vxo. l.1.l affectionis, ff.de donat. Igitur & hæ donationes indigent inſinuatione.

Secundò aſſertionem probo ex ratione legis: Etenim ad euitandas fraudes, requiritur inſinuatio, l.lata, C.de donat.& declarat optimè Connanus, lib.5.Comment.iuris, c.9. Fraudes autem excogitari & adhiberi poſſunt & in ijs donationibus, de quibus agitur, vt patet, ergo requirunt & hæ donationes inſinuationem.

Ex his patet reſponſio ad argumenta communis ſententiæ, nihil enim aliud probant, quàm donationes huiuſmodi non propriè donationes eſſe. Quod & ipſe fateor, ſed quia ſaltem impropriè donationes ſunt, aſſero inſinuatione eas indigere, quia omnis donatio excedens ſummam, &c.inſinuationem exigit, vt dixi.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum donatio ſummam excedens quingentorum aureorum, iuramento firmata, requirat inſinuationem.

TRes ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Vna affirmans. Altera negans. Tertia diſtinguës. Aut iuramento renunciatũ eſt inſinuationi & valet donatio, aut renunciatũ non eſt, & non valet. Vide Clarum in §.donatio, q.18. Ant. Gabr.comm.concl.ti.de donationib. concl.1. And. Geyll, lib.2.obſeru.39. Eugenium in conſ.7. Anton. Gomeſium variar.reſol.ti.de donationib.c.3.nu.6. Seraphinum Senenſem de priuil.iuramenti, priuileg.73. Petrum Duenam reg.124.nu.5.

Ego ſic exiſtimo, veriorem eſſe ac iuri noſtro magis cõſentaneam eorum ſententiam, qui donationem valere putarunt etiam abſque vlla inſinuatione, vbi iuramento cõfirmata eſt. Moueor hoc argumento, quæ iure Ciuili ita ſit conſtitutum, vt talis donatio minimè valeat abſque inſinuatione, iuſtas quidem ob cauſas, ſed non tamen tanti faciendas, quanti religio Dei, iuriſiurandi vinculum, peccatum periurij æſtimari debent.

Quare alterum ex duobus dicendum eſt, vel ſeruãdas eſſe leges ciuiles, & violandum iuramentum Deo præſtitum, vel iuramentum obſeruandum, & eas leges negligendas. At quis non videt iuſtius eſſe leges negligi, quàm Deum periurio offendi?

A Adſtipulantur huic ſententiæ Canones in ſimilib. ſpeciebus conſcripti, vt c.ſi uerò, c.cum contingat, de iureiu. c.quamuis, de pact.lib.6.

Contrariæ ſententiæ arg. ſunt iſthæc. Primum fauore publico, ne quis profuſa nimis liberalitate ſuum exhauriat patrimonium, vt donationes inſinuentur, lege cõſtitutum eſt. Expedit enim Reipub. ne homines malè rebus ſuis vtantur, vt ait Imperator in §. Sed & maior. in Inſtit.de his qui ſui vel alieni iuris ſunt. At nemo põt iuri publico, iuramento etiam adhibito, derogare, ut in c.ſi diligenti, de foro compet. Ergo nec iuramento adhibito valere poteſt abſque inſinuatione donatio.

Reſpondeo, tex.in d.c.ſi diligenti, loqui de clerico cõſentiente in iuriſdictionẽ laici iuramento ẽt preſtito. Ait tex. nullius eſſe momenti cõſenſum, Et rectè, quia ius publicum repugnat, quod in Sacris, Sacerdotibus, & Magiſtratibus cõſtitit, l.1.§ 1.ff.de iuſt.& iure, & iuſtas ob cauſas ſtatuit, vt Clerici a ſecularibus non iudicentur. At hic

B agitur de iure priuato, licet enim ob publicam vtilitatem inſinuatio requiratur, non tamẽ eſt vtilitas publica principaliter, ſed ſecundario, quare iuſio accedẽte valet actus.

Id patet in alienatione rerũ dotalium, in alienatione rerũ minorum 25.annis, & in alijs multis caſibus, in quibus iuramentum actum ipſum confirmat, licet repugnet ſecundariò pvblicæ utilitati, vt in d.c.ſi vero, & in d.c.cũ contingat, de iureiur.in l.1.& in Auth. Sacramenta puberum, C.ſi aduer.vend.

Secũdum arg. Inſinuatiò neceſſaria eſt, ut fraudes euitentur, l.lata, C.de donatio. Si ergo donatio confirmetur iuſio, etiam non adhibita inſinuatione, via fraudibus aperitur. Hoc aũt eſt abſurdum, l.cõuenire, ff.de pact.dotal.

Reſpondeo, viam fraudibus non aperiri, quia nemo præſumitur iurare falſum, ac delinquere, & vbi iuramentum intercedit, res præſumitur acta cum conſilio & deliberatione, c.ex reſcripto, de iureiur.& tradit optimè Alexand.in conſ.52.nu.2.& 17.lib.1.

C Tertium argumentum. Lex præſumit fraudes interceſſiſſe, ſi donatio careat inſinuatione. Ergo iuramentũ nihil operatur, c.cum contingat de iureiur. ibi: *Neque vi, neque dolo, præſtita*, &c.

Reſpondeo, nego antecedens, neque enim leges dicũt fraudes præſumi, ſi donatio careat inſinuatione, ſed ut fraudes euitentur, inſinuationem requiri.

CAPVT LXXXIIII.

An renunc.ari poſſit Conſtitutioni l.ſi vnquam, C. de reuoc. donat.

CElebris eſt cõtrouerſia, vtrum l.ſi unquã, C. de reuoc.don. poſſit renunciari. Sunt enim qui affirmant, ſunt qui negãt. vide Oldr.in conſ.173. Rip.in cõmentarijs ipſius legis, q.51. Tiraquellum latiſſimè, in præfatione, nume.88. Nattam, in cõſi.125.& alios, quos citat Alphanus

D Collectaneo 264.& Mynſingerum Cent.5.obſeru.63.

Affirmantis ſententiæ fundamentũ eſt, quia unuſquiſque iuri ſuo renũciare poteſt, l.pen.C.de pact.cum igitur in ipſius donãtis fauorẽ conſtitutum ſit, vt ſi liberos ſuſceperit, donationem reuocare poſſit, nihil proponi poſſe videtur, cur non poſſit ſuo iuri & fauori renunciare.

Fundamentum verò negantis ſententiæ illud eſt præcipuum, quòd ea conſtitutio edita fuerit nõ in fauorem tantum donãtis, ſed etiam eius liberorum. Quamobrem illud ius liberis quæſitum ac delatum, nõ debet, nec poteſt ei pater auferre, l.quod de bonis, §.vlt. ff. ad leg. Falcid. l.pen.C.vt in poſſeſſ.legato. l.id quod noſtrum, de reg.iuris, l.cum non ſolùm, C.de bonis, quæ liberis.

Pendet igitur hæc diſputatio ab hoc articulo, an uideſicet fauore duntaxat donatoris, an uerò etiam liberorũ ſcripta ſit illa conſtitutio: & cum textus velit bona donata reuerti ad ipſum donatorem, nec ullam faciat liberorum mentionem, oritur conjectura, non ſuiſſe habitam rationem iuris ipſorum liberorum, ſed patris duntaxat.

A Huc accedat, quod si iam nati sint liberi, cum pater donat, ipsis nullum competit ius reuocandæ donationis, nisi vsque ad debitum bonorum subsidium, querela scilicet inofficiosæ donationis proposita, vt in l. 1. in l. si totas & toto tit. C. de inoffi. donat. Cur ergo possint postea nati reuocare ipsam donationem ope d. l. si vnquam, vbi pater ei legi renunciauit, ac proinde declarauit, se ratam habere velle donationem etiam liberis postea susceptis?

Deniq; vera ratio legis est ex coniectura pietatis, quoniam is, qui donauit liberos non habens, minimè donaturus fuisset, si de liberis cogitasset nascituris, ne scilicet propriæ soboli extraneos anteponeret, l. cum acutissimi, C. de fideicommissis, l. cum auus, ff. de cond. & demonst. l. 6. §. cum autem, C. de Instit. & substit. Cum ergo constat euidenter eum donare voluisse, etiamsi liberos suscepturus esset, cessat illa pietatis coniectura. Constat autem vbi is, qui donat, beneficio legis renunciat. Hæc enim est donantis sententia, vt non velit bona donata ad se reuerti, etiamsi liberos postea susceperit. B

Itaque ex his concludo affirmantem sententiam iuri nostro magis consentaneam videri, cui sententiæ adstipulantem habeo nouissimè doctissimum virum Iacobũ Cuiacium lib. 10. Obseruat. cap. 5. & Rotæ Romanę decisionem præclaram, in 1. parte decisionum nouissimè editarum, decis. 124.

CAPVT LXXXV.

Vtrum d. l. si vnquam, C. de reuocan. donatio. locum habeat extra illam speciem patroni donantis liberto.

VEra legis hæc sunt: *Si vnquam libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquã facultatum, fuerit donatione largitus, & postea susceperit liberos: totum, quicquid largitus fuerat, reuertatur, in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.* C

Hoc in loco controuertitur, an si alius præter patronũ libertis donantem, bona sua extraneis donauerit, & postea liberos susceperit, idem sit respondendum. Controuersiam latissimè tractat Tiraquel. in commentariis d. l. in verbo, Libertis, & Ripa, in q. 1. Isti autores citãt tũ affirmantis tum negantis sententiæ, vt minimè opus sit a me referri.

Ego sanè eorum sniam magis probo, qui legem extẽdunt ad alias personas, quam in ea lege sint expressæ, quã quidem sententiam probat etiam Cuiacius, lib. 10. Obseruation. ca. 5. eo l. argumento, quod & in aliis personis & casibus ratio legis valet, quæ posita est in coniectura pietatis, quia s. verisimile est, eum extraneo donaturum nõ fuisse, si de liberis cogitasset, l. cum auus, ff. de condit. & demonstr. l. generaliter, §. cum autem, C. de institut. & substitut.

D Nec contrariæ sententiæ mouent argumenta, Inde enim petuntur, quod verba legis de patrono loquantur, non de aliis, ac proinde in aliis obtinere debeant aliæ leges, quibus sancitum est, donationes reuocari non posse, cum perfectæ sunt. Præsertim quia videtur in liberto aliqua specialis ratio suadere, vt bona donata non obtineat, si patrono donanti liberi nascantur, propter summum libertatis collatæ beneficium, quo patrono & eius liberis, libertus est obstrictus, & quia facilius reuocatur donatio liberto facta, vt in l. 1. C. eod. nt.

Respondeo, rationem legis inspiciendam, non verba. Neque enim possunt omnes articuli legibus nostris comprehendi, l. non possunt, ff. de legibus. Ratio autem legis locum habet in omnibus casibus & personis. Nec illa ratio beneficii collatæ libertatis liberto, quicquam valet, quia non ea nititur legis decisio, sed coniectura paternæ pietatis, ne suam videatur sobolem alienæ prætulisse, & quia verisimile non est eum, si de liberis cogitasset, donaturum fuisse.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum l. si vnquam, C. de reuocan. donat. locum habeat, vbi Ecclesiæ donatio facta est.

DIsputat fusè Tiraquellus in Commentariis d. l. si vnquam, in verbo, Libertis. nu. 79. atque ibidem Ripa, q. 49. an illa lex procedat etiam si donatio facta sit Ecclesiæ, vt scilicet reuocetur natiuitate liberorum. Autores affirmantis & negantis sniæ commemorãt, & argumenta.

Decidit hanc controuersiam text. in c. vlti. 17. q. 4. vbi Canon ex D. Augustino (si locus eius est, neque enim inter Augustini opera reperitur) ita dicit. *Quam laudabile factum S. Aurelii Carthaginensis Episcopi. Quidam enim cum filios non haberet, nec speraret, res suas omnes (retento sibi vsufructu) donauit Ecclesiæ: nati sunt ei filii, nec opinanti reddidit Episcopus ea, quæ donauerat? In potestate habebat Episcopus non reddere: sed iure fori, non iure poli.*

Sententia Canonis est, si iuris rigorem spectes, non reuocatur donatio Ecclesiæ facta. Primo quia Constantini Imperat. lex, non ligat Ecclesiam.

Secundò, quia Ecclesiæ qui donat, videtur pro salute animæ donare, Deo enim donat, salus autem animæ filiis præferenda est. Sed quoniam Ecclesia cultrix est iustitiæ & æquitatis, ratione quadam naturali ac diuina edocta, non debet cum aliena iactura locupletari: non tam ergo donationem factam ponderat, quam donantis mẽtem, qui cum filios non haberet, nec speraret, donauit, nati verò postmodum ei sunt filii nec opinanti, Cur igitur ea bona filiis auferat, quæ forsan parens auferre noluisset, si eos habuisset, vel se habiturum sperasset? Valeat rigor omnis, præualeat ratio, æquitas, commiseratio.

CAPVT LXXXVII.

An d. l. si vnquam, C. de reuoc. donat. locum habeat, cum donans tempore donationis liberos habebat, si deinde alios suscepit.

COntrouertitur quoque an si quis liberos habuerit, puta vnicum filium, vel filiã, & bona sua, vel partem eorum extraneo donauerit, deinde alios susceperit filios, an reuocetur donatio. Et multi responderunt reuocari; Multi secus docuerunt. Aliqui distinctionem adhibẽdam censuerunt, vtrum filii iam nati odiosi essent, vel chari. Vide Tiraquellum in Commentariis d. l. si unquã, in uerbo, Filios non habens. Ripam, q. 6. Iacobum Cuiacium, lib. 20. Obserua. cap. 5.

Qui affirmant, ea utuntur coniectura, quod sit eadem ratio hoc in casu, quæ est, vbi donans nullos habuit filios donationis tempore. Nam donatio tunc eam ob causam reuocatur, quod non speraret se liberos habiturum, nec verisimile foret, eum donaturum, si se habiturum sperasset. Hæc ratio locum habet, etiam quando unicum habet filium, uel filiam. Nam extraneis non donaret, si se alios habiturum speraret.

Cæterum, qui negant, eo nituntur argumento, quod uerisimile sit donantem hoc casu de liberis cogitasse, & eis tamen uoluisse extraneum præferre: Si enim plus, quàm natum filium, dilexit donatarium, uerisimile etiã est eum præ nascituris dilexisse.

Sed & distinctiones suis nituntur rationibus.

Verum in re clara, & legibus nostris planè decisa, tot coniecturis minimè opus esse existimo. Audiamus legẽ de hac specie ipsa; Pater filios habet natos, donat ipsis filiis (eadem est ratio si extraneis donauerit) Postea nascũtur aliquid iuris? An non tota reuocatur donatio, an uerò usque ad legitimam tantum portionem? Diocletianus & Maximianus in l. 5. C. de inof. donat. *Si totas facultates tuas per donationes vacuas fecisti, quas in emãcipatos filios*

filius contulisti; id, quod ad submouendam inofficiosi testamenti querelam, non ingratis liberis relinqui necesse est; ex factis donationibus detractum, vt filii vel nepotes postea ex quocumque legitimo matrimonio nati, debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum reuertetur. A

Igitur cùm quis donat nullos habens liberos, si postea naſcantur liberi, reuocatur donatio, ex coniectura pietatis, quia ſcilicet veriſimile non eſt, eum donaturum fuiſſe, ſi de liberis cogitaſſet: Hæc eſt deciſio l. ſi vnquam, Si verò liberos habens, donauerit, reuocatur donatio non in totũ, ſed pro legitima portione, non ex coniectura pietatis, ſed ex eo, quòd inofficioſa ſit donatio, & contra officium pietatis paternæ. Hæc eſt deciſio d. l. 5. C. de inoff. donat. atque adeò propoſitæ huius controuerſiæ.

CAPVT LXXXVIII.

Vtrum d. l. ſi vnquam, C. de reuocan. donat. locum ſibi vendicet in re donata particulari, vel in parte bonorum modici momenti donata. B

Cùm lex dicat, *Omnia bona, vel partem aliquã*, oritur controuerſia an de qualibet minima parte id accipiendum ſit, & de re etiam aliqua ſingulari donata. Tractant hãc quæſtionem Tiraquell. in Comment. d. l. ſi vnquam, in verbo, Omnia, vel partem aliquam, & Ripa, q. 7. & 8.

Qui accipienda eſſe illa verba negant de qualibet parte, & de re particulari eo vtuntur argumento, quòd appellatione partis, dimidia intelligatur, l. nomen filiarum, §. portionis, ff. de verb. ſig. & quòd ſi de qualibet parte, vel minima re Imper. loqui voluiſſet, non dixiſſet *bona omnia vel partem aliquam*, ſed ſimpliciter ac vno verbo dixiſſet, aliquam rem.

Qui autem contrariæ ſententiæ ſunt autores, perpendunt illud verbum, *aliquam*, quod vel in minima parte verificari poteſt, ex ſententia Gloſ. in Clem. 1. verſ. Et earum parte, de foro compet. & præterea textum in l. generaliter, §. cùm autem, C. de inſtit. & ſubſtit. ad finem.

Ego ſanè eorum ſententiã magis probo, qui hanc quæſtionem arbitrio Iudicis definiendam putant, vt ſcilicet omnibus circumſtantijs perpenſis, is exiſtimet, an veriſimile ſit donaturum fuiſſe rem, vel partem donatam, ſi de liberis cogitaſſet; Cui ſententiæ etiam adſtipulatur D. Menochius de arbitr. iud. Caſu 133.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum l. ſi vnquam, C. de reuoc. donat. locum habeat in donatione remuneratoria.

Communis eſt ſententia Doctorum, ſi remunerandi gratia donatum ſit, vel ob aliam cauſam, quæ commodum reſpiciat donatoris, non eſſe locum conſtitutioni l. ſi vnquam, C. de reuo. dona. Vide Tiraquell. in Comment. d. l. in verbo, Donatione largitus, in principio, & Ripam ibid. q. 13. & 14.

Fundamentum verò eſt, quòd hæc non ſit propriè donatio ex liberalitate procedens, iuxta l. 1. ff. de donat. Sed potius mercedis præſtatio, iuxta l. Attilius, ff. eod. tit. & genus quoddam permutationis, iuxta l. ſed etſi lege, §. conſuluit, ff. de Petitio. hæred. Ideò & irreuocabilis eſſe dicitur, l. ſi pater, §. 1. ff. eod. tit.

Cæterùm Cuiac. lib. 20. Obſeruat. c. 5. contrarium docet poſt Nicolaum Vallam, de reb. dub. cap. 2. aitque ſe ab hac lege non excipere donationem remunerandi gratia factam, quod & Nicol. Val. probare videtur.

Nullum argumentum vidi, quo iſti moueantur, ſed tamen eorum ſententiam veriſſimam eſſe puto, quia plerumque donationes iis eos conferuntur, qui beneficia contulerunt, vt ſi hanc eximas ab ea Conſtitutione donationem, quam certè Imper. non ademit, multum ſanè illi detrahas.

Deinde quia donatio dicitur & illa, quæ remunerandi cauſa ſit. Nam donari dicitur, quod nullo iure cogente datur, l. donari, ff. de reg. iur. & de donatio. Nullo verò iure cogente datur id eo, qui remunerandi gratia donat, licet enim ad antidora eſſet obligatus naturali quadam ratione, cogi tamen inre non poterat, ideò videtur aliquam exercere liberalitatem, ſicuti optimè declarat Decius, in d. l. donari, de reg. iur.

Tertiò, quoniam ratio legis locum habet, etiam in ea donatione, quæ remunerandi cauſa ſit, etſi enim benefacientibus benefacere teneamur, & hominem ab homine beneficio affici, plurimum interſit, maximumque ſit ingratitudinis peccatum, tamen ea res modum habet, occaſionem expectat, nec ſtatim exigit, vt benemerenti omnia bona donentur, vel magna pars eorum, quare neque etiam veriſimile eſt, donaturum fuiſſe, qui beneficium accepit, omnia bona, vel maiorem partem, ſi de liberis cogitaſſet, quoniam non hæc paterna pietas & amor ſuadent.

Quòd ſi modici momenti donata res proponatur, & omninò id, quod veriſimiliter donatum fuiſſet, etſi liberos donans habuiſſet, vel de eis cogitaſſet, tunc ſententiam communem amplectendam putarem.

Alioqui eius me parum mouerent argumenta; Quod enim dicitur hanc non eſſe verè ac propriè donationem, nihil obſtat. Nam ſatis eſt donationem eſſe aliquo modo, verba mentemque legis eidem conuenire.

Quòd verò dicitur irreuocabilem eſſe, ex l. ſi pater, §. 1. tranſeat. Eſt enim æquum, vt qui liberatus fuit ab hoſtibus, & ob eam cauſam aliquid donauit, illam donationẽ non reuocet. Nam etſi liberos habuiſſet, donaſſet, ac ſimiliter etſi de liberis cogitaſſet.

Alia eſt ratio eius, qui beneficio aliquo affectus, omnia ſua bona, vel eorum partem, liberos non habens, donauerit, quæ ſanè veriſimiliter non erat donaturus, ſi de liberis cogitaſſet.

C Atque ita perpendo in propoſita ſpecie non ipſorum meritorum, ob quæ donatur, æſtimationem, ſed donantis mentem, & id quod veriſimile eſt. Nam etſi quis maximum beneficium acceperit, quod nec omnia bona ſua donando æquaret, non tamen eum puto ſua omnia bona, vel maiorem partem donaturum, ſi liberos habeat, vel de liberis cogitauerit, quia hæc à nobis non requirunt antidoralis obligationis & gratitudinis leges, Dura enim nimis, ne dicam iniuſta præciperent.

CAPVT XC.

Vtrum l. ſi vnquam, C. de reuocan. donat. locum habeat, ſi nati ſint liberi, & ante parentem vita functi.

D Donationem factam reuocari ſuſceptis poſteà liberis, ait lex. Sed quid ſi liberi poſteà ſuſcepti viuo adhuc parente donatore moriantur, vtrum donatio conualeſcat?

Non eſt eadem omnium ſententia, Vide Ripam in commentarijs d. l. ſi vnquam, quæſt. 38. & Tiraquellum in verbo, Suſceperit, nu. 161.

Affirmantium hoc in caſu donationem conualeſcere, duo ſunt potiſſimùm argumenta. Vnum, quòd ſi moriantur filij, ſit perinde, ac ſi nati non eſſent, argumento ſumpto ex l. Poſtumus præteritus, ff. de iniuſto rup. & irr. teſtam. *Poſtumus præteritus viuo teſtatore natus deceſſit, licet iuris ſcrupuloſitate, nimiaque ſubtilitate teſtamentum ruptum videatur, attamen ſi ſignatum fuerit teſtamentum, bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas accipere hæres ſcriptus poteſt.* Hactenus ibi Iuriſconſultus.

Alterum eſt argumentum, quòd cùm nati filij moriuntur ante donatorem, ceſſare omnis ratio videatur, ob quã aliàs donatio reuocatur, illa nempe, quòd nequaquam ſit veriſimile donaturũ fuiſſe, ſi de liberis cogitaſſet. Etenim ſi cogitaſſet liberos ſtatim ante ſe morituros, à donando veriſimiliter non abſtinuiſſet.

A Negantis autem ſententiæ illud eſt primum argumentum, quod illa donatio vt ualeat, videtur habere quandam tacitam conditionem, ſi liberos donans non ſuſceperit, vt patet, Atqui hæc conditio, natis liberis confeſtim deficit, licet filii poſtea moriantur, l. filiusfamilias, §. cũ quis, de leg. 1. l. hæredibus, ff. ad Treb.

Alterum eſt argumentum, quod res ſemel extincta, amplius non reuiuiſcat, l. qui res, §. aream, ff. de ſolutio. ſed natis liberis extincta eſt donatio, quia dicit tex. *Si poſtea ſuſceperit liberos, totum, quicquid largitus fuerat, reuertatur, in ipſius donatoris arbitrio, ac ditione manſurum.*

Cæterùm, ut hanc poſteriorem ſententiam amplectar inclinat animus. Nam ſi natis liberis donatio effectum non habet, & res donatæ ad ipſum donantem reuertuntur, iam ſunt ipſius donatoris propriæ effectæ; ergo requiritur noua donatio, ut ad donatarium rurſus deueniant, neque enim in ſuſpenſo eſſe poteſt rei donatæ dominiũ, atque adeo ipſa donatio, pendereq; a uita, vel morte liberorum ſuſceptorum poteſt.

B Lex dicit bona reuerti ad ipſum donatorem liberis ſuſceptis, is ergo mortuis liberis, liberam rurſus donandi poteſtatem habet, nobis verò nõ eſt liberum, ſubtili quadam interpretatione, donationes nouas inducere.

Argumenta non obſtant, quia illud facit æquitas Prętoria contra iuris rationem, vt teſtamentum ſuſtineatur, l. 2. & 3. C. de poſtumis hæredib. inſtit. quæ quidem Prætoris æquitas hic non militat, neque enim illam nobis ſuppeditãt aliquæ leges, aut rei ſimilitudo, affinitaſq.

Alterum autem argumentum valet ad perſuadendũ, ut mortuis liberis iterum donaturum credamus parentem, non ut ei liberam ſuarum rerum poteſtatem auferamus: is ſcilicet iam dominus effectus pœnitere poteſt, & vel aliis bona donare, uel in pauperes erogare, uel ab inteſtato uenientibus relinquere.

CAPVT XCI.

C *Ad materiam & interpretationem l. vlt. C. de nouation, vtrum in caſibus, in quibus olim fiebat ipſo iure nouatio, nunc ope exceptionis fiat.*

ETſi diſertè Iuſtinianus ſtatuit, nouationem non fieri, niſi exprimatur, & id agatur, ut fiat nouatio, l. ult, C. de nouatio. tamen Glo. in expoſitione illius legis, & in l. 2. ff. eo. ti. & alibi ope exceptionis induci exiſtimauit, ita uidelicet, ut non amplius ipſo iure ex mutatione perſonæ, & ex aliis cauſis, ſicut olim, inducatur, atque idipſum Imperator conſtituerit in d. l. ult. Veruntamen exceptionis ope fiat & inducatur.

Accurſium ſecuti ſunt multi, quos commemorant Gabriel. commu. concl. ti. de nouationib. concl. 1. nu. 53. Maſcardus de probationib. uol. 2. concl. 1111. nu. 6. & D. Menoch. de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 134. nu. 46.

D Fundamentum uerò eſt in l. penult. ff. de prætoriis ſtipul. Vlp. *Si Præſes, qui ante in triennium cauere iuſſerat, poſtea in longum tempus cauere præceperit, quia à prima ſtipulatione prorſus diſcedi voluerit, exceptionem primæ ſtipulationis obligatis peperiſſe videtur.*

Verum iſtis nil morantibus, contraria ſentẽtia uerior eſt, quam amplexi fuere alii quàplurimi à Gabrielio, Maſcardo & D. Menochio citati, locis proximè allatis, quibus addo Andræam Geyll, lib. 2. Obſeru. 30.

Probatur euidenter ex uerbis ipſius legis ultimæ, C. de nouatio. Sic enim ait Iuſtinianus: *Nouationum nocentia corrigentes volumina, & veteris iuris ambiguitates reſecantes, ſancimus, ſi quis vel aliam perſonam adhibuerit, vel mutauerit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendã, vel minuendam eſſe crediderit, vel conditionem, ſeu tempus addiderit, uel detraxerit, vel cautionẽ minorem.* (Cuiacius legit iuniorem lib. 19. Obſeruat. c. 36.) *acceperit, uel aliquid fecerit, ex quo ueteris iuris conditores introducebant nouationes, nihil penitus prioris cautelæ innouari, ſed anteriora ſtare, & poſteriora incrementum illis accedere, niſi ipſi ſpecialiter remiſerint quidem priorem obligationem, & hoc expreſſerint, quod ſecundam magis pro anterioribus elegerint, &c.*

Quis iã dicere audeat ope exceptionis nouationem induci? Si recipiatur illa expoſitio, quis affirmare audeat, nocentia nouationum volumina eſſe correcta, & difficultates ſublatas? Effectu enim nouatio, vt olim, induceretur, aduerſus edictum Iuſtiniani, quia nihil intereſt ipſo iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, l. nihil intereſt, de reg. iur.

Illud autem argumentum ex l. pen. ff. de prætorijs ſtipulat. infirmius eſt, quàm vt confutatione indigeat. Nam ex iure veteri deſumitur, quod iam ſublatum eſt. Et ſecũda ſtipulatio non poterat in ea ſpecie cõſiſtere ſimul cum prima, cum maiorem dilationem concederet, quàm prima, vt declarat ibid. Caſtrenſ. nu. 1.

CAPVT XCII.

B *Vtrum ex coniecturis nouatio inducatur.*

COntrouertitur etiam inter Doctores: vtrum ex probabilibus argumentis & coniecturis nouatio inducatur, licet partes contrahentes non expreſſerint, vt uidere eſt ex Gabr. commun. concl. ti. de nouat. concl. 1. nu. 57. & 58. Maſcardo de probationib. vol. 2. cõcl. 1111. nu. 19. & D. Menoch. de præſumpt. lib. 3. c. 134. nu. 34.

Et negantium fundamentum eſt in illis uerbis d. l. ult. C. de nouatio. *Nihil penitus prioris cautelæ innouari, ſed anteriora ſtare, & poſteriora incrementum illis accedere, niſi ipſi ſpecialiter remiſerint quidem priorem obligationẽ, & hoc expreſſerint, quod ſecundam magis pro anterioribus elegerint, &c.* Et paulo poſt. *Etſi non uerbis exprimatur, ut ſine nouatione cauſa procedat.*

C Quibus tamen nil morantibus, contrariam ſententiã communiorem & veriorem eſſe iudico, eam ſecuti ſunt quamplurimi à Gabrielio, Maſcardo & Menochio citati locis annotatis, & præterea Andr. Geyll, qui teſtatur in camera Imperiali ita ſeruari, lib. 2. obſeru. 30. & Rota Romana nouiſſimè deciſ. 162. in prima nouiſſimarum deciſionum.

Fundamentum eſt ſolidum, quia licet hoc uelit Iuſtinianus in d. l. ult. ut nouatio non inducatur, niſi expreſsè dixerint contrahentes ſe nouare, tamen ſubdit textus: *Et generaliter definimus, uoluntate ſolùm eſſe, & non lege nouandam;* Voluntas autem ex certis & probabilibus cõiecturis elicitur, ut ſi dicam, loco decem aureorũ, quos mihi debes, promittis uiginti? Certè poſterius hoc pactũ priori derogat, aliàs repugnantia induceretur, quis ergo dixerit nouationem hac in ſpecie non induci, licet id non fuerit expreſſum? Si centum mihi debeat ex cauſa depoſiti, & conueniat, ut ex cauſa mutui promittat, quis D non dixerit eſſe nouationem? Fierine poteſt, ut ſimul debeas ex depoſito & mutuo? Planè ſi tales ſpecies proponantur, in quibus planè uoluntatis coniectura nouatio inducatur, non dubitauerim affirmare eam induci.

His reſponſum patet ad priora uerba l. ult. Quid enim refert uerbis ipſa uoluntas declaretur, an uerò re ipſa & factis? l. de quib. ff. de legib. l. Paul. ff. rem ratam haberi.

CAPVT XCIII.

Vtrum principalis ſtipulatio nouetur ex ſubſequente ſtipulatione pœnali.

PErtinet ad interpretationem eiuſdẽ l. ult. C. de nouatio. illa controuerſia, an in caſibus, in quibus olim ex pœnali ſtipulatione nouatio fiebat, ut in l. obligationum, 43. in fine, ff. de actio. & obligat. in l. ita ſtipulatus, 15. ff. de uerb. oblig. & alibi, etiam hodie fiat,

Et

Et aſſerunt multi, multi negant. Vide Gabriel.Commu.concl.tit.de Nouationibus Concl. 1.nu.67.

Aſſerentes, ita legem Iuſtinianí interpretantur, vt accipienda ſit de ſtipulatione rei principalis, nulla enim ſit mentio pœnalis ſtipulationis, Itaque ſententia legis erit, principalem ipſam obligationem, niſi expreſsè id agatur, nequaquam nouari.

Sed repugnant, niſi fallor, verba illa generalia l.vlt.C. de Nouatio *Vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant nouationes*, &c. Ex pœnali autem ſtipulatione in certis caſibus nouationes introducebant veteris iuris conditores, vt patet ex legibus citatis, Igitur & illas leges Imperator correxit, atque omninò ſtatuit, vt non inducatur nouatio, niſi expreſsè id agatur.

Quare negantium ſententiæ me lubens ſocium adſcripſerim.

CAPVT XCIV.

Vtrum is, qui ceſſit creditori ſuo actiones aduerſus debitorem, poſsit ipſum debitorem ceſſum liberare, ſi debitor ipſe ceſsionem factam non ignoret, non tamen aliquod ex tribus interuenerit, de quib. in l. 3. C. de nouat.



IMperator Gordianus in l.3.C.de Nouatio. ita ſcribit. *Si delegatio non eſt interpoſita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanſerunt, quamuis creditori tuo aduerſus eum, ſolutionis cauſa mandaueris actiones, tamen antequam lis conteſtetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denũciauerit, exigere à debitore tuo debitam quantitatem non vetaris*, &c.

Animaduerti controuerſiam inter Conſilium Neapolitanum apud Afflictum deciſ.335. & Senatum Pedemontanum apud Oſaſcum deciſ.44. Afflictus enim refert deciſionem, qua concluſum & definitum eſt cedentem actiones contra debitorem ſuum, poſſe cum ipſo debitore tranſigere, & eum etiam alij cedere, licet ipſe debitor ceſſus non ignoret ceſſionem factam, ſi vnum ex tribus non interuenerit, de quibus in lege ſupra recitata.

Et fundamentum eſt in illis verbis legis. *Tamen antequam lis conteſtetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciauerit, exigere à debitore tuo debitam quantitatem non vetaris*.

Sed contrarium decidit Senatus Pedemontanus, cuius fundamentum eſt in l.vlt.ff.de Tranſact. *Venditor hereditatis* (inquit Papinianus) *emptori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam eſſe hereditatem, tranſegit; Si emptor heredi tatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio tranſacti negocii debitori propter ignorantiam ſuam accommodanda eſt*, &c.

Hic ignorantia facit, vt exceptio detur, ergò ſcientia contrarium efficiet.

D Et ſanè hæc ſententia longè æquior & probabilior eſt. Iuuatur enim Regula illa iuris notiſſima, Eum, qui certus eſt, vlterius certiorari non oportet, c.eum qui certus, de reg.iur.lib.6.l.1.ff.de act.empt. Si ergò debitor ceſſus non ignoret ceſſionem factam, in mala fide verſatur, ſi vel concedente tranſigat, vel ei ſoluat, aut alij ceſſionario.

Certum eſt, ſi fuiſſet ei denunciata ceſſio, non potuiſſe tranſigere, nec ſoluere, vt in text. Eſt igitur perinde iudicandum, cùm ipſe iam ſcit ceſſionem factam, quia certus non eſt certiorandus.

CAPVT XCV.

Vtrum iuramentum conſtituat debitorem in mora abſque interpellatione.



IVramentũ in mora cõſtituere debitorem abſq; interpellatione, autores ſunt Imola, Io.Andr. Abbas, & Butr.in c.breui, de iurei. Speculat.ti. de Aduocatis, §.1.verſ.ſed nunquid is, qui iurauit, & alij à Gabrielo citati Commun.conclu.tit.de Iu-

A reiur.Concl.2. Adde Seraphinum Senenſem de Priuil. iuramenti, Priuileg.37.

Fundamentum eſt in ipſo iuramenti vinculo, quod ſanè ita iurantem obligare videtur, vt illud ſeruet, & creditori ſuo omninò ſatisfaciat, cùm primum nouerit illum indigere ſua pecunia.

Contrariũ docuerunt Alex.in l.quod te, col 4.ff.ſi cer. pet.& ibid. Bolog nu.61. Aret.in l.ſi ſeruus communis, in fine, ff.de vulg. Soc.ſen.in l.2.§.vlt.nu.21.ff.ſol matr. Bauerius in tract. de Mora, in 2.parte, vertic. Duodecimò fallit, num.21.

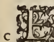
Fundamentum eſt: quia nullo Iure Ciuili vel Canonico id cautum reperitur, & iuramentum ſolet alioqui eam interpretationem ſuſcipere, quam principalis actus, ſuper quo interponitur.l.vlt.C.de non numerata pec. Quamobrem, cùm legibus ita ſit conſtitutum, vt mora committatur, ſi debitor fuerit ad ſoluendum interpellatus, l.mora,

B ff.de vſuris, ſequitur idem eſſe ſtatuendum, licet obligatio ni iuramentum acceſſerit.

Et hanc ſententiam ſequor. Ad argumentum reſpondeo; eum, qui iurauit, peccare, ſi non ſeruet iuramentum, arctiorique vinculo teneri, quàm ſi ſimpliciter promiſerit; ſed non infertur eum ita teneri, vt contra Iuris Regulas morã incurrere dicatur, licet interpellatus non fuerit.

CAPVT XCVI.

Si ex lege Municipali inſtrumenta contra debitores executionem habeant, quid aduerſus eum debitorem ſtatuendum ſit, qui factũ promiſit, nec illud præſtat, vtrum pro eo, quod creditoris intereſt, executioni ſit locus.



EXecutionem eſſe concedendam reſpondit Ludouicus Romanus ad l.certi condict.ff.ſi cert.pet.refert & ſequitur Alciatus, ibid.n 11.

C Fundamentum eſt: quia ſicut executio datur pro eo, quod in inſtrumento expreſſum eſt, ita etiam concedenda videtur pro eo, quod intereſt, quia iuris interpretatione videtur eſſe comprehẽſum in inſtrumento, Cùm enim factum non præſtatur, oritur obligatio ad id, quod actoris intereſt.

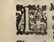
Sed contraria ſententia communior eſt & verior, quã amplexi fuere Antonius Butrius, & Imolenſ.in c.tranſlato, de Conſtit.& Decius, in d.l.certi condictio, nu.9. Ratio eſt: quia obligatio ad id, quod intereſt, in inſtrumento non continetur, lex verò municipalis executionem concedit ijs, quæ in inſtrumento continentur.

Nec obſtat id, quod dicitur ex iuris interpretatione oriri ad id, quod intereſt, obligationem, quia concedi poteſt, ſed non inde ſequitur, ipſam obligationem ad id, quod intereſt, iuris interpretatione videri comprehenſam in inſtrumento.

Igitur quod in inſtrumento comprehenſum eſt, executionem habebit ex lege Municipali. Quod verò extra inſtrumentum eſt, oriens ex legum ipſarum præceptionib. ſecundùm legum tenorem & formam adimplebitur.

CAPVT XCVII.

Vtrum Emphyteuta donare poſsit ius ſuum Emphyteuticum conſenſu domini non requiſito.



EMphyteutam conſenſu domini non requiſito donare poſſe ius Emphyteuticum quod habet, autores ſunt multi ex antiquis Doctorib. quos Iaſon citat, in l.3.nu.54.C.de iure Emphyteut. Clarus, in §.Emphyteuſis, quæſt.15. Aurelius Corbulus, de iure Emphyteutico, c.14.limitatione 13.

Fundamentum eſt: quia cur domini conſenſus requiratur Emphyteuta alienare volente, illa eſt ratio, quòd dominus ipſe ius Emphyteutæ poteſt emere eo precio, quod ab alio offertur; Hæc ratio ceſſat Emphyteuta donare volente ius Emphyteuticum, vt patet.

Contrarium reſpõderunt Bartolus, & alij multi, quos A Iaſon, Clarus, & Corbulus commemorant, quibus & ipſe aſſentior, autoritate textus, in l.3.C.de iure Emphyt. in illis verbis: *Minimè licere Emphyteutæ ſine conſenſu domini meliorationes ſuas alijs vendere, vel ius Emphyteuticum transferre.*

Illud verbum, (*transferre*,) includit ẽt donationẽ, quia per eam ius Emphyteuticum transfertur in donatarium.

Et licet in venditione ita ſit conſtitutum, vt atteſtatio domino transmittatur, & prædicatur ei, quantum preciũ ab alio offeratur, etſi quidem dominus hoc dare maluerit, & tantam præſtare quantitatem, quantam ipſe re vera Emphyteuta ab alio recipere poteſt, ipſe dominus emere poſſit, alioquin duorum menſium ſpatio elapſo, ſi noluerit emere, liceat Emphyteutæ vendere, vt latè habetur in d.l.3. Tamen non hinc inferri poteſt, conſenſum domini requirẽdum non eſſe, ſi Emphyteuta velit ius Emphyteuticum donando transferre. Si enim vendatur ius Em- B phyteuticum, lex concedit domino emere volenti prælationem, ſi verò aliter in alium transferatur, conſenſus domini requiritur, ob alias cauſas, vt ſcilicet intelligat, quis nouus ſit Emphyteuta, & antequam ei poſſeſſionem concedat, & eum inueſtiat, de re Emphyteutica prouidere poſſit, vt non ſolùm laudemium, ſeu quinquageſima præſtetur, ſed etiam annuus ipſe canon Emphyteuticus. Si hæc non fuerint ſeruata, nulla eſt lex, nulla ratio, quæ dominum compellat ad nouum Emphyteutam ſuſcipiendum ac inueſtiendum. Sic enim ait textus in d.l.3. *Neceſſitatem habere dominos, ſi alia melioratio ſecundùm præfatum modum vendita ſit, accipere Emphyteutam*, Ergò ſi nõ ſecundum præfatum modum Emphyteuta ius ſuum in alium transferat, dominus non tenetur ſuſcipere nouum Emphyteutam, Modus verò eſt, vt domini conſenſus requiratur, vt in principio legis habetur.

CAPVT XCVIII.

Vtrum bona Emphyteutica veniant in generali bonorum obligatione.

Bona emphyteutica in generali bonorũ obligatione nequaquam comprehendi, autores ſunt Alexander in conſ.41.lib.1. Auguſtinus Berous, in conſ.127.nu.12.lib.1.& alij à Gabrielio citati Commun.concl.tit.de verbor. ſig. Concl.12.num.20.

Quorum fundamentum præcipuum animaduerti poſitum eſſe in c.1.§.in generali, tit. ſi de feudo defuncti fuerit contentio inter dominum & agnatos. Sed cùm textus ille non loquatur de obligatione, verùm de alienatione, ſic enim ait: *In generali alienatione vaſalli, non continetur feudum, niſi nominatim dictum ſit*, non video, illud ſatis firmitatis habere.

Quare in contrariam ſententiam faciliùs deſcendo, D quam ſecuti ſunt Bart.in l.ſi conſtante, nu 73.ff.ſol.matr. Ripa, in l.1.nu.10.ff.Pignor. Neguzan.de Pignorib.in 2. membro, 2.partis, nu.28. alios citat Gabrielius loco ſuprà annotato, nu.17. Andr. Geyll.lib.2.Obſeru.25.nu.6.

Et fundamentum eſt ſolidius: quia ius Emphyteuticum obligari poteſt, nemo id negat, nulla lex prohibet, neque enim obligatione in alium transfertur, ſed remanet penes ipſum Emphyteutam, imò lex permittit, argum.l. tutor, §.vlt. ff de pig.act. l.lex vectigali, ff eodem, Ergò in obligatione generali continetur, quia illa comprehendit omnia, ijs exceptis, quę quis veriſimiliter non eſſet in ſpecie obligaturus, l.obligatione generali, ff.de pignorib. vt puta ſupellex, veſtis, item alia, de quibus ibi.

CAPVT XCIX.

Vtrum mulier in dote præferatur omnibus creditoribus expreſſam & anteriorem hypothecam habentibus.

Vlgaris cõtrouerſia eſt ab omnibus tractata Interpretibus, qui Commentaria ſcripſerũt in l.1.ff.ſolu.matr. Neguzan. de Pignor.4. membro, 2.partis, nu.100. Andr. Geyll, lib.2. Obſeru.25.num.10, & Mynſinger. Cent.4. Obſeru.13. & alij multi, quos conſultò prætereo.

Omnis verò difficultas poſita eſt in §. Aſſiduis, C. qui potiores in pignoribus habeantur. Nam qui negant mulierem præferri creditoribus anterioribus expreſſam hypothecam habentibus, illis nituntur verbis d.l. Aſſiduis: *Sancimus ex ſtipulatu actionem, quam mulieribus tam pro dote reſtituenda dedimus, quique etiam tacitam donauimus ineſſe hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores*, &c. Videtur enim Iuſtinianus loqui de muliere ex ſtipulatu agente, & tacitam hypothecã habente legalẽ, ſcilicet ab ipſo introductam. Talis hypotheca mulieris tacita pſertur anteriori hypothecæ tacitæ, ſimiliter & legali.

Nec à ratione id alienum eſt. Licet enim prior tempore, iure potior eſſe debeat, ſecundum Iuris Regulas, tamen lex hypothecã introducens, tàm pro muliere, quàm pro alijs quibuſdam creditoribus, ita eam moderari potuit, vt priuilegium prælationis doti concederet; eas ob cauſas, quæ explicantur in ea.

Cæterùm, non æquè iuſtum fuerit, expreſſam ex ſtipulatione creditoribus quæſitam hypothecam, non ipſius legis auxilio & tempore priorem, dotis hypothecæ poſteriori poſtponere. Cætera, quæ adſeruntur argu. leuiora ſunt.

Veruntamen, ſi contextum ipſius legis inſpiciamus, ſi verba perpendamus clara, generalia; aperta, ſi rationem C legis ſpectemus, facilè in contrariam ſententiam deſcendemus. *Aſſiduis aditionibus mulierum inquietati ſumus* (ait Imperator) *per quas ſuas dotes deperditas eſſe lugebant, & ab anterioribus creditoribus ſubſtantias maritorum detentas. Nos itaque ad antiquas leges reſpeximus, in perſonalibus actionibus rei vxoriæ actioni, (quam in præſenti ſuſtulimus) magnam prærogatiuam præſtantes, vt contra omnes pene perſonales actiones habeãt priuilegia, et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. Et hoc cùm in perſonalibus ſtatuerunt actionibus, ſi hypothecam reſpiciebant, illico iuſtitia rigorem relaxabant: & ſenioribus hypothecis nouas mulierum hypothecas, ſi habebant actiones, expellebant: nec ad fragilitatem muliebrem reſpicientes, nec quòd & corpore, & ſubſtantia, & omni vita ſua maritus fungitur: Cum penè mulieribus tota ſubſtantia in dote conſtituta ſit. Oportebat enim diſponi maritos creditoribus ſuis ex ſua ſubſtantia ſatisfacere, nõ de dote mulieris, quã ad ſuos victus, ſuaſq; alimonias mulier poſſidet, vel à ſemetipſa datam vel pro ea ab alio.*

His verbis clarè detegitur Iuſtiniani ſententia præferre volentis mulierem omnibus creditoribus hypothecam anteriorem habentibus, licet ſecus olim eſſet conſtitutum. De hypothecis generaliter mentionem facit, non de tacitis duntaxat.

Rationem adfert ex mulieris fragilitate petitam, & ex ęquitate, vt ſcilicet dotẽ habeat, ex qua ſe alere poſſit. Hæc ratio locũ habet tàm in hypothecis tacitis, q̃ ẽt expreſſis.

Pergit Imperator. *Ad hæc omnia reſpicientes, & reminiſcentes, quòd & alias duas Conſtitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus ſubuenientes, & hæc omnia in vnum colligentes, ſancimus ex ſtipulatu actionem, quam mulieribus tam pro dote reſtituenda dedimus. cuique etiam tacitam donauimus ineſſe hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris ſint temporis priuilegio vallati.*

His verbis non loquitur Imperator de tacita mulieris hypotheca, eam ſcilicet tacitis creditorũ hypothecis præferendo, ſed de actione ex ſtipulatu, quam ſtatuit præferendam oĩbus mariti creditoribus, Illa enim verba (*Cuique etiam tacitam donauimus ineſſe hypothecam*) appoſita

ta sunt ad commemorandum illud beneficium hypothecæ tacitæ, non verò ad ipsum prælationis beneficium ita restringendum, vt locum habeat in actione duntaxat ex stipulatu, quæ tacitam habent hypothecam, quasi secus, si expressam habeat, quia tunc ex stipulatu actio cũ expressa hypotheca, non esset præferenda creditoribus, quod est absurdum, & alienum prorsus à Iustiniani snia.

Sequitur in textu. *Cum enim in personalibus actionibus, secundum quod diximus, tali priuilegio vtebatur res vxoria; quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc in dulgemus beneficium*, &c. Rationem subdit: *Quis enim earum non misereatur?* &c.

Concludit tandem: *Et ideò quod antiquitas quidem da re incepit, ad effectum aut non perduxit, nos pleno legis articulo consummamus, & fine liberos habeat mulier, sine ab initio non habeat, siue progenitos amisit, hoc ei beneficium indulgemus.*

Iam patet hypothecis mulieris hoc esse concessum beneficium, vt præferantur alijs anteriorib. Non loquitur Imperator de tacitis hypothecis tantum ipsius mulieris, sed de hypothecis generaliter: Quod si de tacitis id statuit, cur non etiam de expressis idem fit iudicium? Hic brocardicæ regulæ decantantur. Non ex identitate rationis (ita enim loquimur) licet argumentari, cùm exinde leges corriguntur.

Sed quæ sunt leges, quæ hic corrigantur? Non corrigit antiquas leges, sed supplet Iustinianus. *Quod antiquitas*, inquit, *dare incepit, ad effectum autem non perduxit, nos pleno legis articulo consummamus.*

Præterea dum loquitur de hypothecis creditorum, generaliter loquitur, & sic tam de tacitis, quàm expressis.

Oportet igitur ita legem interpretari, vt velit mulierẽ tacitam hypothecam habentem, præferendam esse creditorib. habentibus tacitam anteriorem, vel ẽt expressam, sed mulierem habentem expressam non præferri habentibus tacitam anteriorem, quod si nõ bona est interpretatio, vt patet, nec vera etiam illorum sententia esse potest, qui tacitam hypothecam ab expressa distinguentes, nouam potius, & contrariam legem condere nituntur.

CAPVT C.

Vtrum creditoribus, quibus bona sunt obligata, liceat offerre dotem in pecunia vxori, hypotheca nomine res possidenti, eo casu, quo matrimonium dissolutum non est, sed vir vergit ad inopiam.

NObilis est cõtrouersia, si res sibi pro dote obligatas mulier possidere velit, & detinere, marito iam ad inopiam vergẽte, creditores autem posteriores offerant ei dotem, an teneatur pecunia accepta, bona ipsis creditoribus relinquere? Est inquam controuersia celebris, & pertractata à nostris Doctoribus, & præsertim apud Osascum decis. Pedem. 135. Andr. Geyll. lib. 2. Obser. 92.

Omnis aũt difficultas est in eo posita, quòd secũdum Iuris Regulas creditor posterior auocare potest à priore pignus, si ei pecuniam debitam offerre paratus sit, l. potior, §. vlt. ff. qui potiores in pign. hab. l. 1. C. si antiquior cred. pignus vendiderit. Et quod magis vrget, ius offerendi competit creditoribus, ẽt si de dote sol. matr. repetenda agatur, velitque ipsa vxor bona retinere sibi pro dote obligata, vt habetur in l. cũ tibi, C. qui pot. in pign. hab.

His aũt repugnare videtur textus in l. vbi adhuc, C. de iure dotium, cuius hæc sunt verba: *Vbi adhuc matrimonio constituto maritus ad inopiam sit deductus, & mulier sibi prospicere velit, resque sibi suppositas pro dote, & ante nuptias, donatione, rebusque extra dotem constitutis tenere; nõ tantum mariti res ei tenenti, & super his ad iudicium vocata, exceptionis præsidium ad expellendum ab hypotheca secundum creditorem præstamus, sed etiam si ipsa contra detentatores, &c. non obesse ei matrimonium adhuc constitutũ sancimus, sed ita eam posse res easdem vindicare, &c. vt po-*

A *tuisset, &c. Ita tamen vt eadem mulier nullam habeat licẽtiam eas res alienandi, viuente marito, & matrimonio inter eos constituto: Sed fructibus earum ad sustentationem tã sui, quàm mariti, filiorumque, si quos habet abutatur, creditoribus scilicet mariti contra eum, eiusque res, si quas postea fortè acquisierit, integra sua iura habentibus.*

Hunc textum ita perpendunt multi Doctores, vt ex eo colligant interesse plurimum mulieris, vt bona viri retineat, quibus se, & filios sustentare possit, ac etiam virũ, quare illa non tenetur creditoribus relinquere, offerenti bus dotem in quantitate. Neque verò marito ad inopiã vergente propriè locus est actioni de dote, sed in tuto potius collocatur, & ideò ius offerendi dotem creditoribus non competere, crebrior videtur esse sententia, præsertim, cum agatur de fauore dotis, cuius causa semper, & vbique præcipua est, l. 1. ff. sol. matr.

Ego verò contrariam sniam sequentib. me lubens socium adscripserim, quoniam magis mouet generalis Re-
B gula, q̃ posteriori creditori cõcedit pignoris auocationẽ.

Item, quòd & in dote idem fit receptum, vbi sol. matrimonio dos repetitur Et tamen idem propè fauor mulieris, & filiorum eo etiam in casu considerari potest, qui perpenditur in præsenti.

Sed q; caput est ipsa æquitas iustitiæque ratio me magis mouet, Nam cur liceat mulieri pro dote, exempli gratia, mille aureorum, oĩa bona mariti detinere, æstimatio nis fortè maioris? Hic agitur de præiudicio creditorũ, qui iure suo fraudantur. Vxor retinet plus debito, omnia .i. bona occupat prætextu suę dotis, quod sane iniquũ vẽ.

Neque verò ab hac snia me deterret, q; constitutum est in d. l. vbi adhuc, C. de iure dotium. Etenim, non ibi negat Imperator ius offerendi creditoribus competere. Nullam eius rei facit prorsus mentionem. At dicit, licere mulieri bona retinere ad sui vsum, & sustentationem: quidni? Nonne fieri põt, & sæpè accidit, cum ad inopiã quis vergit, & facultatib. incipit labi, vt non possideat bo
C na tanta, quę sufficiant, & mulieri, & creditorib. sed vix vni mulieri? In ea specie nullus creditorum offerret. Et hanc speciem, vt ipse opinor, proponere Iustin. voluit.

Sed fac etiam omnem aliam speciem commemorare, in qua bona sint omnibus suffectura, Negatne locum esse iuri offerendi? Certè huius rei non meminit, ac proinde alijs legibus, ac regulis id definiendum est, quæ offerendi iuri cum faueant, mihi magis sequendæ videntur, quàm opiniones, & placita aliorum.

CAPVT CI.

Possitne Vidua vsuras dotis petere ab hæredibus viri sui defuncti, moram committentibus in restituenda dote?

EXistimo viduam rectè vsuras petere dotis ab hæredibus viri sui moram committentibus in reddenda dote.

D Primum, quia in bonæ fidei iudicijs vsuræ post moram veniunt, l. mora, §. in bonæ fidei, ff. de vsuris. Actio autem de dote est bonæ fidei, l. vnica, §. sed & si, C. de rei vxor. actio.

Secundò, ex d. l. vnica, §. exactio, in illis verbis: *Sin autem superstederit res mobiles, &c. restituere etiam vsuras æstimationis omnium rerum, &c. maritus præstet.*

Eadem enim ratio est in hærede mariti soluto matrimonio morte eius, sicut cum per diuortium dissolutum est, de quo loquitur ibi Iustinianus.

Tertiò, quia dos datur, vt deseruiat oneri b. matrimonij, l. pro oneribus, C. de iure dotium, quare obligationi dotis tacita hæc conditio inesse videtur, vt ex ea tantum percipiatur emolumenti, quo matrimonij onera sustineri possint. Sicut ergò viro debentur vsuræ, si dos ei non soluatur, c. salubriter, de vsuris, ita & mulieri sol. matr. debentur, quod est argumentum grauissimi Doctoris Nauarri in Comment. ad c. si fœnerauerit, 14. q. 13. nu. 67.

Quat-

Quartò, quia sic constitutum est multis in locis Statutis Municipalibus, & consuetudine id receptum videtur, vt vsuræ dotis etiam viduis præstentur, quibus mora fit in dote ipsa reddenda.

Quintò, id maximè puto recipiendum in locis in quibus, si quis paratam pecuniam habeat, facile inuenire potest censuum uenditores, uel aliam honestam opportunitatem pecuniæ collocandæ. Videtur enim tunc usura solui ob lucrum cessans, & damnum emergens, quod omni iure permissum esse inter omnes constat.

Atque ita docuerunt Cynus, post Dynum, quem citat in d.l.vnica, §. exactio. Nauarrus, loco proximè citato, Panorm. cons. 39. lib. 2. Grammaticus, decis. 103. nu. 93. Iason, cons. 92. lib. 1. alios citat Lupus, ad l. Curabit, Comment. 1. §. 4. nu. 84. licet ipse contrariam sententiam amplectatur. In eandem sententiam inclinat Ant. Tessaurus, decis. Pedem. 42.

Contrarium docuerunt Bart. in l. atqui natura, §. non tam, ff. de negot. gestis, in l. in Insulam, §. vsuras, ff. sol. matrim. Alex. ad l. diuortio, num. 23. ff. eod. & cons. 27. lib. 4. Afflictus, decis. 284. Cagnolus, ad l. curabit, nu. 15. C. de act. empt. Crauetta, cons. 89. nu. 3. & 189. nu. 7. Couuar. lib. 2. Variat. resol. c. 1. vers. *Sexto hinc infertur.* Lupus, loco proximè citato, D. Menoch. cons. 703. nu. 15. lib. 8.

Argumenta sunt ista. Primum, quia usuræ sunt prohibitæ Iure Canonico, etiam pro redimendis captiuis, c. super eo, de vsuris. Ergò etiam prohibitæ videntur in fauorem dotis.

Secundum, quia in vidua cessat ratio, c. salubriter, de Vsuris, quia scilicet non sustinet onera matrimonij.

Tertium, quia in potestate uiduæ est dotem repetere, & exigere, Ergò usuræ non debentur, vt dicebat Papinianus, in l. 1. §. 1. ff. de vsuris, 161. *Cum in potestate sit actoris iudicatum exigere.* Et ratio est, quia si non exigat dotem, cum possit, videtur pecuniam hæredibus viri mutuare, & ex ea fructus percipere, quod vsuram continet palliatam, vt vulgò loquimur.

Respondeo ad primum, fateor usuras prohibitas esse Iure Canonico, s. lucratiuas, quas debitor soluit ex mutui stipulatione interueniente, sicut olim Iure Ciuili permissum erat, l. Lecta, ff. si cert. pet. Sed vsuræ compensatiuæ damni emergentis, & lucri cessantis, Iure Canonico probibitæ non sunt. Hæ sunt compensatiuæ, quia si vidua dotem suam habuisset, potuisset ex eius fructibus se alere: pecuniam collocando in emptionem census, vel rerum frugiferarum.

Ad 2m respondeo, eandem rationẽ militare in uidua quæ in marito. Nam & illa debet ex dote sua se sustentare, quæ ob hanc cãm ab initio data fuit marito. Immò sicut maritus potest usuras exigere dotis non solutæ, ita & hæredes eius eas pendere tenentur, si dotem solu. matr. non restituant, quia ut dicebat Nauarrus in proposito, correlatiuorum eadem est disciplina, ubi eadem ratio est in utroque, l. 1. C. de Cupressis, lib. 11.

Ad tertium respondeo, rõnem illam Papiniani reprehensam à Paulo fuisse: ut patet ex uerbis sequentib. quibus aliam rõnem ille adfert: sic enim ait text. *Paulus notat, Quid enim pertinet ad officium iudicis post condemnationem futuri temporis fructus?*

Quibus verbis alia rõ à Paulo adfertur, magis idonea. Hæc enim fuit ratio Papiniani, Actor habet actionem iudicati, ergò non est necessaria actio ex stipulatu, quæ per cautionem oritur, de soluendis vsuris futuri temporis, si condemnatus tardius sententiæ paruerit. Non est idonea ratio, quia etsi vnam actionem habeam, possum tamen & altera mihi cauere. Vtile enim est fideiussorib. datis ei cauere, qui aliàs actionem habet.

Sed etsi hæc ita sint, negari tamen non potest, quin is qui sortem exigere potest, rectè ab vsuris petendis excludatur, sicut in argumento dicebatur; quam ob rem alia opus est responsione. Ea verò hæc est. Cum quis sortem exigere potest, quia scilicet debitor eam offert, vel certè nulla difficultas est in ea exigenda, tunc vsuras non de-

A beri, quia videtur creditor pecuniam mutuare debitori sub vsuris lucratiuis.

Sed quæstio nostra non versatur in his terminis, quia loquimur de hæredibus, qui sunt in mora soluendi, id est, restituendi dotem viduæ. Illa vellet accipere, interpellat, rogat. Dies quoque debitorem monet ut restituat, sed non fit restitutio. Certè hic nulla est voluntas viduæ fœnus exercendi. Nulla hic usuræ species, nulla imago.

At dices. Cur non vrget dotis exactionem in iudicio. Respondeo, hanc esse uiduæ benignitatem, debitorem esse in culpa maiori qui non soluit. Non debere eum, qui in mora restituendi est, imputare culpam creditori cur non petierit, l. pen. ff. de vi, & vi arma.

Si hæc ratio bona esset, nec maritus posset vsuras dotis non solutæ consequi, quoniam & ei obijci posset, debuisse eum dotem exigere.

Imo nullus creditor ratione damni emergentis, vel lucri cessantis, usuras petere posset ex mora debitoris, quia B semper ei obstaret hæc rõ. Debuisse eum petere debitam quantitatẽ, eamque exigere, quæ cum sint absurda, cõsequens est, & illius rationis rationẽ nullam habendã esse.

CAPVT CII.

An possit vidua vsuras siue interesse donationis propter nuptias petere, si hæredes in mora sint restituendi res donatas propter nuptias?

NOn deberi vsuras donationis propter nuptias vxori, ter decisum fuisse in Concilio Neapolitano testatur Afflictus, decis. 291. Sed contrarium decisum fuisse suis temporibus Grammaticus testatur, decis. 103. num. 96. cuius rei facit mentionem etiam Vrsillus, in addit. ad decis. Afflict. dicta decis. 291. Et hanc sententiam posteriorem Senatus Pedemontanus, re maturè perpensa, secutus est, teste Anton. Tessauro, decis. 45.

C Fundamentum Afflicti est, quia donatio propter nuptias dicitur lucrum, quod facit mulier ex dote, l. Assiduis, ad finem, C. qui potior. in pig. habeant. Consequenter, mulier vsuras haberet ex lucro, & sic usuras usurarũ, quod iure prohibitũ est, l. Improbũ, C. ex quib. cau. inf. irrog.

Sed hoc fundamentum non est solidum, quia non agitur hic de vsuris usurarum percipiendis, sed de vsuris percipiendis ex sorte, hoc est, ex quantitate debita pro donatione propter nuptias: licet enim ea lucro cedat mulieris, non est tamen vsura, sed sors debita.

Fundamentũ posterioris sñiæ est in Auth. de non elig. secũdò nub. §. si autẽ, vbi Iustin. disertè permittit eius matri di vsuras donationis pp nuptias, sic dicens: *Si aũt omnis fortè consistat in pecuniis, aut aliis mobilibus rebus antenuptialis donatio, tertiã vsurarũ partem percipientem matrẽ cum cautione iam definita, non exigere à filiis aurum, &c.* Idẽ probatur in l. hac edictali, §. his illud, C. de sec. nupt.

Hæc posterior sñia magis placet. Nam si Ius Canoni-D cũ opponatur, quo vsuræ sunt prohibitæ, responderi põt, vsuras hic non peti lucratiuas, sed cõpensatiuas, rõne fructuũ, vel emolumentorũ, quæ ex reb. donatis pp nuptias perciperentur, aut rõne damni emergẽtis, vel lucri cessãtis. Satis. n. constat, nostris præsertim temporib. eos qui pecunias habẽt paratas, plerũq; occasiones habere annuos census emendi, aut bona immobilia cõparandi, quib. casibus Iure Can. vltrà sortẽ permissum est aliquid accipere.

CAPVT CIII.

An vsuræ dotis, longo tempore non exactæ, præsumantur remissæ?

TRes sunt Doctorũ sententiæ hac de re. Prima, remissas videri, ita Dion. Perus. inter cõs. Bal. cons. 474. lib. 3. Alex. cons. 74. nu. 8. lib. 5. Cor. cons. 206. lib. 2. Alcia. de præsumpt. reg. 1. præsumpt. 32. nu. 4. Tiraquell. de præscriptionib. §. 1. Glos. 4. vers. *Octauo ipsis.* Menoc. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 25.

Fun-

Fundamentum est in l.cum quidam,§.Diuus,ff. de vsuris. *Diuus Pius ita rescripsit: Parum iuste praeteritas vsuras petis, quas omisisse te longi temporis interuallum indicat quia eas à debitore tuo, vt gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti.*

Item in l.vir vsuras,ff.de donat.inter vir.& vxor. Papinianus; *Vir vsuras promissa dotis in stipulatum deduxerat easq́, non petierat: Cum per omne tempus matrimonij sumptibus suis vxorem & eius familiam vir exhiberet: dote praelegata; sed & donationibus verbis fidei commissi confirmatis, legato quidem dotis vsuras non contineri videbatur, sed titulo donationis remissas.*

Altera est sententia, remissas non videri, ita Romanus cons.517.nu.14. Ias.in l.quae dotis, nu. 19.ff.sol.matr. Alexander, cons.56.nu.6.& 63.nu.16.lib.4.& 208.num. 10. lib.7.Corn.cons.vlt,lib.2.& 164.lib.3.& 53.nu.3. lib. 4. Dec.cons.571.nu.4.Balbus,de Praescript.in 1.pat.3. partis princip.q.10.nu.4.Grammaticus,decis.70.

Fundamentum est in l.libertis, 18.§.1.ff.de alimen.& cibar.legatis, vbi alimenta praeteriti temporis peti possunt, licet longo tempore petita non sint.

Item, quia actio non tollitur minori spatio quàm triginta annorum, l.sicut, C.de praescript. triginta vel quadraginta annor.

Tertia est sententia Octauiani Olaschi, decis. 123. distinguentis, an maritus mortuus sit, vel adhuc viuat, &

A vsuras petat temporis praeteriti. Priore casu, cum maritus mortuus est, & nunquam viuens vsuras petiit, praesumisisse, vt in d.l.vir vsuras, ff. de donat. inter virum & vxor. Posteriore autem nó praesumitur remisisse, quia apparet eum non habuisse animum donandi, cum iam vsuras petat.

Mihi nulla ex ijs sententijs placet. Neque enim puto rectè definiri posse maritum vsuras dotis remisisse, vel non remisisse, ex longi temporis silentio, quia hoc ex facto pendet, & circumstantiis eius: & ideo id committendum videtur iudicis prudentiae & arbitrio.

Non obstat l.cum quidam, §. Diuus, quia in illa facti specie, ideo longum tempus indicat vsuras remissas fuisse:
B quoniam creditor eas petendas non putauit, vt eo gratior esset debitori.

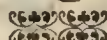
Debitori igitur gratior eam ob causam fuerat: & eius gratiam promeritus est, aliaque forsan obtinuerat, quae non obtinuisset: Meritò Iurisconsultus ait, parum rectè vsuras praeteritas eum petere.

Non obstat l.vir vsuras, quia & in illa facti specie multa concurrebant. Alimenta praestita fuere toto tempore quo matrimonium durauit, Dos praelegata fuit, Donationes quoque fideicommissi verbis confirmatae. Ex his praesumitur, vir vsuras dotis remisisse, quia si eas consequendi animum habuisset, non talia fecisset, quae facere non tenebatur.





ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER QVARTVS.



CAPVT PRIMVM.

De testamento inter liberos: Si confectum fuerit nullis testibus præsentibus, an sit seruandum.



OMMVNIS est sententia Iurisconsultorum, ex testamento imperfecto inter liberos seruandã, ac custodiendam parentum voluntatem, ét nullis testibus adhibitis, conscriptam seu comprehensam aliqua schedula: sicuti preclarè docet Iulius Clarus post alios, §. testamentum, quæst. 14. Andr. Geyll, lib. 2. Obser. 112. nu. 8. in principio. Quorum fundamentum est in tribus legibus positum: nempe Constantini, l. vlt. C. fam. hercisc. Theodosij in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testamentis, & Iustiniani Nouella de testam. imperfectis: ex qua sumitur Authentica, Quod sine, C. de testamentis. Adde text. in l. filij, & in l si cogitatione, C. fam. hercis. & Alex. cons. 76. lib. 6. Menoch. de presumptio. lib. 4. præsumpt. 7.

Cæterum Iacobus Cuiacius consultatione omnium prima contrarium respondit: Nec testamentum scilicet, dici posse eam voluntatem, cui testes desint. Nec Theodosij lege, Constantini, & Iustiniani, se offendi scribit: quandoquidem Theodosius illud testamentum imperfectum vocat, quod subscriptum à testibus, & subsignatum non est; cui rei consentaneum est Iurisconsulti responsum in l. 6. ff. ad l. Corneliam, de falsis.

Quod verò attinet ad Constantinum, quanquam is in testamento inter liberos qualiacumque verba, vel indicia sufficere dixerit, non tamen eo sermone testes excludi debent, veluti cum dicimus, fideicommissum nutu relinqui posse, non tamen dicimus absque testibus relinqui posse, l. & in epistola, C. de fideicommissis.

Denique Iustiniani lege non existimat Cuiacius omne vitium in testamento inter liberos negligendum esse; Nec igitur illud, quod summum est, si videlicet nulli adhibeantur testes, à quibus nominis testamenti substantia deducitur.

Ego viri doctissimi sententiam minimè probo; Moueor inprimis autoritate dictæ legis Constantini, in illis
A verbis: *Etiamsi solennitate legum huiusmodi dispositio fuerit destituta.* Quæ quidem verba omnem complectuntur solennitatem, & consequenter ét testium adhibendorũ.

Deinde moueor autoritate d. Nouellæ Instiniani de testamentis imperfectis, perpendoque illa verba: *Volumus, vt si quis litteras sciens inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem eius subscriptione tempus declaret: deinde quoq; filiorum nomina propria manu, ad hoc vncias, in quibus scripsit eos hæredes,* &c. Et paulò post: *Si tamen aut vxori, aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommissa,* &c. *Et hæc propria scripta manu dictaque à testatoribus coram testibus, quoniã omnia consequenter in dispositione posita ipsi, & scripserunt,*
B *& volunt valere, sint firma,* &c.

Ex his verbis animaduerto istud Imperatorem velle, vt testamentum inter liberos conscriptum absque testibus, seruandum sit, si modò pater formam obseruauerit præscriptam, nisi aliquid vxori, vel extraneis legauerit; tunc enim testes adhibendi sunt.

Igitur hæc Nouella magnum argumentum nobis suppeditat; Immò verò testimonium firmissimum pro communis sententiæ confirmatione, eo saltem in casu, quo inter liberos duntaxat paterfamilias testatur, etiam absque testibus seruandam eius voluntatem.

Porrò quòd attinet ad Theodosii legem; etsi imperfectum testamentum illud esse Theodosio, existimari põt,
C quod testiũ subscriptione, & subsignatione caret, ex his argumentis, quæ à Cuiacio afferuntur, attamen generaliter puto imperfectum censeri testamentum etiam ipsi Theodosio, quod aliis solennitatibus est destitutum.

Huius rei coniecturam habeo ex dicta Nouella Iustiniani de testamentis imperfectis, in illis verbis: *Insuper, & Theodosius decreuit non in patribus solum hoc disponẽs, sed etiam in matrib. & ascendentib. vtriusque naturæ. Hãc apprehendentes licentiam homines, in tantam ingressi sunt obscuritatem, vt diuinantib. magis, quam interpretantibus hæc egerent.* Et paulò ante Imperator dixit Constantinũ

legem scripsisse, de qua dictum est, atque idem subdit decreuisse Theodosium: Ergò Theodosio Testamentū erit imperfectum eo modo, quo & Constantino. Constantinus autem etiam omni solennitate destitutū Testamentum vires habere voluit: igitur & idem Theodosius voluisse videtur.

Quod si testes adhibendi essent, nec omni solennitate destitutum esse diceretur Testamentum, & tali obscuritati locus non fuisset, ex lege Constantini, & Theodosij, qualem Iustinianus describit, dicens: *Homines ex his legibus in tantam ingressos fuisse obscuritatem, vt diuinantibus potius, quàm interpretantibus egerent.*

C A P V T II.

Ad interpretationem d. Nouellæ de Testamentis imperfectis: Et d. l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de Testamentis, an locum habeant in Testamento nuncupatiuo; & an locum habeant, quando pater non æquis portionibus liberos hæredes instituit.

Artinus gloss. antiquus, existimauit Theodosij, & Iustiniani legem, de qua agitur, ad Testamentum in scriptis duntaxat celebratum pertinere: de eo enim duntaxat, non autem de Nuncupatiuo loquitur.

Secuti sunt eandem sententiam Fulgosius, & Salycetus.

Petrus Philippus Corneus ita distinguit; vt si quidem Testator literas nouerit, tunc imperfectum Testamentum inter liberos ab eo conditum ita demum obtineat, si formam Nouellæ obseruauerit: si verò literas ignorauerit, simpliciter valere existimat: quia de eo, qui literas ignorat, non loquitur Iustiniani Nouella.

Sed, vt ego existimo, illa distinctio longè planior, & legibus conuenientior esse videtur: vt si quidem de Testamento scripto quæratur, respondendum sit non aliter seruandum, quàm si Nouellæ Constitutionis forma fuerit obseruata. De Testamento enim scripto, & Nouella loquitur, & lex Theodosij.

Cæterùm, si de nuncupatiuo Testamento agatur, quod sine scriptis appellatur, ita statuendum sit, vt nec forma Nouellæ Constitutionis opus habeat, & quoquo modo confectum, custodiri debeat, dummodo ex indicijs, coniecturis, & alijs quibuscumque modis constare possit de patris inter liberos voluntate, licet vltima hæc voluntas omni legū solennitate destituta sit. Quæ sententia Constantini lege vltima, C. familiæ herciscundæ, manifestè probatur, vt meritò, & à Doctoribus nostris recepta sit, & ab vsu forensi. Vide Corneum in cōs. 218. lib. 4. & Iulium Clarum, §. Testamentum, q. 11.

Sed non vulgaris est controuersia: an hæc obtineant, si liberi inæqualiter fuerint hæredes instituti: Etenim tres sunt Doctorum sententiæ. Prima, affirmans. Secunda, negans. Tertia, Distinguendum esse; Nam si magna fuerit inæqualitas, nullo modo obtinere; sin autem modica, obtinere. Vide Castrensem, Alexandrum, & alios, ad l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de Testamentis. Nattam in cons. 622. Couuarruuiam ad c. Rainucius, §. 1. num. 3. de Testamentis. Manticam de Coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 6. tit. 2. num. 16. Andream Geyll, lib. 2. Obseru. 112. nu. 23.

Affirmantis sententiæ argumenta hæc sunt. Primum ex d. §. ex imperfecto. Nam Theodosius dicit: Ex imperfecto Testamento voluntatem inter liberos valere, nec distinguit: vtrum æqualiter, uel inæqualiter fuerint hæredes instituti: Ergò, neque nobis distinguere licet, l. de precio, ff. de Publiciana.

Secundum argumentum est ex eo, quod ratio legis locum habeat, siue æqualiter, siue inæqualiter hæredes instituantur liberi: ergò & lex in vtraque specie locum habere debet: Illa enim est legis ratio, quam commemorat Iustinianus in d. Nouella, de Testamentis imperfectis; A videlicet in tantum erga parentes lex verecūda sit, vt in eis inter liberos uoluntatem suam declarantibus, tot solennia non requirat. Hæc ratio locum habet, siue æqualiter, siue inæqualiter filij hæredes instituantur.

Tertium est ex l. vlt. C. familiæ herciscundæ, vbi dicitur: *Seruato Senatusconsulti auxilio*, defuncti uoluntatem custodiendam esse inter liberos. Si locus esse debet auxilio Senatusconsulti, scilicet Trebelliani: ergò fieri potest, vt alter filiorum onere fideicommissi prægrauetur, vt proinde quartam ex Trebelliano deducere possit, ex quo maximam oriri inæqualitatem posse perspicuum est.

Quartum argumentum sumitur ex Nouella de Testamentis imperfectis, quatenus ibi Iustinianus statuit, vt pater in Testamento, quod inter suos filios facit, inter cætera: *Vncias, in quibus scripsit eos hæredes, declaret*, &c. Nam si æquis portionibus hæredes instituendi essent filij, vt Testamentum imperfectum ualeret, non esset ne- B cesse uncias declarare, in quibus filiorum quilibet hæres institutus esset: deberent enim omnes æqualiter institui, non autem certæ quædam unciæ pro arbitrio patrisfamilias filijs attribui.

Argumenta uerò negantis sententiæ hæc sunt. Primum ex l. vlt. C. familiæ herciscundæ; in illis verbis: *Pares esse videntur*. Hæc enim uerba nonnulli sic interpretantur, ut æqualem inter filios hæreditatis diuisionem significent.

Secundum argum. est, quia ratio legis cessare uidetur, quando inæqualiter liberi sunt hæredes instituti; Illa enim est ratio, cur Testamentum imperfectum seruandū sit inter liberos, quia cū filij ab intestato successuri sint, nulla est fraudis suspicio; ideoque cautionibus, & solennibus tot, ac tantis ad euitandas fraudes inuentis, opus non est. Hæc ratio cessat, si liceat parenti liberos inæqualiter instituere. Alter enim fraudem, & dolum excogitare potest, atque etiam adhibere, ut maiorem consequa- C tur hæreditatis portionem.

Fundamentum denique sniæ distinguentis illud, est vnum; quòd ubi maxima est inæqualitas, minimè æquū esse videatur, patris voluntatem ex imperfecto Testamēto ualere, ne lites, simultates, & discordiæ oriantur inter fratres, quæ ex inuidia propter inæqualitatem oriri solent. Cæterum si modica sit inæqualitas, æquum sit, patris voluntatem, quæ nullum ferè malū paritura est, seruari.

Ego sanè in priorem sententiā longè sum proclivior, eo potissimum argumento, quòd si in hac specie seruanda erat à parentibus æqualitas inter liberos testantibus, æquum sanè erat legis auctorem id exprimere, cum maximi sit momenti: Deinde illud me maximè monet, quòd alioqui hæc inuestigatio: An parentis Testamentum imperfectum inter liberos seruandum sit, nullam afferret vtilitatem. Nam si liberi æqualiter sunt instituendi, nil referre videtur, vtrum seruandum sit necne Testamentum: si enim seruandum sit, æqualiter succedent defun- D cto parenti: si verò non sit seruandum, similiter ab intestato æquis portionibus vocantur.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respōdeo; illa verba: *Pares esse videntur*, non eum sensum habere, de quo in argumento dicitur, sed hoc significare; inter omnes hæredes suos, hoc est, liberos, qui ex quolibet venientes gradu tamen pares esse videntur, &c. id est, pares in succedendo, veluti filius, & nepos ex filio præmortuo: Isti enim pares sunt in succedendo, licet non sint in eodem gradu. Inter omnes igitur hos, qui pariter succedunt ab intestato, patris vltima voluntas custodienda erit, licet solenni Testamento non contineatur. Hic est sensus legis Constantini.

Ad secundum respondeo, paternam inter liberos dispositionem, non tam esse fraudibus expositam, vt sunt aliàs cæteræ vltimæ voluntates, & Testamenta, suspicionem allatam in argumento leuem esse, & quæ minimè filiorum erga patrem charitati præferenda sit, aut tanti facienda, vt idcirco scrupulosa omnis Testamentorum solennitas à personis huiusmodi exigenda sit. Nec puto

ratio-

rationem esse habendam eius argumenti, quo nititur distinguens sententia, cum parentibus licere sit perspicuũ plus vni filiorum, quàm alteri relinquere, si modò legitimam cuique portionem relinquant, l. parentibus, C. de inofficioso Testamento.

CAPVT III.

Vtrum, quod dictum est hactenus de Testamento imperfecto parentum inter liberos, habeat locum cum liberi sunt naturales tantùm: Et quid si Rescripto Principis sint legitimati: Et an locum habeat in Testamento ad pias caussas.



Etiam inter filios duntaxat naturales ex imperfecto Testamento paternam dispositionem vires obtinere, docuit Speculator titulo de Instrumentorum editione, §. compendiosè. Quem secutus est Paulus Castrensis in Comment. l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de Testamentis. Et fundamentum est in l. naturalibus, C. de confirmando tutore, in illis verbis: *Naturalibus liberis prouidentes, damus licentiam patribus eorum in iis rebus, quas quocunque modo eis dederint, vel reliquerint, & Tutorem eis relinquere*, &c. His enim verbis patet, parti posse quocumque modo filijs naturalibus relinquere, & consequenter etiam ex Testamento minus perfecto, & solenni.

Sed contrariam sententiam longè, & communiorem & veriorem esse iudico, leges nimirum, quæ de Testamentis inter liberos imperfectis loquuntur, ad liberos duntaxat legitimos, & naturales pertinere: non autem ad liberos naturales tantum. Quæ sententia fuit Angeli, & aliorum, vt per Decium in cons. 610. nu. 2. Et per Clarum, §. Testamentum, quæst. 12. & eam alijs citatis secutum esse Senatum Pedemontanum testatur Ant. Tessaur. decis. 94.

Fundamentum solidissimum est ex eo, quòd leges de Testamento inter liberos, seu inter filios loquentes, de his accipiendæ sint, qui verè, & propriè sunt filij. Filium autem definimus eum, qui ex legitimo Matrimonio natus est, l. filium, ff. de his qui sui, vel alieni iuris sunt. Quòd si quandoque ad filios naturales extendantur leges de filijs loquentes, illud exprimi solet legibus ipsis, nec expressum esse in hac, qua de agitur, specie, animaduerte.

Quòd verò attinet ad l. Naturalibus, existimo verba illa, *Quocunque modo*, &c. quæ pro contraria sententia perpenduntur, non eum habere sensum, vt parenti liceat quoquo modo, etiam legis forma neglecta filijs naturalibus testamento relinquere, sed sensus est: *Quocunque modo*; id est, siue inter viuos, siue in vltima voluntate parentes dederint, vel reliquerint, quemadmodum etiam ibi glossa rectè exponit.

Cæterùm, si filij naturales sint legitimati, rursus controuertitur, an idem statuendum sit circa Testamentum imperfectum, quod inter liberos ex iusto Matrimonio procreatos constitutum est, vt videre licet ex Decio, in d. cons. 610. ex Iasone in Commentarijs d. §. ex imperfecto, & ex Andr. Geyll, lib. 2. Obseru. 112.

Fundamentum negantis sentẽtiæ positum est in l. vlt. C. de his qui veniam ætatis impetrauerunt. *Si quis aliquid dari, vel fieri voluerit*, ait textus, *& legitimæ ætatis fecerit mentionem, illam tantummodo ætatem intellectam volumus, quæ viginti quinque annorum curriculis completur; non quæ ab Imperiali beneficio suppletur.*

Sic & in specie nostra, quæ dicuntur de Testamento inter liberos, ad eos pertinere videntur, qui verè sunt liberi, & ex legitimo Matrimonio geniti: non autem ad eos, qui Imperiali beneficio legitimi effecti sunt.

Sed contraria sententia videtur mihi longè probabilior, eo argumento, quòd liberi naturales, qui Imperiali

A Rescripto legitimi efficiuntur, iisdem iuribus, & commodis frui debeant, quibus fruuntur cæteri ex legitimo Matrimonio procreati, sic enim disertè, & prolixè statuit Imperator, in §. & quoniam variè, & in §. sit igitur licentia, in Authentic. Quibus modis naturales efficiantur sui. Consequens est igitur, vt & hoc commodo siue iure, frui debeant, de quo nostra est disputatio: Neque enim exceptum illis, ac subtractum aliqua lege videtur.

Nec mouet textus in d. l. vlt. hæc enim dissimilia sunt, quia minorem annis vigintiquinque Princeps facere maiorem nequit, sed eum, qui legitimus non est, legitimum efficere potest: Vide Alexandrum, cons. 2. numero 52. libro primo.

Quòd attinet ad Tertium, quod titulus huius capitis pollicetur; In Testamento ad pias caussas locum habere, quæ nostris legibus sancita sunt de Testamento imperfecto inter liberos, respondit Alexander in consil. 3.
B libro 7. & post eum alios citans Iacobus Menochius, in consil. 124. libro 3. Sed contrarium responderunt Aretinus in consil. 64. & Socinus iunior, in consil. 189. num. 76. libro 2.

Fundamentum prioris sententiæ illud est, quòd non magis fauendum sit liberis, quàm pijs, & religiosis locis, siue rem ipsam intueamur, quæ cum ad religionem spectet, & pietatem, maximo fauore digna est, siue ipsius testantis voluntatem, qui animæ suæ salutem, & commodum cordi magis habere censetur, quàm filiorum vtilitatem. Posterioris verò illud est argumentum: quòd leges nostræ de Testamentis imperfectis inter liberos loquantur, non autem de Testamentis ad pias caussas.

Ego sanè, benigniorem sententiam illam esse prima fronte iudicabam, quæ religioni fauet, & menti eorum, qui leges conscripserunt, magis consentaneam. Coniectura illa motus, quòd Testamentum ad pias caussas coram duobus vel tribus testibus conditum valere constat,
C ex cap. relatum, de Testamentis: Cur igitur non valeat, etiamsi reliquis solennibus destitutum sit, cum certum sit testium numerum primas sibi inter cætera solennia, partes vendicare? si numerus testium minor quàm legibus requiratur, Testamentum ad pias caussas vitiare nõ solet, ego sic statuebam, nec illud vitiari Testamentum, quod cæteris Iuris Ciuilis solennibus caruerit, adeoque sufficere, si ea adhibeantur, quæ in Testamentis inter liberos imperfectis, leges requirunt. Sed hanc sententiam amplecti non possum, eo in casu quo schedula manu testatoris reperiatur, quæ coram testibus publicata non sit, etsi enim pugnantes sint Doctorum sententiæ, nec desint qui faueant piæ caussæ, vt patet ex Couuar. in capit. relatum, in primo, num. 12. de Testam. tamen contrariam sententiam amplector, quam secuti sunt Clarus, alios citans, §. Testamentum, quæst. 7. & post alios Iacobus Tomingius, Quæstionum, ac decisionum, c. 4. Moueor; quia nec Iure Canonico locus vllus extat, qui pias
D caussas iuuet in proposita specie, & magnoperè aduersatur Iustinianus in Nouella de Testam. imperf. quatenus vult exceptis liberis, ita demum legata deberi, & fideicommissa, si coram testibus nuncupentur. Verba hæc sunt: *Si tamen aut vxori, aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommissa, aut libertates, & hac propria scripta manu, dictaque a testatoribus, coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita, ipsi & scripserunt, & volunt valere, sint firma,*

CA-

CAPVT IV.

Utrum Testamentum inter liberos imperfectum seruari debeat; vbi non solùm solennia desunt, sed voluntas quoque imperfecta est. Et an liberi succedant ab intestato; an verò ex Testamento tali imperfecto.



On potest prima, quam proposui, controuersia definiri, nisi distinctione adhibita, quæ tres complectatur Propositiones siue Conclusiones.

Prima Propositio: Si Testamentum facere quis inceperit, & cùm hæredibus primis institutis, secundos hæredes conscribere vellet, morte impeditus non potuerit, videtur potius incepisse Testamentum facere, quàm fecisse: Itaque nec primi hæredes obtinebunt hæreditatem. Ita Iabolenus in l. si quis, 25. ff. de Testamentis; quam ob rem id, quod Constantinus scribit in l. vlt. C. Familiæ herciscundæ: *Siue inceptum neque impletum sit Testamentum*, &c. custodiendam esse patris defuncti voluntatem inter liberos rectè exponitur accipiendum esse de eo Testamento, quod impletum non est quantum ad iuris solennia; si enim Testator morte præuentus illud perficere non potuisset, aliter ex sententia Iaboleni respondendum esset.

Secunda propositio: Si Testatoris voluntas imperfecta sit, quia conditiones, quas adscribere volebat, non adscripserit: veluti, Ille hæres esto, secundùm conditiones infrà scriptas, tunc si nulla sit adiecta conditio, valet nihilominus institutio, & pro pura habetur, l. si testamentum, C. de Institutionibus & Substitutionibus vbi Imperator eo vtitur argumento, quòd Papinianus respondit, vicos Reip. relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quòd Testator fines eorum, & certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, ac postea morte præuentus non fecit, vt in l. cum pater, §. vlt. de legatis 2.

Sed huic decisioni obstare videtur, quod Marcellus respondit in l. quoties, 9. §. Tantundem, ff. de Hæredibus instituendis: *Si enim* ait textus, *tantundem Marcellus tractat, & in eo, qui conditionem destinans inserere non addidit; Nam & hunc pro non instituto putat*: Difficilis sanè Antinomia, quæ hactenus doctissima exercuit ingenia. Duarenus ad tit. de condit. institut. c. 3. ad finem, existimat Marcelli sententiam Vlpiano non probari, eo argumento quod & in l. 2. ff. de hæred. instit. eandem improbare videatur. Et reuera non simpliciter eam Marcelli sententiam Vlpianus probat: Subdit enim in d. §. tantundem: *Sed si conditionem addidit, dum nollet heredem futurum detracta ea, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est, quam sententiam & ipse, & nos probamus.* Ex quibus verbis apparet eo tantùm in casu Marcelli sententiam probari, quo voluntas testatoris est, vt detracta conditione, hæres non sit, quo in casu nō est accipienda Imperatoris lex, quare Antinomia facilè conciliatur; Et istud est, quod idem Vlpianus dixit in d. l. 2. ff. de hæredibus institu. *Si voluntas defuncti non refragatur*, &c.

Tertia propositio: Cum Testator scripsit manu sua Testamentum inter liberos, deinde iussit vt Notarius vocaretur, & simul etiam Testes, quibus pręsentibus suam vltimam voluntatem declarare se velle dixit: antequam verò Testes & Notarius accederent, mortuus est, non valet ea dispositio. Ita respondit Oldradus in consil. 119. quem multi secuti sunt relati à Couarruuia in cap. relatum, 1. extra, de Testamentis.

Fundamentum huius sententiæ est primò, in l. Fideicommissa, versiculo quoties, ff. de legatis 3. *Quoties*, ait textus, *quis exemplum Testamenti praeparat, & antequam testetur, non valet: antequam testetur*, id est, antequam Testibus adhibitis & vocatis suam declaret voluntatem. Secundò in l. ex ea scriptura. ff. de Testamentis: *Ex ea scri-*

A *ptura, ait lex, qua ad Testamentum faciendum parabatur, si nullo iure Testamentum perfectum esset, nec ea, qua fideicommissorum verba habent, peti possunt.* Tertiò, in l. contractus, C. de Fide Instrumentorum, & in l. 2. C. de sententijs ex periculo recitandis.

Cæterùm, contrariam sententiam probabiliorem esse iudico, quam secutus est Alex. ad l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de Testamentis. Et post eum alij, quos refert & sequitur præceptor meus honorādus, Ioannes Cephalus, in cons. 99. Moueor ex l. vlt. C. Familiæ herciscundæ, vbi Constantinus patris voluntates inter liberos custodiri mandat: *Quocunque modo scriptura, quibuscunque verbis vel indiciis inueniantur relicta.* At in specie hac scriptura extat paternæ voluntatis, quam sola mors eius publicari prohibuit; voluntas manifesta & perspicua, claroque & perspicuo comprehensa documento, ideo est seruanda. Huc accedat Nouella Iustiniani de Testamentis imperfectis, ex qua talem scripturam robur accipere nul-
B li non constat, si cæteris destituta non erit, quæ à Iustiniano exiguntur.

Argumenta verò Oldradi & sequacium ad hanc speciem nostram non pertinent, in qua de Testamento inter liberos agitur, sed locum habere possunt in alijs Testamentis ac dispositionibus, quę absque solennibus confici non possunt, nec tot ornantur priuilegijs, quot paternam dispositionem inter liberos prosequutæ sunt leges.

Quòd attinet ad alteram controuersiam, etsi Castrensis, Alexander, Iason, & quidam alij interpretes, in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de Testamentis, in proposita specie docuerint: Liberos ex Testamento licet imperfecto succedere, quasi Testamentum valeat, licet solennibus iuris destitutum, quia lex ea solennia nō requirat in Testameno inter liberos, tamen contraria sententia mihi magis probatur, quam secutus est Accursius, in d. §. ex imperfecto, Liberos nimirum ab intestato succedere. Huic enim sententiæ magnoperè mihi adstipulari vide-
C tur Constantinus in d. l. vlt. C. familiæ herciscundæ, in illis verbis: *familiæ herciscundæ licet ab intestato ad successionem liberi vocentur, seruato senatusconsulti auxilio, defuncti dispositio custodiatur.* Atque illud maximè perpendo, Theodosium in d. §. ex imperfecto, & Iustinianum in d. Nouella, de Testamentis imperfectis, vnum hoc inculcare, vt paterna voluntas custodiatur; nunquam proferre vllum verbū, quo Testamentū valere significetur.

Respondent contrariæ sententiæ autores, Constantinum accipiendum esse, cùm Testator nullos instituit hęredes in Testamento. Non rectè: quia vaticinātur. Item: quia si nullus esset hæres institutus, nec locus esset senatusconsulto Trebelliano, cuius ibi fit mentio.

Secundò respondent: Filios quidem succedere posse ab intestato, sed tamen nō prohiberi etiam ex Testamento succedere, si velint. Non rectè: quia si Testamentum valeret, non diceret Constantinus eos ab intestato succedere: Quid enim opus esset intestati successione, aut quid
D pertineret ad Testamentum validum potestas ab intestato succedendi? Quandiu potest ex testamento adiri hæreditas, ab intestato non defertur, l. Quandiu, ff. de acquir. poss.

Tertiò respondent saltem ex Nouella Iustiniani colligi posse Testamentum valere, de quo agitur. Non rectè: quia nullū in ea Constitutione legitur verbum hac de re.

CAPVT V.

Utrum Testantis voluntas ex Testamento imperfecto & non solenni, obseruanda sit ab hæredibus in foro conscientiæ & animæ, vt loquuntur.



Ontrouersia hæc celebris est, & tractatur latè ab Interpretibus in l. 1. ff. de Condictione indebiti, & post eos diligenter à Couarruuia, in c. cùm esses, de testamentis, necnon à præceptore meo Deciano, in cons. 46. nu. 93. lib. 2. Francisco Man-

tica de coniecturis vlt. voluntatum, lib. 2. ti. 14. & à Iacobo Menoch. de præsumptionib. lib. 1. q. 80. Ab istis Canonistæ, Theologi & cæteri omnes referuntur.

Ego eorum sententiam magis probo, qui hæredem teneri asseruerunt ad præstanda legata cæteraque exequẽda & implenda, quæ Testamento minus solenni continentur, si hæres non ignoret, eam reuera fuisse testatoris voluntatem. Hanc sententiam vbi cõfirmauero, tum facilè contrariæ sententiæ argumenta diluam.

Probatur igitur hoc argumento. Si hæres iure naturali obligetur ad implendam Testatoris volũtatem, quæ in testamento minus solenni continetur, sine dubio etiã in foro, vt loquuntur, conscientiæ obligabitur: sed uerum est prius, verum igitur & posterius. Maior propositio probatur ex communi omnium sententia, in c. nuuit, de iudicijs: omnes enim hanc conclusionem admittũt, ac veram esse fatentur; eum, qui naturaliter obligatur, etiam in foro conscientiæ obligari. Minor autem probatur: quia si hæres non esset naturaliter obligatus ad implendam testatoris voluntatem, ex minus solenni Testamento, liceret ei ob eã causam solutum repetere, l. quod indebitum, & l. naturaliter, & l. seq. ff. de condict. indeb. l. quod pupillus, ff. eod. ti. cum alijs similib. Sed repetere non ei licet, l. 2. C. de fideicommissis, l. non dubium, C. de Testamentis: ergò naturaliter obligatur. Quamobrẽ Iurisconsultus in l. in Testamento, ff. de fideicommissarij libertatibus, respondit, *Pios filios debuisse manumittere eam*, cui pater in Testamento, quod perfectum non erat, libertatem & fideicommissa dedit.

Confirmatur hoc argumentum: Nam si v. g. Testamentum conditum sit coram duobus, vel trib. Testibus, non est quidem solenne, sed tamen iure naturali valet; quia in ore duorum vel trium stat omne verbum, c. relatum, c. cum esses, de Testamentis: igitur hoc in casu hæres erit obligatus. Eadem ratio est de alijs similib.

Respondet Couuar. in d. c. cum esses; ex minus solenni Testamento non oriri naturalem obligationem, sed quandam obligationem quæ insurgit ex honestate, & debito morali, non autem ex legis vinculo. Sed obstat huic responsioni, quod cum talis obligatio impediat soluti repetitionem, videtur oriri ex aliquo legis vinculo, alioqui non impediret. Deinde illud maximè obstat, quod Doctores à Couuarruuia citati ad probandum ex Testamento minus solenni obligationem naturalem non oriri, nullo satis firmo nituntur fundamento: Etenim nituntur, l. si creditoris, C. de fideicommissis, cuius hęc sunt verba: *Si creditoris voluntas iure subnixa liberari de debito volentis doceri potest, & antequam solenniter tibi liberatio à successore præstetur, exceptionem tibi ex voluntate defuncti descendentem competere manifestum est.*

Argumentum sumunt à contrario sensu: ergò nulla competit exceptio debitori liberato ex voluntate creditoris, si ea voluntas iure subnixa non est, id est, solennis & perfecta. Sed vt maximè hoc argumentum valeret, non tamen nobis constat, an in ea specie voluntas defuncti fuerit hæredi cognita, & perspecta, vt ex conscientia relicti fideicommissi satisfacere voluntati defuncti teneretur. Etenim fieri potest, vt Testatoris voluntas nullo modo obliget hæredem, cum videlicet non solum est minus solennis: verum etiam ignorata ab ipso hærede, ita vt aliqua ratione dubitare possit: an ea fuerit defuncti voluntas: Nam si exciperet debitor, sibi relictã esse liberationem à defuncto, in specie dictæ legis aduersus hæredem creditorem debitum petentem, hæres ipse replicaret; defuncti voluntatem iure subnixam non fuisse, nec debitori liceret replicare: Atqui licet iure subnixa non sit, ex conscientia tamen satisfacere teneris voluntati defuncti; non inquam ista liceret replicare apud Diocletianum, & Maximianum: quia certò non constat, nec vlla fit mentio in ea lege: vtrum loquantur etiam in hac hypothesi, in qua conscientia hæredem viget.

Præterea, nituntur ijdem Autores autoritate, l. si veritas, C. de fideicommissis, leui sanè, vt mihi videtur, coniectura: *Si veritas*, inquit textus, *vel solennitas iuris deest, nec amplexus parentis voluntatẽ relicta dedisti, vel Transactionis causa stipulantibus promisisti, negotiumque integrum est, ad solutionem vrgeri non potes.*

Leuis, inquam, immò nulla coniectura est; quia nullus est, qui dicat quempiam vrgeri posse ad soluendum quod relictum est in Testamento minus solenni: vrgeri, inquam, in foro, vt vocant, externo, iudicialiter proposita actione: Verum nostra disputatio est de foro interno conscientiæ, atque animæ iudicio.

Primum argumentum cõtrariæ sententiæ Iustæ sunt leges, quæ solennia Testamentorum induxerunt, & iustam ob caussam constitutæ: ergò obligant & locum habent etiam in foro conscientiæ. Respondeo: Nego illationem illam, quæ postea deducitur in hac specie; ergò hæres non obligabitur in foro conscientiæ: Nam etsi leges iustæ sint: aliter tamen de illis iudicatur secundum forum externum, aliter secundum forum conscientiæ. Ecce non potest venditio rescindi ob quamcunque Vẽditoris læsionem in precio. l. si voluntate, C. de rescindẽda venditione, hæc est lex iusta, & iustas ob caussas ordinata, & tamen in foro conscientiæ emptor, qui læsit, obligatur ad supplendum iustum precium Venditori; Sicuti latè probat Couuarruuias, lib. 2. variarum Resolut. c. 4. Sotus de Iustitia & iure, lib. 6. q. 3. art. 1. Arius Pinellus, ad l. 2. C. de rescindenda Venditione, in 2. parte, nu. 35. Vis aliud exemplum? En tibi Actiones, Redhibitoria, Quanti minoris, de dolo, certo tempore circumscriptæ sunt, quo elapso exerceri non possunt, & tamen reus in conscientię foro liberatus non est, sed obstrictus, vt rectè declarat idem Couuar. ad Regulam, Possessor malæ fidei, §. 11. nu. 5. de Regulis Iuris, lib. 6.

Secundum argumentum. Iudex iustè pronunciat Testamentum nullum, quod solennibus caret, & iustè adiudicat legitimis hæredibus hæreditatem, l. si post diuisionem, C. de Iuris, & facti ignorantia, l. ex imperfecto, C. de testamentis; igitur talis sententia obtinet etiam in foro conscientiæ, c. 2. de Maioritate, & Obedientia, cap. omnis anima, de censibus. Respondeo: Nego consequẽtiam: sæpè enim aliquid secundum forum externum iustum reputatur, quod in foro conscientiæ locum non habet, c. vlt. 17. q. 4. ibi. *Iure fori, sed non iure poli.* Iudex iustè pronunciabit contractum Venditionis rescindendum non esse, nec iustum precium supplendum, nec post tempus constitutum à lege de dolo agi posse, & tamen is secundum quem pronunciabit, quoad animæ iudicium, & conscientiam tutus non erit, si sciens aduersarium deceperit, vti paulò antè diximus.

Tertium argumentum. Ad omnem actum perficiendum duo requiruntur: Voluntas & potestas; sed hic voluntas quidem Testatoris adest, verum deest potestas: quia nemo Testamentum facere potest validum absque solennibus: Ergò hæres nullo modo obligatur ex tali Testamento. Respondeo: Hæredem quidem non obligari ciuiliter, vt proinde cogi possit actionibus propositis in iudicio ad implendam defuncti voluntatem; veruntamen obligatur naturaliter: Neque enim lex ciuilis naturalem obligationem impedit in hac specie, aut verò impedire potest, propterea quòd solennia non adhibeantur in Testamento.

Quartum argumentum. Iure Canonico Testamentum non valet, si fiat coram vno teste tantum, vel duobus testibus: fieri enim debet præsentibus duobus testibus & parocho, capit. cum esses, de Testamentis. Aut ergò tunc in foro conscientiæ obligabit; aut non obligabit. Si non obligabit, sequitur Testamentum minus solenne in foro conscientiæ hæredem non obligare. Si verò obligabit, sequitur absurdum: nempe ius Canonicum inducere peccatum: quia scilicet Testamentum illud non approbat, quod obligat in foro conscientiæ hæredem, quod absurdum vt euitetur, dicendum esse videtur, Testamentum nullum in foro externo, nullas habere vires ad obligandum etiam in foro conscien-

scien-

scientiæ. Respondeo: Testamentum solennibus destitutum, de quibus in argumento, Iure Canonico nullum esse, sed tamen hæredem ex conscientia teneri, nec propterea peccatum aliquod induci, aut permitti Iure Canonico: quia ius Canonicum solennitates requirit quo ad forum externum; Neque hæredi vllam concedit potestatem Testamentum illud infringendi, quod ipse hæres nouit à defuncti voluntate processisse, quantum ad forum internum conscientiæ.

Quintum argumentum. Testamẽtum imperfectum pro nullo habetur, §. ex eo, in Institutionibus. Quibus modis Testamenta infirmentur, igitur est perinde, ac si conditum non fuisset secundum regulam, l. quoties, ff. qui satisdare cogantur. Ergò tale Testamentum nullo modo obligat in foro conscientiæ. Respondeo: Paria hæc esse: Testamentum non extare; vel minus solenne extare, quo ad ciuilem obligationem: secus quo ad naturalem. Quod probatur, quia si non extaret, solutum ab hærede ob eam caussam repeti posset, Lefeganter, ff. de Condictione indebiti. Si verò extet, licet imperfectum sit, solutum tamen ab hærede eam ob caussam repeti non potest, l. 2. C. de fideicommissis.

B

Sextum argumentum. Si Testamentum imperfectũ in foro animæ implendum esset ab hærede, sequeretur, eas leges peccatum continere, aut certè absque peccato seruari non posse, quæ tale Testamentum pro infecto habent; sed consequens est absurdum: quia sic leges debuissent corrigi: ergo & illud vnde sequitur. Respondeo: Multa esse legibus nostris iustè, & saluberrimè cõstituta, quantum ad forum externum, quæ tamen cessant in foro conscientiæ: Nec tamen absurdum est, eas correctas non fuisse, ac sublatas: quia nullum per se cõtinent peccatum; immò verò absq; peccato seruari possunt, licet per accidens, vt loquuntur, peccet is, qui facit contra conscientiam propriam, autoritate legum nixus; sicuti, v. g. in ea specie, de qua loquitur Summus Pontifex in c. Inquisitioni, de sententia Excommunicationis: nemo negauerit, iustam esse sententiam Excommunicationis ab Ecclesia latam, apud quam non erat probatum impedimentum Matrimonij, & tamen Summus Pontifex dicit: *Si alter coniugum pro certo sciat impedimentum coniugij, propter quod sine mortali peccato non valet carnale commercium exercere, quamuis illud apud Ecclesiam probare non possit, debere potius Excommunicationis sententiam humiliter sustinere, quam per carnale commercium*, (propter conscientiam) *peccatum operari mortale*.

C

Ex his responsio patet ad cætera, si quæ sunt, argumẽta: ad hæc enim omnia reducuntur: Atque ita sentio, saluo Theologorum iudicio.

CAPVT VI.

Quomodo accipiendum sit, quod leges dicunt: Posteriore Testamento imperfecto primum Testamentum perfectum tolli, quando in secundo instituti sunt venientes ab intestato, Controuersia duæ.

D

THeodosius legem edidit in hæc verba: *Si quis autem Testamento iure perfecto, postea ad aliud venerit Testamentum, non aliàs, quod antè factum est, infirmari decernimus, quàm si id, quod secundò facere Testator instituit, iure fuerit consummatum; Nisi fortè in priore Testamento scriptis iis, qui ab intestato ad Testatoris hæreditatem, vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate Testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad eius hæreditatem vocantur: eo enim casu, licet imperfecta sit scriptura posterior, infirmato priore Testamento secundam eius voluntatem, non quasi Testamentum, sed quasi voluntatem vltimam intestati valere sancimus, in qua voluntate quinque testium iuratorum depositiones sufficiunt: quo non facto, valebit primum Testamentum, licet in eo* A *scripti videantur extranei*. Hactenus ille, in l. hac consultissima, C. de Testament.

Iam ad interpretationem huius legis primùm pertinet illa quæstio: an idem statuendum sit, si in secundo Testamento fuerint quidem instituti venientes ab intestato, sed non omnes. Item illa; an & idem respondendũ sit, si in primo Testamento ijdem vel alij ab intestato venientes instituti fuerint.

Quòd attinet ad primam: duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ. Prima, vt mihi videtur, communior; Non idem esse statuendum, vbi non omnes ab intestato venientes instituti fuerint hæredes in posteriori Testamento: neque enim sufficere, vt vnus vel alter instituatur ex legitimis hæredibus, sed instituendos esse omnes, vt locus sit Theodosianæ legi. Ita docuit Cumanus, Alexander, Ias. qui & alios commemorant in Commentarijs eius loci, Clarus, §. Testamentum, q. 97. Quorum illud est fundamentum: quòd Theodosius indefinitè loquatur: si videlicet instituti fuerint in posteriore Testamento: *Qui ab intestato ad hæreditatem vocantur*: Oratio autem indefinita, æquipollet vniuersali, l. si pluribus, ff. de leg. 2. deinde, quia lex dicit: *Secundam voluntatem* (Testatoris) *non quasi Testamentum, sed quasi voluntatẽ vltimam intestati valere*: si ergò valet tanquam ab intestato, sequitur, omnes legitimos hæredes instituendos esse, sicuti omnes ab intestato uocantur.

Altera est sententia Francisci Aretini, ad l. si filius qui in potestate, ff. de lib. & posthumis: sufficere uidelicet, si aliqui duntaxat ex legitimis hæredibus fuerint instituti. Fundamentum ponit in l. 2. ff. de iniusto, rupto & irr. testam. & in l. posthumus, ff. eod. ti. quibus in locis idem ferè habetur, & Vlp. innuere uidetur sufficere, si unus sit hæres institutus in illis uerbis: *Nisi fortè posterius, vel iure militari sit factum, vel in eo scriptus sit, qui ab intestato venire potest: tunc enim & posteriore non perfecto, superius rumpitur*.

Si dicatur Vlpianum accipiendum esse eo in casu, quo vnus duntaxat reperiatur ab intestato vocatus, respondet Aretinus, id nobis non constare, & merum esse uaticinium.

Ego communiorem sententiam amplectendam censeo, non eo tantum argumento adductus, quod ex verbis legis Theodosianæ sumitur: illud enim non est satis firmum, sed ex ratione ipsius legis. Hæc enim est ratio legis: quia fauorabiliores sunt ab intestato uenientes, quippe qui & à lege uocantur, & à Testatore, & quidem in postrema ipsius uoluntate: quamobrem æquius esse uidetur, eos hæreditatem obtinere, quàm extraneos: licet extranei Testamentum proferant magis solenne & perfectum: Neque enim tanti solennia facienda sunt, quanti æstimari debet ipsa æquitatis ratio & iustitię, & simul voluntas defuncti. Hæc cum sit legis ratio uera, palã est, eam tunc obtinere, cum omnes legitimi hæredes in posteriori Testamento uocantur: quia à defuncto, & à lege inuitantur ad successionem. Cæterum, si aliqui duntaxat ex legitimis hæredibus instituti sint, tanto fauore nequaquam sunt digni; quippe qui à lege non ita vocantur sicuti à Testatore. Lex enim omnes in pari gradu existentes ad successionem vocat, non autem unum uel alterum duntaxat, quemadmodum defunctus uocauit; Quare tunc veluti cessante legis ratione & fauore, cessare debet lex Theodosiana, & aliæ leges obtinere, quibus sancitum est; posteriore Testamento ita demum prius infirmari, quod perfectum est, si & secundum fuerit consummatum & perfectum.

Nec magnam difficultatem facit responsum Vlp. in d. l. 2. ff. de iniusto, rupto & irrito Testamento: necesse est enim illud ita intelligere, cum unus tantum extat legitimus hæres. Non est hoc uaticinium, sed iusta & cõgrua interpretatio, ut patet ex dictis.

Quòd attinet ad secundam quæst. Paul. Castr. in cõs. 327. lib. 1. de hac facti specie respondit: Proponebantur duo Testamẽta ad pias caussas; quorũ alteri perfectum,

A
alterum imperfectum erat; Et quærebatur: an posteriore Testamento sublatum esset primum, licet perfectum. Et respondit sublatum videri, & ad legem Theodosij, quę videbatur obstare, quatenus requirit, vt in primo instituti sint extranei, in secundo autem venientes ab intestato, respondit idem esse statuendum, etiamsi in primo Testamento instituti sint venientes ab intestato, & in tex. d. legis Theodosij subaudiendum esse verbum (Maximè) vt videlicet posteriore Testamento, quo venientes ab intestato sunt vocati, primum testamentum, quod iure perfectum est, tollatur, maximè, si in primo hæredes instituti sint extranei.

Fundamentum Castrensis est, quia postrema defuncti voluntas potissimum seruanda est, l. si mihi & tibi, §. In legatis, ff. de Legatis 1. Ergò præferenda est priori voluntati, licet solennibus iuris magis sit munita. Sententiam Castrensis secutus est Alexander, in consil. 146. lib. 2. & ijs adstipulari videtur Vlpianus, in d. l. 2. ff. de iniusto, rupto
B
& irrito Testamento, quatenus simpliciter respondit, posteriore Testamento minus solenni, primum, quod solenniter confectum est, tolli, si in eo scriptus sit hæres, qui ab intestato venire potest: Neque enim illud etiam Vlpianus requirit, vt in priore Testamento institutus sit extraneus.

Sed non mihi placet hæc interpretatio & doctrina, quemadmodum nec Alexandro, nec Iasoni, nec Aretino, ad d. l. hac consultissima, §. si quis autem, C. de Testam. Etenim verba legis manifestè repugnant, necnon etiam ratio ipsius legis, quæ proximè allata est. Verba enim legis hæc duo simul exigunt: Vt videlicet in primo Testamento, quod solenniter conscriptum est, extranei sint hæredes instituti: in secundo autem minus perfecto & solenni, instituti sint venientes ab intestato. Id patet ibi: *Nisi fortè in priore Testamento scripsijs eis, qui ab intestato ad Testatoris hæreditatem vel successionem venire non poterunt: in secunda voluntate Testator eos scribere instituit, quia ab
C
intestato ad eius hæreditatem vocantur. Eo enim casu*, &c. Ratio autem legis repugnat: quoniam cùm in primo Testamento instituti sunt venientes ab intestato, ipsi eodem fauore digni sunt, & pro se habent defuncti Testatoris voluntatem & legem, quemadmodum & alij, qui posteriore Testamento sunt vocati: quam ob rem, cùm cætera sint paria, præualere debet Testamentum perfectum; quia secundùm Iuris Regulas non rumpitur posteriori imperfecto.

Quòd autem Castrensis dicebat, spectandam esse vltimam voluntatem, his regulis repugnat, quibus cauetur, vt iam dictum est, ita demum posteriorem voluntatem spectandam, ad priorem perfectam infringendam, cùm & posterior iure perfecta est; nec aliter loquuntur leges ab eo citatæ.

Quòd verò Vlpianus in d. l. 2. ff. de iniusto, rupto & irrito Testamento, non adhibeat illam distinctionem, quã adhibuit Theodosius, parum prodesse suæ caussæ potest:
D
nostræ verò sẽtẽtiæ nihil obest; siquidem alias leges alijs legibus declarari, distingui, elucidari, non est nouum, l. non est nouum, ff. de Legibus. Igitur Vlpiani responsum ex Teodosij lege declarabitur.

CAPVT VII.

Alia dua Controuersia de eadem re.


PAter Testamentum fecit solenniter, filiumque suum impuberem instituit hæredem, eidemque pupillariter substituit extraneum; postea Codicillum fecit, & quinque testibus præsentibus substitutionem factam reuocauit, substituitque eidem filio suo cognatos proximiores ab intestato venientes, quæritur: an posterior substitutio in Codicillis facta priorem tollat in Testamento solenni comprehensam.

Triplex est Doctorum sententia. Prima est Bart. quem

A
secuti sunt Castr. Fulgos. & Alex. in Comment. l. hac consultissima, § si quis autem Testamento, C. de Testam. posteriori substitutione sublatam priorem videri. Fundamentum est in d. §. si quis autem Testamento. Sicut enim prius Testamentum perfectum, in quo instituti sunt extranei, posteriore tollitur imperfecto coram quinque testibus facto, in quo venientes ab intestato, sunt vocati; ita & substitutio, de qua agitur, sublata esse videtur. Huc accedat, quòd substitutio pupillaris in Codicillo facta, videtur esse in Testamento facta, scilicet pupillari Testamento, §. Igitur, in Institut. de pupillari substitutione. Quod quidem pupillare Testamentum fieri potest etiam seorsim à Testamento patris, l. si quis eum, 16. §. 1. ff. de vulgari & pupillari substit.

Altera est sententia Baldi, Angeli, Salyceti, & aliorum, quos commemorant Alex. & Iason in Comment. dicti loci: In hac specie, de qua agitur, posteriorem substitutionem in Codicillis factam non valere, & ideo priorẽ non
B
videri sublatam. Fundamentum est, quia in Codicillis hæreditas neque dari, neque adimi directè potest, l. 2. C. de Codicillis, §. Codicillis, in Institutionibus, eodem titulo: in hac autẽ specie nostra hæreditas directè aufertur prioribus substitutis in Testamento, & datur alijs substitutis in Codicillis; igitur non valet, & consequenter priorem substitutionem non infirmat.

Postrema est sententia, quæ mihi cęteris probabilior videtur, Alex. in d. §. si quis autem, post alios, quos commemorat: posteriore substitutione in Codicillis facta, sublatam videri priorem, non quidem iure directo, sed per fideicommissum, ita videlicet, vt substituti in Testamento, rogati esse videantur hæreditatem restituere substitutis in Codicillis. Fundamentum habet hæc sententia satis firmum, in l. Scæuola, ff. ad Trebel. *Si pater*, ait textus, *filium suum ex asse hæredem scripserit, eiq; Codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet substitutio inutilis sit, quia Codicillis hæreditas neque dari, neque adimi potest; tamen
C
benigna interpretatione placet, vt frater, qui ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur*. Hactenus Iurisconsult.

Quod quidem responsum ad quæstionem nostram rectè accomodari potest, in hunc sanè modum, vt licet inutilis sit substitutio directa in Codicillis facta, benigna tamen interpretatione ij, qui in Testamento substituti fuere, atque adeò ipsi pupillo succedere poterunt, fideicommisso obligentur ijs, qui in Codicillis substituti sunt.

Ad argumentum prioris sententiæ respondeo, textum in d. §. si quis autem, directè non comprehendere hanc speciem, & licet eadem sit ratio in Codicillis, quæ in Testamento, pręsertim cùm & posterius Testamentum non valeat, vt Testamentum, sed vt voluntas ab intestato defuncti; illud tamen est impedimento in quæstione nostra, quòd in Codicillis hæreditas directè dari non potest, consequenter ij, qui in Codicillis substituti sunt, directè succedere non possunt, sed per fideicommissum. qua
D
ratione rectè perpensa, responsio patet ad argumentum alterius sententiæ: nihil enim aliud probat, nisi substitutionem in Codicillis factam iure directo non valere, quod nos etiam concedimus atque defendimus: sed valere tamen iure fideicommissi ex benigna quadam interpretatione, fatemur atque contendimus.

Altera est controuersia. Pater Testamentum fecit, & liberis hæredibus institutis in legitima portione; vel illis iustas ob caussas exhæredatis, extraneos instituit hæredes, adhibitis solennibus testamentorum, postea aliud Testamentum fecit, in quo hæredes filios suos instituit, non adhibitis quinque testibus, sed seruata tamen forma Nouellæ Iustiniani de Testamentis imperfectis; quæritur an posteriore testamento sic imperfecto, sublatum esse videatur prius perfectum & solenne; Et quidem sublatum non videri Oldradus, subobscurè tamen, respondit, in consil. 119. Idem docuerũt Iason & Sichardus, in Comment. d. §. si quis autem. Fundamentum est in eo textu, quatenus Imperator disertè requirit quinque testes

in

in posteriori Testamento, in quo venientes ab intestato A instituti sunt, inter quos procul dubio sunt & liberi: Quare cùm in proposita specie quinque testes adhibiti non fuerint, primum Testamentum sublatum non videtur.

Nec obstat, si dicatur Testamentum inter liberos valere etiam sine testibus, seruata tamen forma Nouellæ de Testamentis imperfectis: quia hic non tantùm opus est vt valeat, verùm etiam vt tollat præcedens Testamentum, quod videtur difficilius. Et ratio est; quia vbi nullum præcessit Testamentum, tunc causa intestati iuuat caussam testati, vt loquuntur Doctores nostri, hoc est, quia liberi ab intestato successuri sunt, idcirco facilè conceditur Testamentum valere inter ipsos liberos confectum à parentibus: sed vbi aliud præcessit Testamentum, in quo alij hęredes instituti sunt, hæc ratio cessat; quia defuncto succedunt hæredes instituti, non autem liberi.

Sed contrariam sentētiam habuit Castrensis in Auth. Hoc inter liberos, C. de Testam. Et Alexander post Bal- B dum, quem citat, in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. eodem titulo.

Huius sententiæ fundamentum est: quia tale testamentum imperfectum inter liberos sine dubio valet. Si valet: ergò prius testamentum rumpitur: quia nemo potest decedere cum duobus testamentis validis, l. postumus, §. si paganus, ff. de iniusto, rupto & irrito testamento. Argumentum à simili affertur de Testamento militis. Primum enim militis testamentum iure communi celebratum rumpitur posteriore, quod iure militari conditum est. l. Eius militis, §. militia missus, ff. de militari Testamento.

Mihi prior sententia magis probatur, atque pro eiusdem sententiæ confirmatione perpendo totam seriem ac dispositionem, l. hac consultissima, C. de Testamentis, vbi Theodosius primùm recenset solennia Testamentorum in scriptis. Secundò statuit testamentum illis solennitatibus carens, imperfectum esse. Tertiò, ex imperfecto testamento defuncti voluntatem tantum inter liberos tenere. C Quartò commemorat solennia testamenti nuncupatiui, vt in §. per nuncupationem, Postremò, in §. si quis autem vt, statuit primum testamentum perfectum posteriore imperfecto non rumpi, nisi in primo extranei; in secundo autem venientes ab intestato instituti sint, & in secundo fuerint quinque testes adhibiti.

Hoc postremum legis caput ad omne testamentum imperfectum referri debet, & sic etiam ad testamentum imperfectum, quod inter liberos factum est, de quo prius Imperator verba fecit; & sic Theodosius hoc vult, vt licet testamentum imperfectum aliquando seruandum sit, puta inter liberos, non tamen locum habere possit, vbi de priori testamento solenni rumpendo agitur, nisi hæc duo pręterea concurrant: Nempe, vt in primo extranei sint instituti: in secundo autem instituti sint ipsi liberi, vel alij ab intestato venientes coram quinque testibus.

Quibus ritè perpensis, patet contrariæ sententiæ argumentum non obstare: Neque enim bona est collectio: D Testamentum inter liberos ita conditum valet: ergò tollit præcedens testamentum solenne: valet enim, si nullum præcedat testamentum, sed non potest aliud præcedens testamentum infirmare.

Nec simile obstat, quod affertur à nonnullis ex l. eius militis, §. militia missus, quia nouissima voluntas militis testamentum est, vt ibi dicitur. Itaque in milite ea distinctio non adhibetur, quæ in cæterorum testamentis adhiberi solet: Vtrum nempe, prius testamentum perfectum sit & solenne: nostra autem quæstio non est de milite.

CAPVT VIII.

Vtrum Theodosij Constitutio, de qua in d. l. hac consultissima, §. si quis autem testamento, C. de Testamentis, locum habeat, si quis testamento facto extraneos hæredes instituerit; deinde quinque testibus adhibitis se intestatum decedere velle, & testamentum suum reuocare declarauerit. Et an primum testamentum reuocetur per secundum, si testator iurauerit se illud non reuocaturum.

Vidam testamentum fecit solennibus adhibitis, atque in eo hæredes extraneos instituit; deinde testibus quinque adhibitis declarauit, se illud reuocare velle, quoniam intestatus decedere in animo habet. Quęritur, an prius testamentum perinde infirmetur ac si secundum scripsisset testamentum, atque hæredes ab intestato venientes instituisset.

Communis est sententia reuocatum videri prius testamentum, ita Alexander, in l. Sancimus, C. de Testamentis. Couuatruuias ad Rubricam de Testamentis, in secunda parte. Versiculo, Sexta conclusio. Alios citat Cardinalis Franciscus Mantica, de coniecturis vltimarum Voluntatum, libro secundo, titu. decimoquinto, nume. decimooctauo. Et fundamentum est, quia is, qui vult intestatus decedere, censetur hæreditatem venientibus ab intestato relinquere, l. conficiuntur, ff. de iure Codicillorum: sicut ergo primum testamentum esset reuocatum, si secundum condidisset, in quo venientes ab intestato instituisset hæredes, vt in l. Hac consultissima, §. si quis autem, C. de Testamentis: ita etiam respondendum videtur in hac specie, in qua tacitè venientibus ab intestato hæreditatem reliquit.

Sed contrariam sententiam habuerunt Paulus Castrensis & Fulgosius in d. l. Sancimus. C. de Testamentis, pendetque hæc iuris controuersia ab ea quęstione: An testamentum reuocetur ex eo, quod testator declarauerit, se velle illud reuocare, ac intestatum decedere. Qua in re aliqua sunt iuris loca, ex quibus decisio colligi possit: in primis textus in l. militis, §. Veteranus, ff. de militari Testamento. *Veteranus miles*, inquit Papinianus, *testamentum iure communi tempore militiæ factum, irritum esse voluit, & intestatus esse maluit. Hæredum institutiones ac substitutiones in eodem statu mansisse placuit. Legata verò petentes exceptione doli mali secundùm ius commune submoueri, cuius exceptionis vires ex persona petentis æstimantur, & alioqui potior est in re pari, causa possessoris.*

Sententia legis hæc est. Testamentum minimè reuocari quantum ad institutiones, & substitutiones, ex eo, quod testator dixerit, velle se illud irritum esse, & intestatum decedere, sed quantum ad legata, reuocatum censeri, & ideo legatarijs petentibus legata ex tali testamento, doli mali exceptionem objici posse: Si tamen res legatas possideant, eorum causam meliorem esse: quia scilicet, non poterunt hæredes ab eis res legatas petere.

Secundus locus est in l. prima, §. si hæres, ff. si tabulæ Testamenti nullæ extabunt. Vlpianus: *Si heres institutus non habeat voluntatem* (defuncti) *vel quia incisa sunt tabula, vel quia cancellata, vel qua alia ratione testator voluntatem mutauit, voluitque intestato decedere: dicendum est ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt.*

Hic locus videtur contrarius præcedenti: Hoc enim Vlpianus vult: Hæreditatem pertinere ad venientes ab intestato, propterea, quod testator priori mutata voluntate declarauerit se velle intestatum decedere.

Tertius locus est in §. ex eo, in Institutionibus: Quibus modis Testamenta infirmentur: *Ex eo autem solo,*

inquit Imperator, *non potest infirmari testamentum, quòd postea testator id voluerit valere*, &c. A

Hic locus videtur esse similis primo quem citauimus.

Quartus locus est in l. Sancimus, C. de Testamentis. vbi Iustinianus ita dicit: *Si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso iure tollitur primum testamentum: Si autē testator tantummodo dixerit, non voluisse prius stare testamentum, vel alijs verbis vtendo, contrariam apparuerit habuisse voluntatem, & hoc vel per testes idoneos, non minùs tres, vel inter acta manifestauerit, & decennium fuerit emensum, tunc irritum esse testamentum tàm ex contraria voluntate, quàm ex cursu temporali*, &c.

Sunt igitur tria iuris loca, ex quibus probatur: Testamentum non reuocari ex eo solo, quod testator dixerit se nolle illud valere, sed potius intestatò decedere; ex quibus planè efficitur, vt in quæstione proposita Fulgosij & Castrensis sententiam iuris magis consentaneam esse nō dubitem: Si enim Testamentum illo modo reuocari non potest, nisi & decennale tempus concurrat, sequitur dicendum in proposita quæstione, reuocatum non videri. B

Respondent cōtrariæ sententię authores; Leges proximè allatas loqui, quoties testator tres tantùm adhibuerit testes in reuocando testamento autoritate d.l. Sancimus; ibi. *Et hoc vel per testes idoneos, non minùs tres*, &c. Non rectè; Quia idem vult textus in d.l. Sancimus. Etiamsi essent plures testes quàm tres; Illa enim verba, *Non minùs tres*, significant, non pauciores esse oportere, quàm tres, sed tamen idem esse respondendum, licet sint plures, quàm tres.

Non obstat textus in d.l. 1. §. si hæres, ff. si tabulæ testamenti nullæ extabunt: quia Iurisconsultus ibi non docet ex professo; Testamentum irritum fieri ex eo, quod testator illud reuocet, & velit intestatus decedere: sed præcipua eius mens ac intentio est, explicare: Vtrùm ab intestato venientes, qui bonorum possessionem acceperunt, excludere aliquando possint hæredem scriptum: & respondit, posse, si hæres scriptus non habeat defuncti voluntatem, vt puta, si tabulæ testamenti sint incisæ, vel cancellatæ à testatore, vel si qua alia ratione voluntatem testator mutauerit, voluerit que intestatus decedere. Quæ autem sit illa ratio, Iurisconsultus non declarat, neque verò illa ratio esse poterit: Si videlicet testator dixerit, se velle intestatum decedere: quia hæc sola non sufficit ad infirmandum testamentum prius confectum, vt iam dictùm est; sed hoc intelligere oportet, si testator aliquid aliud fecerit simile incisioni & cancellationi tabularum, ex quo manifestum fit, ipsum mutasse voluntatem, vt puta, si testium sigilla, vel subscriptiones, vel partem scripturæ testamenti lacerauerit, dixeritque se velle intestatum decedere: tunc enim irritum efficitur testamentum, l. penult. C. de Testamentis. C

Non obstat textus in d.l. hac consultissima, §. si quis autem, loquitur enim de eo, qui post primum testamentum aliud fecit. Et licet eadem ratio esse videatur etiam in hac specie, tamen illud est impedimento, quod secundum iuris regulas primum testamentum ex eo solo non rumpitur, quod postea testator dixerit, se nolle, illud valere. D

Quòd attinet ad alteram quæstionem; sunt qui existiment, primum testamentum iuramento non obstante reuocari, sunt qui negent; sunt qui reuocari quidem putent, sed testatorem in periurium incidere. Vide Couarruuiam, ad Rubricam de Testamentis, in 2. parte, nu. 9. Et Iulium Clarum, §. Testamentum, q. 94.

Qui reuocari putant, eo mouentur argumento; quod iuramentum sequitur naturam actus super quo interponitur, l. vltima, C. de non numerata pecunia. hæc autem est natura testamenti, vt reuocari possit: qui verò negant, iuramento nituntur, & is, quæ pro eius efficacia, & virtute Sacris Canonibus constituta sunt, c. cùm contingat, de iureiurando, cum alijs similibus.

Sed mihi magis probatur reuocari posse, quamquam temerè iurantem, hoc modo à peccato excusare non possim, ex notatis in c. vlt. de Procuratorib. lib. 6. Etsi enim iurisiurandi magna sit virtus & efficacia in contractibus, & cęteris conuentionibus, non tamen eandem esse in actibus, qui ex sola voluntate facientis pendent, iudico, quantum ad hoc, vt reuocari non possint. Illud non probo, quod nonnulli afferunt, tale iuramentum esse contra bonos mores; quia liberam testandi facultatem impedit, ex l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verborum obligationibus. Neque enim illa lex ad hunc casum rectè accommodari potest, & si quæ aliæ sunt similes leges: quia de stipulante & paciscente loquuntur, qui liberam testandi facultatem alijs præripere conatus est.

CAPVT IX.

Vtrum testamentum ex causa exhæredationis filiorum sit nullum.

VAriæ ac diuersæ sunt Doctorum sententiæ, si paterfamilias Testamento facto suos exhæredauerit liberos, an valeat testamentum. Et quidem nequaquam valere, si exhæredationis causæ non adscribantur; vel adscriptæ non probentur, docuit olim Martinus Glossator, & Iacobus Beluisius, quorum sententiam de iure veriorem esse scribit Aretinus in Commentarijs Auth. Non licet, C. de Liberis præteritis. Cæterùm, communior sententia est, distinctionem adhibendam esse, in hunc modum. Vt si quidem nulla exhæredationis causa testamento fuerit inserta, vel talis causa inserta fuerit, quę legitima non sit ac sufficiens, tunc testamentum fit nullum: si verò causa legitima inserta sit, sed probari ab hærede non possit, tunc testamentum consistat, sed tamen rescindi per quærelam de inofficioso possit. Ita docuerunt Bartolus, Alexander, Iason, num. 18. Cagnolus num. 75. in Authen. Ex causa, C. de Liberis præteritis. Iulius Clarus, §. Testamentum, quæstio. 40.

Tertia denique est sententia, in omnibus his casibus testamentum quidem valere: cæterùm quærela proposita rescindi tanquam inofficiosum posse. Ita docuere Fulgosius, in Commentarijs d. Auth. Ex causa, Ioannes Imolensis, ad l. 1. ff. de Testamentis. Viglius ad Institutiones; titulo de inofficioso testamento, in principio. Vasquius de Successionum creatione, parte 1. lib. 2. §. 20. num. 16 x. Et in eandem sententiam inclinare videtur Couuarruuias, ad c. Raynucius, in principio, nu. 6. de Testamentis. Adde Duarenum in Commentarijs ad Tit. C. qui testa. facere poss. c. 3. & ad Titulum de inoff. testamento.

Atque hanc sententiam postremo loco relatam, ego verissimam esse iudico, quam breuiter confirmabo; deinde argumentis contrarijs respondebo.

Probatur igitur hæc sententia primò, quia certum est, ante Nouellam Iustiniani, de qua in §. aliud quoque capitulum, in Authentic. Vtcùm de Appellatione cognoscitur: Eiusmodi testamentum inofficiosum appellari posse, ac proinde rescindi per quærelam, non autem nullum esse & inualidum. id patet ex toto ferè titulo, ff. & C. de inofficioso Testamento, ergò nullo alio argumento nullum esse demonstrari potest, quàm ex dicta Nouella Iustiniani; sed in d. Nouella ius antiquum non corrigitur à Iustiniano circa querelam inofficiosi testamenti, quod sanè ius antiquum si tollere voluisset Imperator, vel aliqua ex parte mutare, æquum fuisset id exprimere, sicuti expressit, dum causas iustas exhæredationis & præteritionis constituit. Et sanè cuilibet vel mediocriter versato in lectione Nouellarum notum esse potest, eum esse morem Iustiniani, vt nunquam ius antiquum emendet ac mutet, nisi præmissa prælatione, & causis, quibus se inductum fuisse commemoret. Quam ob rem cùm in tota illa Nouella nullum sit verbum, ex quo talis correctio & mutatio deprehendatur, non est à nobis temerè inducenda.

Secundò probatur ex verbis d. Nouellæ Iustiniani, in §. sin autem hæc obseruata non fuerint, ibi: *Sed quantum ad hoc non rescissum testamentum*, &c. Et rursus ibi: *Et rescisso*

reſciſſo teſtamento, &c. his enim verbis indicatur teſtamẽtum reſcindi poſſe, & conſequenter nullum dici non poſſe: quia id quod nullum eſt, reſcindi non poteſt. l. nam etſi ſub conditione, ff. de iniuſto, rupto & irrito teſtam.

Nec valet reſponſio illa: Reſcindi poſſe teſtamentum impropriè, quatenus de facto proceſſit: ſicuti & alibi id, quod nullũ eſt, reſcindi dicitur, l. 1. ff. de Ferijs, l. 1. ff. quę ſententiæ ſine appellatione reſcindantur. Nam nulla ſuppetit ratio in d. Nouella, ita accipiendi verbum *reſcindi*, quod cum propriè referatur ad actum validum, qui tamẽ infirmari poteſt, noſtrum non eſt à proprietate verbi recedere; præſertim cum ex hoc inducatur correctio legũ antiquarum, ſed potius ſequi nos proprietatem oportet, vt eam euitemus correctionem. Nec bona eſt conſequentia. Verbum aliquod alibi in eo ſenſu accipiendum eſt: igitur & hoc in loco: alijs enim locis conuenire poteſt, & congruere illa interpretatio, non autem huic loco.

Primum argumentum contrariæ ſententiæ ſumitur ex §. Aliud quoque capitulum, Nouellæ ſupra dictæ, in illis verbis: *Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, auo vel auiæ, &c. filium ſuum, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in ſuo facere teſtamento; niſi forſitan probabuntur ingrati: & ipſas nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento*, &c. Ergò niſi hæc obſeruata fuerint, teſtamentum eſt nullum, veluti factum contra legem, argumento l. non dubium, C. de legibus, & l. cum lex, ff. de fideiuſſoribus.

Reſpondeo: Teſtamentum nõ eſſe nullum, ſed reſcindi poſſe per querelam. Nam & olim ſine iuſta cauſa non licuit parentibus filios exhæredare, & tamen teſtamentum valebat, ſed reſcindi poterat: hoc enim ſufficit in eũ qui legis præcepta non obſeruat, conſtituere, vt ſcilicet actus effectu non conſiſtat, & infirmari poſſit.

Secundum argumentum eſt ex eadem nouella, in §. ſiue igitur, vbi Imperator ſtatuit: Teſtamentum ſuam habere firmitatem, ſi parentes vnam, vel plures ex cauſis ibi enumeratis expreſſerint in exhæredatione liberorum & ſcripti hæredes eam probauerint; Ergò à contrario ſẽſu nullum eſt teſtamentum, ſi hæc ſeruata non fuerint.

Reſpondeo. Non hoc ſequi, ſed teſtamentum ſuam firmitatem non habiturum, quia videlicet reſcindi poterit: cauſis autem expreſſis & probatis nequaquam. & ſic argumentum à contrario ſenſu rectè ſumetur.

Tertium argumentum eſt ex eadem Nouella, vbi Iuſtinianus poſt §. ſiue igitur, ita dicit: *Si autem hæc obſeruata non fuerint, nullum liberis exhæredatis præiudicium generari*: ſi enim nullum generari poteſt præiudicium: ergo teſtamentum non valet: Nam ſi valeret, aliquod præiudicium generaretur, ſi vel tempore conſtituto querela inofficioſi teſtamenti non proponeretur, vel filius exhæredatus antequam eſſet præparata, moreretur.

Reſpondeo, nullum fieri præiudicium liberis exhæredatis, ſcilicet ſi querelam propoſuerint tempore conſtituto, non autem ſi teſtamentum approbauerint. Nam etſi nullum eſſet teſtamentum, & ipſi illud approbarent, præiudicium oriretur. Fateor vtilius eſſe liberis ſi teſtamentum ſit nullum, quàm ſi ſit inofficioſum: ſed non propterea inferri poteſt, nullum eſſe, & querela opus non eſſe: quia ſatis eſt, ſi propoſita querela, quam proponendi liberam habent poteſtatem, vt teſtamentum reſcindatur, liberi poſſint impetrare, & ea ratione ſuæ indemnitati proſpicere.

Quartum argumentum eſt ex eadem nouella poſt §. ſiue igitur. in illis verbis: *Sed quantum ad inſtitutionem hæredum teſtamentò euacuato ad parentum hæreditatem liberos tanquam ab inteſtato peruenire.*

Reſpondeo, *euacuato teſtamento*, ſcilicet per querelam. Nam per eam reſcinditur & exinanitur teſtamentum, & res ad cauſam inteſtati reducitur.

Poſtremum argumentum eſt ex eodem §. ſiue igitur. in illis verb. *Si tales igitur cauſas, vel vnam ex iis liberi teſtamentis inſcripſerint, & ſcripti ab iiſdem hæredes eam probauerint, teſtamentum in ſua firmitate manere præcipimus;*

A *ſi autem hæc omnia non fuerint obſeruata, nullam vim huiuſmodi teſtamentum, quantum ad inſtitutionem hæredum habere ſancimus.*

Reſpondeo: *Nullam vim habere*, quia reſcindi poterit. id patet ex verbis ſequentibus: ſtatim enim ſubdit textus: *Sed reſciſſo teſtamento, eis, qui ab inteſtato ad hæreditatem defuncti vocantur, res eius dari diſponimus.*

CAPVT X.

Quomodo accipiendum quod dicitur in Auth. Præterea, C. de liber. præteritis, ſi teſtamentum irritum ſit ex cauſa prætentionis & exhæredationis, cætera tamen firma manere.

CONtrouertitur autem quo modo ſit accipiendum, quod dicitur in d. Auth. Præterea, cætera in teſtamento contenta præter inſtitu- B tionem firma manere; verum ſcilicet in eã parte ita teſtamentum conſiſtat, vt ex eo naſcatur actio legatarijs & fideicommiſſarijs. Duplex eſt Doctorum ſententia. Vna crebrior, vt mihi videtur, agẽdum eſſe ex teſtamento, ita Bartol. Caſtrenſ. Alexand. Iaſon, Corneus, in Commentarijs d. Auth. Præterea, C. de liber. præterit. Andr. Geyll, lib. 2. Obſeru. 123. ad finem.

Fundamentum eſt in §. ſiue igitur, in Authen. vt cum de Appell. cog. ibi. *Tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum.*

Secunda eſt ſententia Dyni, Cyni & Petri, actionem ex teſtamento non oriri, ſed agendum Condictione ex lege. Fundamentum eſt: quia nemo poteſt decedere pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, ſecundum vulgarem Iuris Regulam. Igitur cum teſtamentum, quantum ad inſtitutionem, ſit irritum, valere non poteſt quoad cętera in ea diſpoſita, licet cætera firma maneant, ac præſtari debeant. Non enim ex teſtamento peti poterunt, C ſed Condictione ex lege, tanquam ab inteſtato. Præſertim vero, quod ex lege firmantur, & cum aliquid confirmatur agendum ſit ex confirmante, non ex confirmato, argum. l. aſſe toto, ff. de hæred. inſtit. l. ſi quis priore, ff. ad Trebell. l. poſtum. §. vlt. ff. de iniuſto, rupto & irrit. teſtamento. Huc accedat quod textus in dicto §. ſiue igitur, non abſoluiè dicit, teſtamentum in ea parte valere, ſed inquit, *Et tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum.* Illa dictio *Tanquam*, eſt impropriètatis nota, ſecundum Albericum, in Dictionario, in verbo, tanquam. Denique, nemo poteſt decedere cum duobus teſtamentis validis, ſed ſi poſterius valet, tollitur prius. §. poſteriore, in Inſtitut. quibus modis teſtam. infir. Si quis ergo vnum faciat teſtamentum, deinde aliud, in quo filium exhęredet hoc ſecundum teſtamentum, cum ſit irritum, non poterit præcedens tollere; ergo præcedens manebit firmum, & ſimul quoque poſterius, quantum ad cętera in eo diſpoſita præter inſtitutionem.

D Verum iſtis nil morantibus, communem ſententiam veriorem eſſe iudico, & ad primum contrariæ ſententiæ argumentum reſpondeo; ab initio quidem neminem poſſe decedere pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum; ſecus ex poſt facto, l. circa, ff. de inof. teſtamen. Ergo pro parte rumpi teſtamentum poterit defuncto teſtatore, & pro parte obtinere; Et cum hac de re clara ſit Conſtitutio Iuſtiniani, nullatenus ambigendum videtur. Nam & ſtatuto obtineri poſſe, vt teſtamentum pro parte valeat, & pro parte non valeat, optimè probat Decius, ad l. ius noſtrum, ff. de regu. iur. Quod vero dicebatur ex confirmante agendum, non ex confirmato, non ſemper verum eſt, id patet: quia cum pactum à lege confirmatur, ex pacto agitur, l. legitima, ff. de pactis. Et ratio eſt; quia, ſi teſtamentum, quod reſcindi poterat, ita confirmatur à lege, vt valeat, nec reſcindi poſſit, ſine dubio illud, tanquam validum, actionem producit, ſicut cætera teſtamenta. Et dictio *Tanquam* aliquando eſt veritatis nota, vt docet Albericus loco annotato. Ad vltimum argumentum

mentum respondeo: si talis prрoneretur facti species: A primum testamentum vires habiturum, non secundum quippe quod in omnibus non consistat, nec aliter posteriore testamentu prius infirmetur, quam si posterius voluerit. Vide Angelum inter consilia Petri Ancharani, consil. 203.

CAPVT XI.

Cum testamentum est nullum, ex causa præteritionis filii, vel inofficiosum, ex causa exhæredationis; vtrum filius, qui ab intestato vindicat hæreditatem, eam restituere teneatur hæredibus in testamento scriptis virtute Clausulæ codicillaris in testamento adiectæ.



Communis est sententia: filium, qui ab intestato vendicat hæreditatem, eam ob caussam, quod sit exhæredatus, vel præteritus in testamento, vigore clausulæ codicillaris fideicommisso teneri ad restituendam scriptis hæredibus hæreditatem, detracta scilicet legitima. B Vide Bartolum in Authent. ex causa, C. de liber. præteri. in l. 1. num. 9. ff. de iure codicillor. Castr. Alex. Iason, & alij, de quibus per Gabrielium commun. conclu. titu. de de clausulis, concl. 7. & Iulium Clarum, in §. testamentum, quæst. 46.

Et fundamentum est primo in l. ex ea, §. 1. ff. de testa. Paulus: *Ex his verbis quæ scripturæ paterfamilias addidit; Hoc testamentum ratum esse volo, quacunque ratione poterit, videri eum voluisse, omnimodo valere ea, quæ reliquit, etiam si intestatus decessisset.* Secundò, quia codicillaris clausula idem operatur, ac si testator venientes ab intestato rogasset, vt hæreditatem scriptis hæredibus restituerent, l. vlt. C. de codicill. ibi: *Illud quoque pari ratione seruandum est*, &c. Sed si ita rogasset expresse venientes ab intestato, vt scriptis hæredibus restituerent hæreditatem, nullum videretur esse dubium, quin fideicommissum præstandum esset, l. si quis cum testamentum, de iure codicillor. C Ergo idem respondendum, vbi clausula codicillaris testamento adiecta est.

Verum huic communi sententiæ vt assentiri non possim facit textus in l. Titia, ff. de inoff. testam. Scæuola: *Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit; eodem testamento ita cauit. Ea omnia, quæ supra dari fieri iussi, ea dari fieri volo ab omni herede bonorumue possessore, qui mihi erit etiam iure intestato. Item quæ dari iussero, ea, vti dentur fiantque fidei eius committo. quæsitum est, si soror centumuirali iudicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur. Respondi si hoc quæratur: an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes, bonorumue possessores successures credat, fideicommittere possit. Respondi posse. Paulus notat. probat autem nec fideicommissa* ab intestato data deberi, *quasi a demente.*

Vides hic, quod Paulus docuit in l. ex ea, §. 1. ff. de testamen. non probari eidem Paulo in hac, de qua agitur, D specie: quia fideicommissum à demente factum videtur. Et sanè leges, quæ testamentum has ob caussas rescindunt, & filijs præteritis siue exheredatis ab intestato successionem deferunt, quodammodo eluderentur, hac, de qua agimus, cautela clausulæ codicillaris, omnisque minueretur ferè honor liberis debitus ex honorabili institutionis titulo, si rescisso testamento hæreditatem nihilo minus reddere scriptis hæredibus cogerentur.

Idem docet Scæuola in l. patronus, §. vlt. ff. de legat. 3. *Apud Scæuolam* (inquit textus) lib. 18. *Digestorum, Claudius notat, nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset: quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet.*

Dicebam olim, sublatam esse hanc rationem, qua nititur l. Titia. ex Iustiniani Nouella, statuentis cætera in testamento contenta, præter institutionem, firma manere. hæc enim præsumi ac censeri non possunt, veluti à demente ordinata, alioqui firma non manerent. A Correcta autem ac sublata ratione legis, videri sublatam & correctam legem, vt docet Glos. in l. 1. ff. de legit. tutor. Iason ad l. postum. nume. 18. C. de bonor. possess. contra tabu. Sed iam non placet hæc responsio: quia procedere potest quo ad alia in testamento ordinata præter institutionem. hic verò est quæstio de ipsa institutione, an vigore clausulæ codicillaris conuertatur in fideicommissum: Et de hac re nihil Iustinianus statuit, sed de alijs duntaxat legatis & fideicommissis, quæ in testamento continentur. Et ratio est, quia testator nil peccauit circa reliqua legata & fideicommissa, sed duntaxat circa ipsam institutionem, meritò illa irrita efficitur, non cætera legata: Si irrita efficitur & corruit, non facilè intelligo, quo modo possit ad fideicommissum trahi; Non lex, non ratio id suadere potest. Quare à communi sententia recedendum puto, vnà cum Accursio in Authen. ex caussa, C. de liber. præterit. & cum multis alijs à Gabrielio citatis loco B annotato. Adde Bursatum in cons. 15. nu. 8. lib. 1.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo: concedo eam esse regulariter vim clausulæ codicillaris, sed nego eam in proposita specie obtinere; quia præsumitur in ea re fuisse testator furiosus, ac non sanæ mentis.

Ad secundum respondeo, si paterfam. rogasset filios suos, qui ab intestato succedunt, vt hæreditatem illis restituerent, tunc omnia salua fore, & filios retenta legitima portione, quæ de restitutione excipienda est, iuxta §. quamobrem, in Authen. de restit. & ea quæ parit, & c. Restituturos hæreditatem. quia nihil continet absurdi illa dispositio ac voluntas testatoris. Filij enim sunt hæredes, sicut lex præcipit, & fideicommisso grauati, quod lex non vetat. At vbi filius præteritus vel exhæredatus, alius hæres instituitur, manifestus est dementiæ testatoris prætextus, ac cui per codicillarem clausulam prouideri non potest.

C

CAPVT XII.

Vtrum clausula codicillaris testamento adiecta, operetur, vt posthumus ignoranter præteritus, qui testamentum rumpit, teneatur scriptis hæredibus restituere hæreditatem ex fideicommisso.



Vbnectam his vulgarem, sed arduam & celebrem controuersiam de posthumo ignoranter præterito; an, etsi rumpat testamentum, teneatur tamen scriptis hæredibus restituere hæreditatem vigore clausulæ codicillaris testamento adiectæ, legitima scilicet, vel etiam, secundum aliorum sententiam Trebellianica detracta, Bartolus respondit, non teneri, in l. prima, nume. 10. ff. de iure Codicillor. quem multi secuti sunt, & multi reprobarunt, vt videre licet ex Alexandro, in consilio 50. D lib. 6. Crauet. in cons. 34. Tiraquell. ad l. si vnquam, in verbo, *Donatione largitus*, num. 269. C. de reuoc. donat. Antonio Gabriel. commu. conclus. titu. de clausulis, conclus. 8. num. 8. Rolando à Valle, in cons. 7. lib. 4. Cagnol. in Authent. ex caussa, C. de liber. præter. Iulio Claro, §. Testamentum, quæst. 46. Bursato, in consil. 15. Andrea Geyll, lib. 2. Obseru. 14. Omnium latissimè Anton. Tessauro, decis. Pedemont. 141. Menochio, consil. 499. lib. 5. & de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 32.

Argumenta Bartoli & sequacium hæc sunt. Donatio inter viuos reuocatur filiorum natiuitate, l. si vnquam, C. de reuoc. donat. Ergo multo magis fideicommissum, quod in clausula codicillari continetur. Nam donatio ex consensu duorum perficitur, nempe donantis & donatarij; Fideicommissum autem ex consensu vnius tantum, nempe, defuncti, & consequenter difficilius reuocari debet, quam fideicommissum, argumento eorum quæ notantur in l. 1. C. de pactis. Duplex enim funiculus magis ligat, &c.

Secundò

Secundò, in testamento militis, quod iure communi confectum est, tacitè inest illa clausula, Vt, si non possit iure communi valere, iure militari valeat, l. 3. ff. de milit. testam. & tamen postumi ignoranter præteriti natiuitate, rumpitur, argum. l. qui iure militari, ff. eod. titu. & l. si cum vel in vtero, C. eod.

Tertiò, legata non debentur à postumo ignoranter præterito, vbi alius hæres institutus est, & ipse cohæres efficitur, quia videlicet de eo testator non cogitauit, l. qui graui, l. penult. ff. de iure codicillor. Ergo multo minus fideicómissum ipsius hæreditatis debebitur. neque enim verisimile est, defunctum testatorem voluisse postumo, de quo non cogitauit, tale fideicommissum iniungere, vt hæreditatem restituat hæredi scripto.

Quartò, hæc confirmantur ex eo, quod non præsumitur testatorem voluisse alienam sobolem suæ anteponere, atque adeo bona sua peruenire ad hæredes scriptos, exclusis filijs proprijs, argumento l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. l. generaliter, C. de instit. & substit. l. ex testamento, ff. de vulg. & l. si is qui ducenta, §. item si pater, in fine, ff. de reb. dub. Videretur autem istud voluisse, si Clausula codicillaris in hac specie id efficeret, vt filius postumus videretur esse grauatus fideicommisso bona restituere scriptis hæredibus.

Fundamentum autem contrariæ sententiæ est in eo positum, quod per clausulam codicillarem testator videtur velle, (præsertim cum verbis ad futurum tempus respicientibus concepta est) vt in testamento disposita iure fideicommissi effectum habeant, si testamentum quomodocunque infirmetur, l. vlt. C. de codicill. Cum igitur ob postumi præteritionem, testamétum rumpatur, videtur ipse postumus tanquam proximior & hæres ab intestato, quasi ex Codicillis, rogatus fideicommisso hæreditaté restituere scriptis hæredibus.

Confirmari potest hoc argumentum ex eo, quod licet postumus natus, testamentum rumpat, non tamen rumpit Codicillos, & fideicommissa præstare tenetur, vt in l. si quis cum nullos, §. sed & si post codicillos, l. conficiuntur, §. si post factum, l. qui graui, & l. pen. ff. de iure codicillor. Denique, iuuare hanc sententiam videtur textus in l. generaliter, §. ex testamento, ff. de fideicommiss. libertat. vbi rupto testamento postumi natiuitate, libertates deberi, probatur, cum à legitimis quoque hæredibus relictæ sunt.

Ego iuri & æquitati magis consentaneam existimo priorem sententiam, quam Bartolus amplexus fuit, & multi alii secuti sunt. Et moueor tum argumentis allatis, tum hac potissimum ratione, quod, cum nulla lex propositam hanc facti speciem decidat, ex iuris & æquitatis ratione decidendam necessario esse. Illa vero maximè pugnat pro sententia Bartoli; siue enim testatoris defuncti expressam voluntatem contemplemur, siue id, quod verisimile est ipsum facturum fuisse, si de postumo nascituro cogitasset, siue rei ipsius æquitatem & iustitiam intueamur, proculdubio existimabimus, postumú testatoris filium, fideicommisso de quo agitur, grauatum non videri. In expressa enim testantis voluntate, quę testamento cótinetur, nullú est verbum de fideicommisso postumo nascituro iniungendo; immò verbum nullum, nulla prorsus de postumo cogitatio. Quod si de nascituro filio cogitasset testator, qui defunctus est, quis est interpres tam durus voluntatis paternæ, qui eam in alios magis, quàm in proprium sanguinem propensuram existimare velit? Si iustitiam ipsam & æquitatem respiciamus, hæreditatem rupto testamento secundum leges filio attribuemus; Cæteris quidem legatis saluis, prout magis videbitur eiusdem defuncti voluntati conuenire. Cæterum institutione prorsus irrita effecta, non autem ex fideicommisso vires habitura. Quæ enim est hæc subtilitas, quæ legum iustitiæque ordinem peruertit?

Non me deterret ab hac sententia virtus ordinaria clausulæ codicillaris, quasi arguméto sit, testatoré saltem in genere cogitasse de casu isto, quo postumi natiuitate A testamentum rumpi solet. Quomodo enim de hoc cogitare potuit testator, qui de postumo nihil cogitabat, quem ignorabat se habiturum, & quem si habiturum sperasset, proculdubio heredem fecisset? Aut quanti momenti est imaginaria isthęc cogitatio generalis, vt honestati, rationi, & æquitati præferatur, filijs hæreditatis emolumentum auferat, alienis largiatur?

Non offendunt hanc sententiam leges, quæ docent postumum codicillos non rumpere. Cur enim rumperet codicillos, in quibus nec aliis directè data est hæreditas, nec ipsi adempta; neque enim dari aut adimi directò potest, §. codicillis, in Instit. de codicillis? At in hac specie de testamento agitur, in quo alii, postumo ipso præterito, instituti sunt heredes. Hoc vero, si rumpit postumus, vt certum est, qui fieri potest, vt illud per obliquum exequi cogatur? Fac parentem de postumo cogitasse, tum codicillos fecisse, quibus postumi fidei committat, vt aliis hereditatem restituat: tunc concedam natum postu- B tum codicillos non rumpere, exequi parentis codicillos oportere. Si non cogitauerit de postumo defunctus, tunc non equidem natus ille, rumpet codicillos, sed non eos exequetur, præsertim vero in hac, qua de agitur specie, qua hæreditatem aliis restituere cogeretur.

Denique nihil mouet hoc, quod dicitur, postumum legitimam suam detracturum, quæ detractio cessat in specie, de qua loquitur l. si vnquam, C. de reuocan. donatio. Etenim, non ea ratione nititur l. si vnquam, quod inofficiosa sit donatio, sed quia verisimile non est donaturum fuisse parentem, si de liberis nascituris cogitasset: quæ ratio in hac specie euidenter militat. Enimuero, quod de legitimæ detractione adfertur, nihil moratur; quæ enim est ratio, assignare liberis exiguam portionem trientis, alienisque bessem hæreditatis per fideicommissum restitui oportere?

Ad textum in l. generaliter, §. ex testamento, ff. de fideicommiss. liber. responsio ex dictis patet; neque enim C agitur ibi de hæreditate præstanda heredibus scriptis, vt in specie nostra, sed de libertate danda, quæ legato vel fideicommisso relicta est à legitimis heredibus. Ex quo non rectè inferri potest ad hereditatem relictam, postumo scilicet auferendam, & alijs restituendam.

CAPVT XIII.

An sit idem respondendum circa postumum ignoranter præteritum, cum testator superuixit, & testamentum non mutauit.



Ed rursus cótrouertitur: quid si post natum filium, quem in vtero vxoris existétem ignorans testator præterijt, ipse aliquo tempore superuixerit, nec testamentum mutauerit, an id operetur clausula codicillaris testaméto adiecta, vt filius teneatur fideicommisso restituere scri- D ptis heredibus hereditatem? Affirmant multi ex his, quos annotauimus in pręcedenti capite, multi etiam negant. Affirmantium illud est fundamentum, quod cum testator diu superuixit, & testamentum non mutat, videtur in eadem voluntate decedere, & consequenter velle, suam hereditatem ad legitimos heredes peruenire, cum sciat ruptum esse testamentum filij præteriti natiuitate. Argumento sumpto ex l. Athletę, § dat remissionem, ff. de excusat. tutor. ex l. tractabatur, ff. de milita. testamen. ex l. 3. C. de inoffic. testamen. ex l. 3. & l. eum qui, ff. de probation.

Negantis autem sententię fundamentum est potissimum primo, in l. filio, §. Scia, ff. de adim. leg. vbi legatum ob superuenientes inimicitias reuocatum, non debetur, tametsi postea testator in codicillis illud non reuocauerit. Deinde in eo, quod habetur in Authent. Vt factę Nouę Constitutiones, & c. quatenus nihil imputari posse Iustinianus dicit testatori, quod testamentum non mutauerit: *Non enim*, inquit Iustinianus, *omnia sunt in nobis*,

nobis, nec semper quibusque tempus est testandi, & repentè plerunque incidunt hominibus mortes, testandi eis potestatem auferentes. A

Mihi negantium sententia magis placet, sed alio argumento, illo nempe; quod directa hæredis institutio in testamento facta ad fideicommissum trahi non possit, etiamsi adiecta sit clausula codicillaris, rupto testamento filij præteritione, quia fideicommissa videntur ab intestato data, quasi à demente, hoc in casu ex l. Titia, ff. de inoffic. testamen. vt conclusum est supra, cap. 11. Videtur enim quasi dementis, hoc velle, vt filius cogatur extraneis vel alijs remotioribus hæreditatem restituere. Quare id nequaquam præsumendum est voluisse eum, qui post conditum testamentum superuixit. Hic pugnant inuicem præsumptiones. Illa: quia superuixit, videri in eadē voluntate decessisse: Ista, non videri, ne dementiæ arguatur, præferendo filijs alios remotiores & alienos. Quis vero ambigat hanc esse vehementiorem, veri similem magis, æquiorem, iuri magis consentaneam? Vincat igitur aduersantem eamque prosternat. B Nec vllum impedimentum afferunt leges in argumento allatæ, quibus voluntatis constantia elici videtur, ex eo, quod testator superuixit, nec mutauit testamentum: neque enim eo in casu loquuntur, quo contraria militat præsumptio, vt in specie ista.

Dices etiam in specie, de qua loquitur l. 3. C. de inoffic. testamen. filium præteritum fuisse, qui postea natus fuerat, & dici neglectum a patre eam ob caussam, quod testamentum cum posset, non mutauerit. Respondeo, etiam in specie nostra eousque fatemur parentum in eadem voluntate mansisse, vt videlicet postea natum filiū neglexisse videatur, ac proinde testamentum ruptum esse dicatur nato postea filio, sed non dicimus, neque præsumimus, eum voluisse testamentum ita in codicillos conuerti, vt filius intestato succedens, alijs cogatur hæreditatem restituere, ne talem parentem dementiæ arguamus, charitate paterna exuamus, nobis præsertim cū C existimare liceat, eum de suo nihil disposuisse testamento, eo quod sciret filio suscepto reuocatum fuisse: nec putaret generalem illam clausulam codicillarem eas vires habituram, vt hunc etiam casum contra mentem eius, & iuris rationem comprehenderet, filiumque legitimum hæredem fideicommisso inducto luctuosa spoliaret hæreditate.

CAPVT XIV.

Vtrum legata conseruentur testamento ex postumi præteritione ignoranter facta rescisso.



SEd & si de legatis testamento relictis agatur quod præteritione postumi ignoranter facta rescissum est, inter Doctores controuertitur, vtrum ea conseruentur ac præstari debeant. D Et quidem negant conseruari Bartolus, Castrensl. Iason, & alij multi, in commentarijs, Authen. ex caussa, C. de liber. præterit. & per Clarum, in § testamentum, quæst. 52. versicu. Sed quid si postumus. Quorum illud est fundamentum; quod licet ex nouella Iustiniani, vt cum de Appel. cog. §. aliud, & seqnen. perspicuum sit, legata conseruari ac firma remanere testamento præteritione vel exhæredatione filiorum scienter facta, rescissos quia filij appellatione intelligitur, tam is, qui natus est viuente testatore. quam qui postea, l. etiam, l. nomen filiorum, ff. de verbo. sign. l. si quis filiabus, ff. de testamen. tutela. tamen vbi ignoranter est præteritus, alia est ratio. Non enim præsumitur is, qui testamentum fecit, ea legata donaturus fuisse, si se liberos suscepturum cogitasset. Argumento l. si vnquam, C. de reuoc. donat.

Confirmatur hęc sententia ex l. qui graui, ff. de iure codicillor. Papinianus: *Qui grauem vtero vxorem esse ignorabat, codicillis ad filium scriptis libertates dedit, nata post* A *mortem patris filia, cum de ea nihil patrem sensisse constitisset, placuit libertates à solo filio præstari posse.* Idem respondit Marcellus in l. pen. ff. eo. tit.

Sed contrariam sententiam habuerunt Alexander & Corneus, in dicta Auth. ex caussa, pro qua etiam teste ibidem Cagnolo, num. 23. Collegium Mediolanense respōdit, quorum duo sunt potissimum argumenta. Primum, quia cum parens ignoranter pręterit filium suum, minus peccat, quàm cum scienter. Cum itaque legata firma manere inter omnes constet, vbi filius scienter est pręteritus, multo magis idem est dicendum, vbi ignoranter pręteritus est. Secundum argumentum est ex l. cum mater, ff. de inoff. testam. vbi Iurisconsultus: *Cum mater*, inquit, *militem filium falsò audiuisset decessisse, & testamento hæredes alios instituisset, diuus Adrianus decreuit hæreditatem ad filium pertinere, ita vt libertates & legata præstentur.*

Sed planè fortiora sunt prioris sententię ac communioris argumenta, B quamobrem adstipulatorem me illi adscribo non inuitus. Et quod ad primum contrarię sententiæ argumentum attinet; illud equidem valeret, nisi repugnaret coniectura voluntatis defuncti. Itaque non idcirco legata irrita sunt in hac proposita specie, quod testamentum irritum sit. Licet enim olim ita esset constitutum, tamen à Iustiniano emendatum est, ita statuente, vt testamento hanc ob caussam irrito effecto, firma tamē legata maneant, sed legata non debentur à filio ignoranter pręterito; quia non ab eo relicta sunt. Et dubium est, an, si sciuisset testator alium nasciturum, relicturus fuisset.

Quod vero attinet ad l. cum mater, ff. de inoff. testam. cum illam Baldus obiecisset Bartolo, is respondit ex verbis sequentibus solutionem haberi. Subdit enim textus: *Hic illud adnotatum est, quod de libertatibus & legatis adijcitur. Nam cum testamentum inofficiosum arguitur, nihil ex eo testamento valet.*

C His enim postremis verbis videtur responsum prius corrigi, quasi textus velit, non deberi legata. Et solutio hęc communiter recepta est, Cagnolo teste, nu. 30. versi. tenenda ergo.

Sed non est bona solutio, neque sensus legis est, quod superius dictum est, legata & libertates præstādas, id correctū esse. Ait enim textus: *Hic illud adnotatum est*, &c. Non autem emendatum est: non ea est verbi significatio nec Iurisconsulti Pauli est emendare, quod D. Adrianus decreuit. Hic verò est sensus: Hic illud adnotatum est, quia cum Testamentum inofficiosum arguitur, nihil ex eo Testamento valet, & consequenter etiam in ea specie idem respondendum videbatur. Sed tamen aliter est constitutum & decretum; & ratio est; quia cum filius est pręteritus, quem mater non extare putabat, & ideo alios hęredes instituit, filius si extet, videtur tacitè institutus, & vocatus ad hęreditatem ex coniectura voluntatis matrisnę, quę procul dubio filium instituisset, si putasset viuere, D vt habetur in l. 3. C. de inoffic. Testam. & in l. vlt. ff. de hęred. instit. Cum itaque filius in ea specie hęreditatem cōsequatur, tanquam tacitè vocatus ex Testamento, & ex voluntatis coniectura, meritò legata & libertates pręstare debet, sicut ea pręstaret, si expreſsè institutus fuisset. Et hoc est, quod Iurisconsultus dicit: *Hic illud adnotatū est*, &c. Licet enim, cum Testamentum inofficiosum pronunciatur, omnia legata corruant, tamen in ea specie filius non succedit, quasi ab intestato, quasi inofficiosum testamentum sit; Sed succedit tanquam tacitè vocatus in ipso testamento à matre, & ideo legata pręstare cogitur. Ita hanc legem, sed non ita clarè & prolixè Iacobus Cuiacius explicat, lib. 10. c. 22. Obseruationum.

Cęterum, ne quis impingat, scire oportet, nos hic non omnia legata infirmare, sed tantum ea, quę postumus pręteritus rupto testamento, pro sua parte pręstare deberet, veluti ab intestato rogatus, ex clausula codicillari. Nam si alij extent filij in testamento instituti, qui pariter succederent, legata ab eis pręstanda sunt: nisi tamen

in

in eam facti speciem incidamus, de qua textus loquitur A in l.5. C.de inoffic.testam. & in d.l.cum mater, ff.eodem titu.tunc enim legata præstanda essent, etiam à filio preterito.

CAPVT XV.

Quomodo accipiendum sit, quod dicitur in l. quoties, C. de hæred.instit. hæredem institutum in re certa, loco le- 1 *gatarij habendum, & quid si nullus alius institutus fuerit hæres, sed ipse in re certa institutus, prohibeatur plus habere.*

Aeredem institutum in re certa, loco legatarij esse, docet textus in l. quoties, 15. C. de hæred.instit. sed controuersia est, quo modo id accipiendum sit. Prima est interpretatio Accursij, ad l.si quis priore, ff. ad Trebel. B institutum in re certa, in omnibus haberi pro legatario, præterquam respectu querelæ inofficiosi testamenti. Nam nec illam intentare queat, filius in re certa institutus, loco hæredis videtur.

Sed non probatur hæc interpretatio, quoniam certū est etiam alias ob causas institutum in re certa pro hærede habendum, etiam extra causam impugnationis testamenti, vt in l.1.§.si hæres ex fundo, ff.de hæred.instit.

Secunda est opinio antiquorum interpretum, quos Bartolus recenset in dicta l quoties, C.de hæred. institu. institutum in re certa, in omnibus esse loco hæredis, preterquam quoad actiones hæreditarias, vt in d. l. quoties.

Sed nec ista sententia placere potest, quia manifestum est, institutum in re certa, loco esse legatarij, non solum eo nomine, quod actiones hæreditarias non habeat, neque ijs obstrictus sit, verum etiam aliam ob causam. Nā eum constat detractioni ex lege Falcidia instar legatarij obnoxium esse, vt in l.quoties, C.fam.hercisc. C

Tertia est sententia, institutum in re certa, loco hæredis censeri, si sit filius, argumento eorum quæ habentur in §. Aliud quoq; Capitulum, in Auth. Vt cum de appel. cognosc. secus si filius non sit, & ita accipienda l.quoties, C.de hæred.instit.

Non placet, quia etiamsi extraneus sit hæres institutus in re certa, aliquando tamen loco heredis habetur, si nullus scilicet alius hæres institutus sit, vt in d.l.1.§. si heres ex fundo, ff.de hered.instit.

Postrema est sententia vera & communis, quam secuti sunt Bartol. Castrens. Alexand. Iason. Sichardus, & alii, in dicta l.quoties, institutum in re certa, non esse propriè legatarium, nec propriè hæredem, sed tertiam quandam speciem constituere, quæ in aliquibus legatarij naturam; in aliquibus autem hæredis imitetur. Nam quatenus is non vtitur actionibus hæreditarijs, nec illis conueniri potest, naturam legatarij participat, & quatenus etiam ex lege Falcidia detractionem patitur. In summa D quoad rem, in qua institutus est, legatarius censetur, l. ex facto proponebatur. l.si alterius, ff.de hæred.instit. Cæterum, respectu tituli institutionis, videtur quodammodo hæredis loco esse, & ideo nec testamētū impugnat, & totam hæreditatem, si nullius alius sit hæres institutus, consequitur, vt in d.l.1.§. si hæres ex fundo.

Sed oritur hic controuersia; si institutus in re certa, plus accipere prohibeatur, vtrum, nullo alio hærede existente, totam nihilominus consequatur hæreditatem detracta rei mentione.

Respondet Bartolus in l.quoties, §.si duo, ff.de hæred. instit. quem secutus est Castrensis ibidem, nec non Corneus in d.l.quoties, C.eodem titu. Si quidem nullus alius in eo testamento hæres instituatur, hæreditatem tali instituto in re certa, non accrescere: secus verò si alius hæres instituatur qui vel nolit, vel non possit hæreditatem accipere.

Fundamentum est, quia cum institutus hæres alius

A repudiat hæreditatem, vel eam capere non potest, tunc cessat ratio, quæ testatorem mouit ad prohibendum, ne institutus in re certa plus acciperet; Ita enim prohibuisse censetur, vt alius hæres hæreditatem obtineret. Quare eo veluti obice iam sublato, videtur cessare ipsa prohibitio. argumento l.peto, ff.de leg. 2. l. 2. §. sed si sint, ff.ad Tertull. Illud autem argumentum cessat, vbi nullus est alius hæres institutus; tunc enim, quia testatoris voluntas refragatur, non licet in re certa instituto hæreditatem obtinere. argumento d.l.quoties, §. si duo, ff de hæred.instituēd. Vlpianus: *Si duo sint hæredes instituti, vnus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, vt detracta fundi mentione, quasi sine partibus hæredes scripti hæreditate potirentur: si modò voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur.*

Alii vero dixerunt in proposita questione non accrescere reliquam hæreditatem instituto in re certa, siue nullus alius fuerit hæres institutus, siue fuerit quidem, sed B is hæreditatem habere noluerit, vel nō potuerit, ita Decius, in l. 1. num. 2. C.de testam.milit. Purpuratus, in consil. 558. lib. 2. quanquam hic in ea facti specie loquitur, in qua nullus alius hæres institutus est, & Iacobus Menochius, in consi. 483. lib. 5.

Fundamentum est in voluntate testatoris: Is enim voluit institutum in re certa, illam rem duntaxat habere, non alia bona. Voluntas autem testatoris est seruanda, §.disponat, in Auth.de nuptiis.

Confirmatur hæc sententia argumento d. l. quoties, §.si duo, ff.de hæred.instit.ibi: *Si modò voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur.* Si dicatur non posse quemquam ex paganis decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum, respondent isti, hoc in casu testamētum corruere, quia nullus sit hæres institutus, l.vlt. ff. de iure codicillor. & consequenter rem ad causam intestati peruenire, ac hereditatem in totum pertinere ad legiti- C mos heredes.

Tertia denique sententia est hereditatem hoc in casu accrescere instituto in re certa, siue nullus alius cohæres institutus sit, siue institutus quidem, sed hæres esse noluerit, vel non potuerit. Ita Imolensis, in c. Rainucius, num. 64. de testam. & Alexander ad d. l. quoties, num. 11. C.de hæred.instit.

Fundamentum est: quia nemo potest facere, quin leges in suo testamento locum habeant, l. nemo potest., ff. de leg. 1. leges autem statuunt, neminem paganum decedere posse pro parte testatum, & pro parte intestatum, l. ius nostrum, de reg.iur, Et ideo si hæres in re certa instituatur, eum totam hereditatem consequi detracta rei mētione, l.1. si hæres ex fundo, ff.de hæred.institu. Et in milite specialiter est constitutum, vt possit vnum hæredem ex parte bonorum, puta ex fundo instituere, & in reliqs bonis intestatus decedere, l. si miles, 6. ff. de mil.testam.

Et ideo Iurisconsultus in l. Si quis ita hæres institu- D tus, 74. ff.de hæred. instit. *Si quis*, inquit, *ita hæres institutus fuerit, excepto fundo, excepto vsufructu hæres esse, perinde erit iure ciuili atque si sine ea re hæres institutus esset, idque autoritate Galli Aquilii factum est.*

In hanc postremam sententiam ego sanè procliuior sum. Etenim cum testator in solo fundo hæredem quēpiam instituit, satis apertè declarat, se velle vt solum habeat fundum; similiter cum hæredem quis instituit, excepto fundo, manifestum est eum nolle vt fundum habeat, Et tamen in his casibus hæres totam hæreditatem consequitur, ne inutilis illa adiectio vel detractio, vitiē vitiet institutionem. Quare & in proposita quæstione eadem est ratio, ideoque non voluntas ipsa testatoris sequenda, sed legis constitutio est; Quam ob rem & Iustinianus in §.disponat, in Authent.de nuptiis: *Disponat* inquit, *testator vnusquisque vt dignum est, & sit lex eius voluntas. Vt dignum est*, inquit Glo. id est, secundum leges & bonos mores.

Vnus est textus, ex quo pro contraria sententia argumentum

mentum sumitur non contemnendum, in l. quoties, §. si duo, ff. de hæred. instit. in illis verbis: *Si modo voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur*. Cæterum respondeo, duplicem illa verba sensum habere posse; Vnũ, nisi patrisfamilias voluntas refragetur, hæredes scriptos, hæreditate non potiri, sed fundum duntaxat habituros. Alterum, hæreditate non potiri quasi sine partibus, detracta fundi mentione, instituti essent. Prior sensus non est admodum probabilis: quia non dixit Iurisconsultus in verbis præcedentibus hoc tantum, videlicet hæredes ita scriptos hæreditatem consecuturos; tunc enim rectè subijceretur exceptio; nisi voluntas testatoris refragaretur; sed Iurisconsultus dixit, *detracta fundi mentione quasi sine partibus*, heredes scriptos hæreditate potituros. Quam ob rem; illa exceptio, *nisi voluntas patrisfamilias manifestissimè refragatur*, huc referri debet, nempe, potituros hæreditate scriptos heredes quasi sine partibus, & sic æquis partibus, *nisi voluntas manifestissime refragatur*. Quia si voluntas manifestissimè refragetur, potirentur quidem hæreditate; sed non æquis partibus, perinde, ac si sine partibus heredes scripti essent, sed ex partibus inæqualibus, prout voluntas patrisfamilias manifestissima designauerit. Posterior ergò sensus magis est probabilis. Huc accedat, quod si priorem sensum admittamus, fateri cogimur, testatorem posse hoc efficere, vt in solo fundo heredes habeat ex testamento, quod repugnat l. prima, §. si hæres ex fundo, ff. de hæred. instit. Si verò posteriorem sensum amplectamur, nullum sequitur absurdum, & sententiam verbis ac rationi consentaneam colligimus. Porro ex coniecturis ab hac sententia recedendum nec ne sit, verbi gratia, si testator alium magis dilexerit, quàm institutum in re certa, vt verisimile sit eum maluisse ad eum reliqua bona peruenire, quã ad institutum in certa. Vide Crauettam de antiquit. tempor. in quarta parte principali, num. 132. & in consi. 856. num. 17. lib. 5.

CAPVT XVI.

Cum quis vxorem suam in vsufructu hæredem instituit, alio post eius mortem hærede instituto, quæ sit interpretatio adhibenda.

COntrouertitur etiam illud, quo modo accipiẽda sit vxoris vel alterius institutio in vsufructu facta, alio post eius mortem instituto. Et duplex adhibetur interpretatio; Vna, prout verba sonant, nempe, vt vxor vsumfructum habeat donec vixerit: alter verò, qui post mortem eius institutus est, videatur sub conditione institutus. Et si quidem vxori fructuariæ superuixerit, tunc hæreditatem consequatur; si verò præmoriatur, hæreditas accrescat vxori institutæ in vsufructu. Ita Curti. in l. extraneum, C. de hered. instit. Aretin. in l. filius à patre, ff. de libe. & postum. Couuar. lib. 2. Variar. resol. capit. 2. nu. 5. Ruinus in cons. 54. lib. 2. Mantica de Coniecturis vltimar. volunt. lib. 4. tit. 5. art. 7.

Altera est interpretatio: vxorem detracta vsusfructus mentione, in totum hæredem esse, sed rogatam videri per fideicommissum restituere hæreditatem ei, qui post mortem institutus est. Hanc secuti sunt Alexander, in consil. 162. lib. 2. Crauetta, in cons. 820. lib. 5. Menoch. in cons. 273. lib. tertio. & de præsumpt. lib. 4. capit. 141. numero 26.

Priori sententiæ magnopere adstipulantur voluntas testatoris, & verba ipsius, quę hanc interpretationem planè recipiunt: Aut igitur is qui post vxoris mortem institutus est, vxori superuiuet, & hæreditatem adibit, aut nõ superuiuet, vel hæreditatem non adibit: Priore casu à morte testatoris hæres fuisse videbitur; quia conditio retrotrahitur, l. quod dicitur, ff. de testam. milit. l. Hæres quandocunque, 54. ff. de acquir. hęred. Posteriore autem in casu hæreditas vxori accreuisse intelligitur, iuxta l. pri

A mam, §. si hæres ex fundo, ff. de hæred. instit. Et tale ius accrescendi ad hæredes vxoris transmittetur, l. si ex pluribus, ff. de suis & legitim. hæred. l. qui patri, ff. de acquiren. hæred.

Posteriorem autem sententiam iuuant aliquæ iuris nostri regulæ generales. Illa in primis: Hæres institutus in re certa, nullo dato cohęrede vniuersali, in totum hęres est, detracta rei mentione, l. prima, §. si hęres ex fundo, ff. de hęred. instit. Ergo vxor in hac facti specie erit in totum hæres, quia nullus ei datus est cohęres. Secunda regula: Is qui semel est hęres, non potest desinere hęres esse, l. et qui soluendo, ff. de hęred. instit. l. & si sine, §. sed quod Papinianus, ff. de Minoribus. Ergò vxor, quę semel est hęres, vt dictum est, non potest desinere hęres esse; & consequenter, quia post mortem eius alius est hęres institutus, videbitur fideicommisso rogata ei restituere hęreditatem. Tertia regula: Substitutio directa fieri non potest alicui pagano post pubertatem, l. verbis ciui-

B libus, ff. de vulg. Ergò talis substitutio valebit in vim fideicommiss. argumento l. Scęuola, ff. ad Trebell.

Ego priorem sententiam magis probo. Nam certum est, hęredem sub conditione institui posse, §. hęres, in Instit. de hęred. instit. & post mortem alterius, l. filius à patre, ff. de liber. & postumis. Is ergò, qui post mortem vxoris institutus est hęres, videbitur institutus sub conditione, si videlicet vxori superuixerit, l. hæres meus, l. quibus diebus, §. quidam Titio, ff. de cond. & demonstr. Ergò nihil prohibet, quo minus hanc interpretationem accipiamus, quę in omnibus est consentanea iuri, & menti testatoris. Huc accedat, quod posterior interpretatio magnopere videtur incommoda. In primis repugnat menti testatoris, qui voluit vxorem esse fructuariam; illa verò interpretatio facit eam hęredem. Deinde directa substitutio transfertur in fideicommissariam absque vlla necessitate, & detractioni Trebellianicę fit locus. Denique, non est difficile ad argumentum contrarię sententię respon-

C dere. Nam cum dicitur in argumento, nullum fuisse datum vxori cohęredem, id negari potest: fuit enim illi datus cohęres, licet sub conditione, & post mortem vxoris quod iure permissum est.

CAPVT XVII.

Quid statuendum cum in solo vsufructu hæres est instituta Vxor, & nullus alius etiam post eius mortem hæres institutus est.



Ed & controuersia est, quid respondendum, si vxor instituta fuerit in vsufructu donec vixerit, & nemo alius post eius mortem institutus fuerit hęres, vtrum ea succedat in tota hęreditate simpliciter detracta vsusfructus mentione; an verò succedat quidem, sed cum onere restituendi hęreditatem venientibus ab intestato,

D cum ipsa morietur. Etenim, rogatam quasi per fideicommissum tacitè videri hęreditatem legitimis hęredibus restituere, respondit Paulus Castrensis, in consi. 241. lib. 2. Idem responderũt multi alij, quos refert & sequitur Menochius, lib. 4. de pręsumpt. cap. 141. nume. 5. Cęterum, non videri, responderunt Corneus, in cons. 60. nume. 6. lib. 1. & alij quos refert & sequitur Franciscus Mantica, de Coniecturis vltimar. volunt. lib. 4. titulo 5. in principio, num. 13.

Prioris sententiæ fundamentum est; quia cum testator auferat legitimis hęredibus hæreditatem donec vxor vixerit, ea mortua videtur velle ad eos peruenire, argumento l. vlt. C. de legatis, l. Titia, cum testamento, §. vlt. de leg. 2. & l. peto, post principium. vers. Idem dicimus, eod. tit.

Sed posterior sententia magis mihi probatur; Nam certum est, hęreditatem ex die, & ad diem, dari non posse, sed detracta temporis mentione purè relictam videri l. hęreditas ex die, ff. de hęred. instit. Certum est etiam,

si ex

A si ex certa re quis hæres instituatur, detracta rei mentione, in totum hæredem intelligi, l. 1. §. si hæres ex fundo, ff. eod. tit. cùm ergo vxor in solo vsufructu instituta fuerit, donec vixerit, detracta temporis & rei mẽtione, cùm nullus alius cohæres datus fuerit, hęres purè, & in totum esse iudicabitur. Quod verò tacitè rogata esse videatur, hæredibus legitimis hæreditatem restituere nulla ratione, nulla lege demonstrari potest.

Nec enim mouent, quæ superius allatæ sunt leges. Nã quod attinet ad l. vltimam, C. de legatis, Iustinianus hoc tantùm voluit: legata temporalia, siue ad tempus relicta, post completũ tempus ad hæredem redire. Nihil id commune habet cum quæstione nostra. Nam in ea specie, de qua Iustinianus loquitur: hæres erat institutus in testamento, qui proinde lapso tempore legatis pręstandis constituto, non tenebatur de cætero præstare. Hic verò nullus alius est hæres præter vxorem institutus.

Quod verò attinet ad l. Titia, §. vlt. *Responsum est, licet ea verba non proponerẽtur, quibus testatricis filia fideicommissum petere posset propter voluntatem, tamen post patris mortem petere posse.* B Rectè. Nam cùm testatrix viro suo multa reliquisset, donec is vixisset, simul voluisse videtur, eo defuncto, res relictas ad hæredem filiã pertinere. Quamobrem & Bartolus in Summario inquit: *Qui voluit res ad aliquem pertinere ad tempus, post illud videtur velle ad suum hæredem redire.* Ibi ergò maritus erat legatarius, & hæres instituta filia. Hic vxor est hæres & nemo alius hæres institutus.

Denique, quod Papinianus scribit in d. l. peto, nihil iuuat priorem sententiam; loquitur enim Papinianus, cùm testator & rationẽ habuit legitimi hęredis, & illius mentionem fecit. Verba hæc sunt: *Idem dicemus, si, cùm ex asse scripsisset hæredem eius gratia, qui legitimus hæres futurus esset, ita loquatur. Peto pro hæreditate, quam tibi relinquo, quæ ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sit centum aureis.*

CAPVT XVIII.

Quid si vxori legatus fuerit omnium bonorum vsusfructus, alio post eius mortem hærede instituto, an valeat eiusmodi legatum.

SEd priusquam ad alias controuersias transeamus, non est illa disputatio negligenda: an legatum vsusfructus omnium bonorum valeat vxori relictum in testamento, alió hærede post eius mortem instituto. Quęstio celebris, & ab antiquis Doctoribus agitata, nostris verò temporibus plurimum illustrata scriptis duorum præstantissimorum Iurisconsultorum Francisci Mantucæ nunc Illustrissimo Cardinali, de Coniect. vltimar. volunt. lib. 4. tit. 5. artic. 10. & Iacobi Menochij de Præsumpt. lib. 4. c. 141. nu. 33. Non mihi faciendũ putaui, vt tanquam actuarius omnia describerem, atque huc adferrem, quæ ipsi D dixerunt: sed operæpretium duxi, meam potius sententiam breuiter adscribere. Existimo, saluis iuris nostri regulis, legatum consistere non posse; sed tamen testatoris voluntatem hoc efficere, vt locum habeat, quasi aliter dictum, aliter verò scriptum videatur. Primũ quod asserui, haudquaquam probatu difficile est. Nam vsusfructus legatum ex die aditæ hæreditatis cedit, l. 1. ff. quando dies leg. cedat, l. vnica, §. in nouissimo, vers. libertatibus, C. de cad. tollend. Hic verò hæreditas adiri non potest, nisi mortua vxore, quo tempore vsusfructus extinguitur, §. finitur, in Institu. de Vsufruct. & consequenter præstari non potest.

Quod verò secundo loco dixi, non vsque adeo exploratum est, sed tamen verisimile puto, propter voluntatem patrisfamilias. Nam eius voluntas tam enixa deprehenditur legati conseruandi, vt non aliam ob causam hæredem alium instituerit post vxoris mortem, & non ante, quàm vt illa vsumfructum haberet, quasi dubitaret, ne A alio hærede simpliciter instituto, illa vsufructu careret.

Nec improbabiliter quis dixerit, hæredem in hac facti specie purè institutum videri, detracta temporis mentione, argumento l. hæreditas ex die, ff. de hæred. instit. Neque enim vxor hoc in casu instituta est in vsufructu, vt vigore tituli institutionis dubitari possit, an cæteram ex iure accrescendi consequi valeat hæreditatem, vt in præcedentibus est disputatum.

Quæ cùm ita sint, non possum satis mirari, cur apud clarissimos autores, quos citaui, tanta sit difficultas ac disputatio circa remedium, quo mulier hoc in casu consequi vsumfructum possit. Nam interpretatione hac recepta & admissa voluntatis testatoris, hæres purè intelligitur institutus, & consequenter ad legatum præstandum ordinarijs actionibus conueniri potest. Vide de eadem hac quæstione Andream Geyll, lib. secundo. Obseruat. 143.

B

CAPVT XIX.

Vsufructuarius omnium bonorum ex testamento relictus, an teneatur æs alienum testatoris defuncti soluere.

SEd quando incidimus in vsufructuarium omnium bonorum, antequam eum relinquamus, operæpretium erit, celebrem illam controuersiam expendere, an teneatur ad soluendum æs alienum defuncti. Quatuor sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima, vsufructuarium teneri. Secunda, non teneri. Tertia, non teneri quidem vsufructuarium, & hoc onus hæredi incumbere, sed eidem hæredi permittendum, vt ex bonis hæreditarijs æs alienum in primis detrahat; deinde id, quod detracto eo superest, fructuario restituat. Quarta est sententia fructuarium non teneri, nec hæredem posse ex bonis æs alienum de C trahere, sed omnia bona absq; diminutione tradere oportere fructuario, vt eis vtatur, fruatur. Vide Bartolum ad l. vlt. ff. de Vsufr. leg. Bald. in consil. 23. lib. 2. & 477. lib. 3. & in cons. 237. lib. 1. Gozadin. in cons. 94. col. 5. Guid. Papæ decis. 541. Angelum Aretin. in §. constituitur, nu. 3. in Instit. de Vsufr. Pract. Papiens. in forma libelli, quo agitur ad dotem, in verbo, Dedit, col. 2. Decium in consil. 536. & 590. & in cons. 620. in fine. Alexand. ad l. vsufructu, ff. ad legem Falcid. Couuar. lib. 2. Variar. resol. cap. 2. nu. 4. Borgninum Caualcan. de Vsufr. mulieri relicto, nu. 211. Andręam Geyll, lib. 2. Obser. 146. Menochium de Præsumpt. 143. post nu. 9.

Ego eorum sententiam probo, qui dixerunt fructuarium ad soluendum æs alienum non teneri, sed hæredẽ, cui id incumbit onus, deducere in primis æs alienum ex bonis posse, & quod ære alieno deducto, supererit, fructuario tradere oportere: Nam hæc sententia textibus satis luculenter probatur. In primis spectare ad hæredem D æris alieni dissolutionem, probat textus in l. 1. C. si cert. pet. & in l. 2. C. de hæred. actio. Hęredem autem deducere æs alienum posse, probatur ex l. vlt. ff. de Vsufr. legato. Venuleius: *Nam si bonorum vsusfructus legabitur, etiam æs alienum ex bonis deducetur.* Item ex l. vsufructu, ff. ad leg. Falcid. Pomponius: *Vsufructu bonorum legato, æs alienum ex omnibus rebus deducendum est.*

Nec difficile est ad argumenta respondere, quibus aliæ sententiæ nituntur. Nam illorum argumentum, qui putarunt fructuarium ad soluendum æs alienum teneri, sumitur ex l. vxori meæ. ff. de Vsufruct. legato, Labeo: *Vxori meæ vsumfructum lego bonorum meorum. Quæsitum est an prædiorum, tam rusticorum, quam vrbanorum, & mancipiorum, & supellectilis, itemq; Calendarii vsusfructus ad vxorem pertineat. Respondi secundum ea, quæ proponerentur pertinere.*

Si Calendarij vsusfructus pertinet, ergò debita & credita videntur pertinere: Calendarium enim continet debita & credita, l. qui filium, ff. de leg. 3.

Reſpondeo, Calendarium debita non continere, ſed nomina debitorum, & ſic credita & pecuniam iam exactam & fœnori deſtinatam, vt declarat tex. in d. l. qui filium, de leg. 3. Cum enim veteribus menſtruas uſuras ſacere moris eſſet, quæ ſingulis Calendis ſoluebantur, inde Calendarium eſt dictum, id eſt, negotiatio ipſa nominum faciendorum, vt diligenter explicat Connanus lib. 7. Commentar. iuris, cap. primo, nume. 12. Et verò, (bona pace doctorum uirorum dictum ſit) ineptum uidetur exiſtimare Iuriſconſultum in dicta l. vxori meæ, ff. de vſufr. legat. illud quærere, an vſufructu à teſtatore legato, debita ipſius legantis contineantur ſub Calendarij nomine: niſi hoc uoluerint, etiam debita contineri in conſequentiam creditorum, vt qui vſumfructum habet creditorum, onus etiam ſubire debeat debitorum: ſed tunc nec tex. d. l. vxori meæ; ad rem faciet, nec bona erit illa conſequentia; cum ad hæredem onus ſoluendi æs alienum pertineat, ad quem ſpectat emolumentum & commodum hæreditatis.

B Argumentum uerò poſtremæ ſententiæ ſuperius à nobis relatæ, illud mihi videtur; quoniam ita onus æris alieni ſoluendi ad hæredem ſpectat, vt debeat fructuarius veluti legatarius eo nomine indemnis ſeruari; quod non fieret, ſi ea detractio permitteretur. Sed illa ratio locum habere poſſet in legato vſuſfructus rerum aliquot particularium, non autem in vſufructu omnium bonorum legato; ſi quidem perſpicuum eſt bona appellari, quæ deducto ære alieno ſuperſunt, l. ſubſignatum, §. bona, ff. de verborum ſignific. & cum clariſſimi ſint textus, quibus hæc deductio manifeſtè probatur, non puto cuiuſquam rationes tanti æſtimandas, vt ueritati ac legi anteponantur.

CAPVT XX.

Inſtitutus in re certa, an comprehendatur in conceſſione emphyteuſis facta pro hæredibus.



ANtequam ad alia transeamus, cum multas de inſtituto in re certa, controuerſias tractauerimus, non putauimus illam omitten dam: an filius in re certa inſtitutus, comprehendatur in emphyteuſi conceſſa pro filiis hæredibus. Et hac de re tres extant Doctorum ſententias animaduertimus. Vna eſt Bartoli, in l. vt iuriſiurandi, §. ſi liberi, ff. de oper. libert. qui reſpondit, inſtitutum in re certa, obtinere debere partem rei in emphyteuſim conceſſæ, exemplo filiorum patroni, qui à liberto exigere poſſunt operas debitas, quamuis patroni defuncti hæredes ſint ex partibus inæqualibus, vt in d. §. ſi liberi, talibus enim liberis, vt hæredibus operæ debétur, l. cum patronus, §. 1. ff. co. ti.

D Altera eſt ſententia Pauli Caſtrenſis, ad l. quoties, C. de hæred. inſt. ſi de re Eccleſiaſtica in emphyteuſim conceſſa agatur, quoniam illa ad filios tantum, non etiam ad extraneos tranſit, tunc ueram eſſe Bartoli ſententiā; quia maior eſt habenda ratio eius, quòd ſit filius, quàm quòd ſit hæres. Cæterùm, ſi de re in emphyteuſim data à priuatis, ſit quæſtio, quoniam illa etiam ad extraneos hæredes peruenire poteſt, tunc veram non eſſe Bartoli ſententiam, ſed illud etiam requiri, vt filius ſit hæres, & ideo inſtitutum in re certa, non eſſe admittendum; quia uidetur eſſe legatarius, vt in d. l. quoties, C. de hæred. inſtit.

Tertia eſt ſententia uera & communis, emphyteuſim hoc in caſu non pertinere ad filium in re certa inſtitutum, ſed ad filios hæredes: quia duo hæc coniunctim requiruntur, vt filij ſint, & ſimul etiam hæredes. Hæredis autem appellatione continetur uniuerſalis ſucceſſor, l. quædam, §. nihil intereſt, ff. de edend. Hæredes enim iuris ſucceſſores ſunt, l. quoties, §. hæredes, ff. de hæred. inſtitu. Ita docent Alexand. Iaſon & Iacopinus,

A in dicto §. nihil intereſt, Couuarru. lib. ſecundo, variar. reſolut. cap. 2. poſt nume. 5. Iulius Clarus §. emphyteuſis, quæſtio. 38. Bellonus Supputationum Iuris lib. quarto, cap. 18.

Ad argumentum Bartoli reſponderi poteſt, aliam eſſe rationem eius, qui inſtitutus ſit pro parte inæquali hæres, de qua ſpecie loquitur textus in dicto §. ſi liberi, de quo in argumento, talis enim ita inſtitutus hæres, nihilominus hæres eſt uerè & propriè, cum in partem hæreditatis ſuccedat, vnde meritò etiam in partem rei emphyteuticæ ſuccedere debet. At nos de filio loquimur in re certa inſtituto, qui alio hærede inſtituto, non eſt hæres, ſed inſtar legatarij, l. quoties, C. de hæredibus inſtitu. neque enim in ius uniuerſale, aut in totum, aut pro parte ſuccedit, ſed in re particulari duntaxat & certa.

CAPVT XXI.

De hærede in re certa inſtituto, an ſit in poſſeſſionem mittendus, ex l. vlt. C. de edicto Diui Adriani tollend.



INſtitutum in re certa, in teſtamento non abolito, non cancellato, neque ex aliqua parte uitiato, mittendum eſſe in poſſeſſionem, ex l. vltima, C. de edicto Diui Adriani tollendo, cenſuerunt Curtius iun. in Commentarijs dictæ l. vlt. nume. 38. & alij, quos refert & ſequi videtur Tiraquellus, in tracta. *le mort ſaiſit*, parte ſecunda, Declaratione 4. num. 13. Quorum illud eſt argumentum, quod ſecundum illam legem hæres etiam ex parte mittendus ſit in poſſeſſionem bonorum defuncti: inſtitutus autem in re certa, videtur eſſe aliquo modo hæres, aut hæredi ſimilis, cum poſſit autoritate propria poſſeſſionem accipere bonorum, in quibus inſtitutus eſt, ad
C inſtar hæredis, vt docet Bartolus, in l. ex facto, nume. 2. ff. de hæred. inſtit. Alexander & Iaſon, ad l. quoties, C. eod. titu. Ex quo ſequitur, cum multo magis eam poſſeſſionem autoritate Iudicis obtinere poſſe. Denique, non videtur vlla ratio diuerſitatis inter hæredem & inſtitutum in re certa, vterque enim à teſtatore inſtitutus eſt, cuius voluntatem executioni mandari publicè intereſt, l. vel necare. ff. quemad. teſtam. aper.

Sed contrariam ſententiam magis probabilem exiſtimo; quoniam inſtitutus in re certa, re uera non eſt hæres, ſed inſtar potius legatarii, dicta l. quoties, C. de hæred. inſtit. lex autem illa de hærede loquitur. Nec obſtat, quod poſſit autoritate propria poſſeſſionem bonorum accipere; quia, vt maximè id verum ſit, de quo iam non diſputo, non tamen efficitur eum hæredem eſſe. Et dum dicitur: Si poteſt autoritate propria: Ergò multo magis ex l. vlt. Negatur: quia conſequentia non eſt bona. Illa eſt bona collectio; Ergò multo ma-
D gis Iudicis autoritate ex remedio iuris ſibi competente, poſſeſſionem accipere potrit.

Non obſtat quod dicitur, non eſſe rationem diuerſitatis inter inſtitutum in re certa, & hæredem; quia immò eſt diuerſitatis ratio, illa nempe, quòd hæres ad onera hæreditaria tenetur: & vicem ſuſtinet defuncti; quamobrem, eum ſtatim in poſſeſſionem mittendum, ſumma ratione & æquitate conſtitutum fuit; vt ſcilicet exequeretur ea, quæ teſtator iniunxit, actionesque exciperet, & exerceret, ac perſonam defuncti repræſentaret; Non talis eſt inſtitutus in re certa, nec tanto fauore dignus, ac proinde non eſt in eo eadem ratio, quæ in hærede,

CA-

CAPVT XXII.

Vtrum filia hæres ex testamento vel ab intestato, mittenda sit in possessionem bonorum feudalium, contradicentibus agnatis, tanquam vocatis ex inuestituris feudalibus.

SI proponatur patremfamilias decessisse hære de relicta filia ex testamento, vel ab intestato, & adsint feudalia bona, an in possessioné eorum sit mittenda; an uerò potius agnati, qui contendunt, feuda ad se pertinere, controuersi iuris est. Et hic totius difficultatis vertitur cardo, quia dicit tex. in cap. 1. §. inter filiam, si de feudo defuncti controuersia fuerit inter dominos & agnatos vasalli: *Inter filiam defuncti & agnatos defuncti, de quodam prædio mota est quæstio, agnatis feudum, filia verò allodiú esse asserentibus, super possessione apud quem manere debeat, quærebatur. Responsum est, apud filiam possessionem interim esse collocandam.*

Huius ergo textus argumento, filiam esse in possessionem mittendam. Etiam quando constet bona esse feudalia, primus omnium Ioan. Andreas docuit, quem & alij omnes autorem laudant, in add. ad Specul. ti. de Testamen. §. pen. vers. personam, vbi ait, post missionem demum esse cognoscendum ad quem feudum pertineat. Sequitur Alex. ad l. vlt. col. vlt. & ibid. Iason, num. 36. C. de edicto Diui Adriani tollen. & alij à Menochio citati, de adipiscen. possess. remed. 4. nu. 375. & post eum ab Hattmanno Pistorio, Quæst. iuris, lib. 2. parte posteriore, c. 39. num. 32. Quibus (quatenus de filia ex testamento hærede loquuntur) astipulari uidetur ipsa l. vlt. C. de edicto Diui Adr. toll. vbi generaliter est constitutum, hæredem esse mittendum in possessionem omnium bonorum defuncti. Non obstat, si dicatur, in feudis regulariter fœminas non succedere; quoniam in multis casibus succedunt, vt in c. 1. de natura success. feud. cap. 1. de feudo fœmin. & alibi.

Cæterum, in his terminis, in quibus loquimur, videlicet, quando constat bona esse feudalia, non esse filiæ, sed agnatis tradendam possessionem, responderunt Iason in consi. 152. lib. 4. Gozad. in consi. 52. num. 81. Albert. Brunus in consi. 18. nu. 18. Alba in consi. 78. nu. 16. Plotus ad l. si quando, nu. 111. C. vnde vi, Iacop. in d. l. vlt. C. de edicto diui Adria. toll. nu. 49.

Horum argumentum illud est, quia fœminæ regulariter feudorum sunt incapaces, & illa pertinent ad hęredes masculos, cap. 1. §. filia, de success. feudi, c. 1. §. Hoc autem notádum, qui feudum dare possunt, c. 1. §. ad filios, de succeß. fratris. Quamobrem agnati & hæredes masculi, ad quos feudum spectat, videntur potius in possessioné mittendi, quàm filia ad quam non spectat.

Tertia est sententia Iacobi Menochii, in d. remed. 4. nume. 381. de adipiscen. possess. vt siquidem constet bona esse feudalia, & præterea etiam agnati probationes in promptu habeant, eius esse qualitatis, vt fœminę non succedant, tunc agnatis danda sit possessio, aliàs secus, & ita videtur opiniones Doctorum conciliare ac interpretari.

Mihi verò ea sententia uidetur probabilior, quæ masculis hæredibus siue agnatis feudorum possessionem adiudicat, & multo magis, vbi ex inuestituris constat fœminám succedere non posse; sed solos masculos agnatos, explosa prorsus prima illa opinione, quæ nullum habet fundamentum solidum. Nam cum fœminæ regulariter in feudis non succedant, sed agnati & hæredes masculi, ipsi iam fundatam habent intentionem, ut loquuntur nostri, tum ad fœminam excludendam, tum ad obtinendam pro se ipsis bonorum possessionem. Illis enim procul dubio dari debet, quibus à lege delata est, non alijs, qui non uocantur. Et licet in aliquibus casibus fœminæ in feudis succedant, dum tamen de hac re

A disputatur & cognoscitur; quia regulá iuris ipsis fœminis aduersatur, fauetq; agnatis, iustius est & æquius, vt interea possessio tradatur masculis hæredibus quàm fœminis. Sic & textus in dicto §. inter filiam, dum cognoscitur an res sit feudalis vel allodialis, mandat fœminæ possessionem tradi; quia filia rem allodialem esse asserés regulam pro se habet, qua dicimus quamlibet rem præsumi liberam, & nulli obnoxiam seruituti, l. altius, C. de seruit. & aqua. Et licet feudalis esse possit; interea tamen visum est iuri magis consentaneum, fœminam in possessione esse, cui iuris regula fauet, quàm agnatos, quibus aduersatur.

Ex quibus manifestum euadit, fundamentum prioris sententiæ nixum d. §. inter filium, & perquam infirmum esse, & potius nostræ sententiæ suffragari, si ratio tex. rectè perpendatur.

Quod vero attinet ad l. vlt. C. de edicto Diui Adriani tollen. illa prorsus nullum præstat argumentum, si qui-
B dem, cur hæres in testamento institutus, in possessionem bonorum defuncti mittendus sit, illa est ratio; quia hæres succedit in uniuersum ius defuncti, l nihil aliud, ff. de regulis iur. sed fœmina in feudo non succedit, merito in possessionem mitti non debet, nisi prius cognitum fuerit tale esse feudum, in quo etiam fœminæ succedant.

CAPVT XXIII.

Ex quibus rebus legitima filiorum detrahenda sit.

CVm filijs legitima in bonis parentum debeatur, eaque sit triens, si filij sint quatuor, vel semis, si plures existant, vt notum est ex Nouella Iustiniani de Triente, & Semisse. Controuersia est nonnulla, in quibus
C bonis debeatur, seu ex quibus detrahenda sit: Quam rem ego quatuor propositis conclusionibus commodè explicari posse iudico. Prima conclusio. Ex bonis iuri primogenituræ subiectis, vt cum nostris loquar, veluti sunt Regna, Ducatus, Marchionatus, & similia, hæc enim primogenito ex consuetudine deferuntur, legitima detrahenda non est. Huius assertores conclusionis sunt Guido Papæ, decisio. 476. Glos. in cap. licet, de voto, Panormitan. in consil. duodecimo, in tertio dubio, lib. primo, & alij, quos refert & sequitur Tiraquellus, de iure primogeniorum, quæstio. quinta. Ergo, si princeps plures habeat liberos, in principatu succedet primogenitus, nec ex eo legitima debetur alijs filiis; licet aliquid aliud in pecunia, vel in alia re sit dandum, ex quo alimenta, & alia necessaria consequi possint.

Et huius conclusionis ratio est: quia eiusmodi dignitates diuidi non debent, vt in c. 1. §. præterea ducatus, de
D prohibita aliena. feudi per Fridericum. Nam vt Aristoteles inquit lib. 12. Metaphysicor. *Multos imperitare malum est, Rex vnicus esto.*

Secunda conclusio: Legitima debetur, iusteque deducitur & assignatur ex bonis feudalibus & emphyteuticis, si sint hæreditaria, id est, concessa pro hæredibus quibuscunque. Ita docent Bart. ad l. 1. §. nec Castrense, nu. 6. ff. de collat. bono. Ripa, ad l. in quartam, nume. 177. ff. ad leg. Falcid. Clarus, in §. feudum, q. 46. Menoch. in consil. 251. num. 61. lib. 3.

Probatur hæc conclusio; quia talia bona sunt sicut cætera hæreditaria & patrimonialia, quæ allodialia uocantur. Quare sicut ex alijs bonis legitima debetur, ita & ex illis.

Tertia conclusio: Legitima non debetur, neque assignari potest ex bonis feudalibus ac emphyteuticis, quæ hæreditaria non sunt, sed concessa pro filiis & descendentibus, Doctores appellant ex pacto & prouidentia, si non acquisita sint à patre, sed ab auo, vel alijs ascen-

dentibus, vti declarant Alexander, in consil. 29. nume. 4. lib. 5. Ripa, in l. in quartam, nu. 179. ff. ad leg. Falc. Ratio est: quia legitima est pars bonorũ patris, de cuius successione agitur. Hæc autem bona nõ sunt à patre profecta, seu acquisita, sed ab auo; Et consequenter quasi aduentitia ipsis filijs, & non patris, sed aui beneficio parta, argumento l. quæsitum, ff. de leg. 1.

Quarta conclusio: Legitima non debetur ex eiusmodi bonis feudalibus & emphyteuticis à patre acquisitis, si non hæreditariæ sint concessiones ac inuestituræ; sed ex pacto & prouidentia. Ita docent Ang. in §. optimè, in Authen. de nuptijs. Castren. ad l. si patroni, ff. ad Treb. Alex. in cons. 89. nu. 5. lib. 4.

Fundamentum est: quia hæc bona filius non videtur habere patris beneficio, siue à patre ipso; sed potius à domino, qui concessit ac inuestiuit patrem & filios: legitima verò debetur ex substantia patris, l. scimus, §. Repletionem, C. de inoff. testam.

Contrariam sententiam habuerunt multi, quos refert & sequitur Alex. in consi. 29. nu. 4. lib. 5. & in l. si patroni, ff. ad Treb. Ripa ad l. in quartam, num. 178. ff. ad leg. Falc. Clarus, §. feudum, q. 46.

Fundamentum est, quoniam filius hæc bona videtur à patre habere. Primo, quia pater illa acquisiuit. Secundo, quia poterat illa alienare. Tertio, quia poterat ipsa feuda refutare in manus domini, vt loquuntur feudistæ. Postremò, quia cum stipulatur pro se, & filijs, primo sibi stipulari & acquirere intelligitur, deinde filijs: & sic uidetur mortis caussa hæc bona filijs donare, argumento, l. 2. ff. de donat. cau. mort. Donatio autem caussa mortis in legitimam filio imputatur, l. etiam, §. si patrono, ff. de bonis libertor.

Respondeo, si pater emerit eiusmodi bona, & preciũ numerauerit, argumenta supra dicta locum sibi uindicare. Et aliud præterea argumentum, quod sumi potest ex l. omnimodo, §. imputari, C. de inoffic. testam. vbi in militia, quã pater emit, ita cõstitutum est, vt in legitimã imputetur. Cæterum, si de feudo agatur, quod ex mera gratia & beneficio domini processerit, argumenta illa cessare videntur: quia non immediatè ex patris substãtia proueniunt eiusmodi bona. Nec obstat, quod pater potuisset non acquirere, vel refutare, vel alienare; quia, secundum Philosophos, caussa remouens prohibens, non dicitur esse caussa per se, sed per accidens.

Non obstat, quod dicitur, patrem dum stipulatur primo sibi, deinde filijs, videri mortis caussa donare, quia id iure non probatur. Et cum ipse non det filijs, sed tantum recipiat, non potest ulla donatio fingi, quæ proueniat ex patre, sed ex domino qui feudum dedit.

Si tamen proponatur feudalia bona fuisse concessa filijs, contemplatione ipsius patris & non filiorum, tunc putarem ea profectitia esse, argumento l. cum in plures, §. in arrogato, ff. de vulg. & l. profectitia, vers. *Et quid si quis patri donaturus*, ff. de iure dotium. Et consequenter in legitimæ ratione computanda, sicut cætera bona, quę ex patris substantia proficiscuntur.

CAPVT XXIV.

Utrum patris testamentum inter liberos valeat, si vni ex filijs legitimam absque titulo institutionis relinquat.

TEstamentum patris inter liberos ualere, quo vni ex filijs legitima absque titulo institutionis relicta sit, autor est Accursius, in Auth. Nouissima, C. de inoffic. testam. in vet. titulo, & alij, quos refert & sequitur Ias. ibi, nume. 16. Argumenta uerò sunt ista: Primum, quia testamentum etiam imperfectum inter liberos est seruãdum, vt in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam. Ex quo sumitur argumentum non esse necessario adhibenda iuris solennia: ergo multo minus illud erit neces-

A se, vt institutionis titulo legitima relinquatur. Id enim ad solennia pertinere dubium non est.

Secundum argumentum est ex cap. Rainucius, de testam. quatenus ibi S. Pont. mentionem facit cuiusdam testamenti, in quo simpliciter titulo legati relictum aliquid fuit uni ex filijs, & illud testamentum ualere præsupponit, nec infringit.

Tertium est ex traditis per Bartolum in l. 1. nume. 62. C. de sacrosanct. eccles. docet ibi Barto. testamentum ad pias caussas, in quo legitima filio relicta titulo institutionis non est, valere: quia in eo testamento non requiruntur Iuris Ciuilis solennitates. Sic ergo dicendum uidetur etiam in testamento inter liberos; quia nec in eo tam subtiliter exigi oportet iuris ciuilis solennitates, relinqui posse legitimam absque titulo institutionis.

Quartum argumentum est; quia receptum est testamentum ualere, quo legitima titulo legati filius relinquitur, si contineat clausulam, omni meliori modo, ut do-
B cet Baldus, in l. quoties, C. de hęred. instit. Marsilius Singul. 36. Sed hęc clausula, omni meliori modo, tacitè intelligitur in testamento inter liberos, ut tradit Glos. in l. coheredi, §. cum filiæ, in verbo, *non valebit*, ff. de vulg. ergo testamentum inter liberos valebit absque titulo institutionis.

Sed contraria sententia est communior, & ut mihi uidetur, etiam uerior. Vide Couuar. in cap. Rainucius, §. 1. numero 2. de Testament. Clarum, §. Testamentum, quæstio. 8. vers. sed pone testator. Fundamentum illud est solidum, quod generaliter sancitum est à Iustiniano, in §. aliud quoque capitulum, in Authen. vt cum de appell. cognosc. filios esse instituendos, vel ex iustis caussis exhæredandos, & sic à parentibus honorabili institutionis titulo vocandos ad hæreditatem. Cum ergo Imperator de testamento loquatur condito a parentibus, perspicuum est, ipsum loqui etiam de testamento inter liberos confecto & scripto. Quare omnis dubitatio est ina-
C nis & superuacanea.

Ad primum argumentum respondeo, & si voluntas patris inter liberos seruanda sit, etiam ex testamento imperfecto, quod scilicet vel subscriptione testium destitutum sit, vel signaculis, vel id genus alijs solennitatibus, non tamen obtinere potest, si & ipsa institutione filiorum, siue honorabili institutionis titulo destitutum sit. Immo vero tale testamentum rescindi poterit, vt d. Nouella Constitutione Iustiniani habetur.

Ad secundum respondeo, nullum posse fundamentum poni in cap. Rainucius, quia narrat tantum Summus Pontifex testamenti tenorem, in quo filio aliquid relictum fuit, sed quo titulo relictum fuerit, & quomodo non explicat. Quamobrem intelligi debet, relictum fuisse eo modo, quo relinqui oportuit, vt declarat optimè Couuar. ibi, nu. 7.

Ad tertium ex autoritate Bartoli responderi potest, eius sententiam iure non probari nec defendi posse.

D Ad quartum negatur in testamento inter liberos tacitè illam Clausulam, Omni meliori modo intelligendam esset, & illam Glos. multi reprobarunt, vt per Couuar. loco annotato, num. 3.

CAPVT XXV.

Quid si parens in testamento dicat, se filio centum pro sua legitima relinquere.

SEd rursus controuertitur: quid si pater dicat in suo Testamento; Titio filio meo centum pro sua legitima relinquo, vtrum ualeat, ac sufficiat, licet non dixerit instituo? Respondit Bartolus sufficere; quia intelligitur relicta eo modo, quo relinqui debet, hoc est, titulo institutionis, ita inquam respondit in consi. 151. Idem respondit Franciscus Tigrini eius coætaneus in consilio immediatè sequenti inter consilia eiusdem Bartoli. Sed con-

contrarium quidam alius eadem tempestate Iurisconsultus respōdit, cuius responsum est ibidem impressum post consilium Francisci Tigrini. Bartoli sententiam probarunt Castrens. & Decius in l. humanitatis, C. de Impub. & alijs substit. Clarus alios citans, §. Testamentum, q. 38. vers. Sed quid si dicat. Diuersæ autem sententię adstipulati sunt Salyc. ad l. quoties, C. de hæred. instit. Alexand. ad l. nam quod, §. non omnis, col. 5. ff. ad Treb. & in consil. 70. lib. 2. Iason in Auth. Nouissima, nu. 28. C. de inoff. testam. Couuar. alios citans in c. Rainucius, §. 1. num. 6. de Testam.

Fundamentum Bartoli est hoc, quod cum parens ita relinquit, videatur tacitè relinquere eo modo, quo oportet; & sic titulo institutionis, argumento, l. vlt. C. de necess. ser. hæred. instit. l. sciendum, ff. de verb. oblig. cum alijs similibus testimonijs, quibus dici solet, intrinsecam solennitatem præsumi adhibitam fuisse.

Fundamentum verò contrariæ sententiæ est illud; quod in proposita facti specie titulus institutionis non fuerit adiectus, qui tamen necessariò requiritur, vt in d. Nouella Iustiniani. Vt cum de Appell. cog. §. aliud quoque capitulum. Neque enim verbum, (Relinquo) certę rei adiectum, institutionem importat, vt declarat Bart. in l. Centurio, nu. 33. ff de vulg.

Hæc sententia contra Bartolum videtur mihi sanè probabilior; quia si titulus institutionis esset præsumendus, non esset opus illum adijcere, nec vnquam testamentum eam ob causam rescinderetur, quod legitima non esset relicta institutionis titulo; semper enim dici posset, illum titulum institutionis tacitè subaudiendum, ac intelligendum. Quam ob rem, vana esset Iustiniani Constitutio in d. Nouella.

Nec me mouent argumenta Bartoli. Nam quod attinet ad primum, longè diuersam habet rationem; quia cum seruum quis hæredem instituit, necesse est vt libertatem ei reliquerit, vt in lege allegata: quia alioqui nec hæres esse posset, sed filius potest consequi ea, quæ relicta sunt, etiam si titulo institutionis non fuerint relicta.

Quod verò dicitur in l. sciendum, ff. de verbor. oblig. *Si quis scripserit se fideiussisse, videri omnia solenniter acta*, nihil obstat; quia loquitur in dubio, cum scilicet non apparet an solennia fuerint adhibita; neque enim rectè scriptum esset *fideiussisse*. Sed hic versamur in claris, cum in Testamento prætermissus fuit titulus institutionis; & pater dixit, se relinquere pro legitima, non est hic dubium, an adiecerit institutionis titulum testator, necne; apparet enim non adiecisse. Quare longè dissimilis est casus, & longè dispar ratio.

CAPVT XXVI.

Vtrum legitima filiorum augeatur auctis patrisfamilias facultatibus post eius mortem?

BOna defuncti patrisfamilias augeri possunt vel extrinsecè, vel intrinsecè (placet enim vti vocabulis vsitatis apud pragmaticos Doctores.) Extrinsecè dicuntur augeri, cum aliquid eis accedit, vel alluuione, vel alias ob causas. Intrinsecè verò, cum eorum æstimatio crescit: sæpè enim accidit, vt rerum precia pro diuersitate temporum varia sint ac diuersa. Et quidem si de extrinseco agatur augmento, communis est sententia, cui & ipse assentior, legitimam non augeri. Ita docent Paulus Castrens. & Alexander, in l. in ratione, 30. ff ad legem Falcid. Romanus Sing. 128. Volo tibi vnum dicere, & alij, quos refert & sequitur Curtius senior in cons. suo omnium vltimo.

Et probatur hæc sententia ex l. cum quæritur, C. de inoff. testam. ibi: *Si quartam partem mortis tempore testator reliquit*. Et ex l. si patronum, 44. §. si ex bonis, ff. de bonis libert. Solet autem in cōtrarium adferri, l. serui qui, 42. ff. ad leg. Falcid. Sed vera & communis est solutio, illum textum loqui de Falcidia, non autem de Legitima.

A Ratio diuersitatis est; quia vt Falcidiæ locus non sit, latior fieri debet interpretatio: sic enim legata non minuuntur, & voluntas defuncti executioni mandatur. Alia ratio est in Legitima. Nam si ea filio sola sit relicta, iam apparet noluisse defunctum plus filium habere; si verò non reliquit, Testamentum non valet, sed rescinditur.

Cæterum, si de intrinseco augmento agatur, controuersia est inter Doctores; an inspiciendum sit tempus mortis testatoris, vel tempus, quo Legitima ipsa petitur. Sit hæc facti species: Decessit paterfamilias relictis bonis æstimationis trium millium aureorum, hæc bona post decem annos æstimantur sex millibus. Quæritur, an filius qui legitimam suam portionem non nisi post decem annos à parentis morte petijt, debeat illam obtinere secundum æstimationem eius temporis, quo pater vita functus est, quod si fiat, mille consequetur: an verò secundum æstimationem eius temporis, quo illam
B petit, quod si concedatur, longè plus obtinebit, vt patet.

Et quidem inspiciendum esse mortis tempus, & eius temporis præstandam esse æstimationem, censuerunt Baldus, in cons. 22. lib. 4. Curtius senior in cons. suo omnium vltimo. Curtius iunior in cons. 21. nu. 14. Hippolitus Riminaldus alios citans, in cons. 148. lib. 2.

Argumenta sunt ista: Primum; legitima est portio bonorum, quæ erant tempore mortis patris, l. cum quæritur, C. de inoff. testam. Ergò debet assignari filio secundum ęstimationem eiusdem tēporis mortis patris; quia si ea ęstimatio non obseruetur, filius aliquando plus, aliquando minus habebit, quàm tempore mortis patris esset habiturus.

Secundò, legitima non augetur, licet bona patris post eius mortem augeantur extrinsecè, quoad quantitatem, vt inter omnes conuenit, ergò idem respondendum est, si bona patris augeantur quoad æstimationem, & precium.

C Tertiò, nisi tempus mortis patrisfamilias per omnia spectetur, etiam quantum ad ęstimationem, semper erit incertum, quanta sit legitima filij, quia semper bona augeri vel minui possunt, quoad æstimationem. Hoc autem est absurdum; Ergò, &c.

Contrariam sententiam habuerunt Corneus in consil. 263. libro 2. Gratus respond. 79. libro 2. Bertrandus, 141. libro 2. Berengarius ad l. in quartam, num. 122. ff. ad leg. Falcid.

Et hæc sententia mihi verissima videtur. Namq; augmentum, ac diminutiō ęstimationis bonorum ad eum pertinere debet, ad quem bona pertinent, l. in ratione, 30. ff. ad leg. Falcid. l. pignus, C. de pig. act.

Sed legitima ad filium pertinet statim à morte patris, l. Scimus, §. cum autem, C. de inoffic. testam. ibi: *Quia nostra constitutio omnem dilationem, omnemque moram censuit esse subtrahendam, vt quarta pars pura, & mox filio restituatur*, &c.

D Ergò omne augmentum, ac diminutio legitimę portionis ad filium ipsum spectare debet.

Omitto cætera argumenta, quia non videntur mihi tam fortia, ac vrgentia.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respōdeo, legitimam esse portionem tertiam, vel semissem bonorum, quæ tempore mortis erant. Et ideò rectè infertur, eius augmentum ad filium pertinere; quia si tempore mortis patris illam habuisset, procul dubio etiam eiusmodi commodum habuisset augmenti: Nec absurdum est, filium plus consequi ratione auctæ huiusmodi æstimationis, quam tempore mortis habuisset; Id enim fit ex accidenti, hoc est, ex mutatione precij rerum & varietate, quā varia, ac diuersa tempora inducere solent.

Ad secundum argumentum iam respōsio patet; quia alia est ratio augmenti extrinseci, alia intrinseci quoad ęstimationem, vt dictum est.

Ad tertium respondeo negando incertitudinem respectu corporum, hoc est, bonorum ipsorum defuncti;

legitima enim erit semper tertia pars, vel semis pro numero liberorum, Respectu verò æstimationis, nil refert an sit certitudo, necne, eo enim pacto omnibus incertũ est quid & quantum possideant, quoniam æstimatio bonorum indies mutatur, vt notum est. A

CAPVT XXVII.

Si filio legitima à patre viuente fuerit assignata, vtrum auctis facultatibus patris, mortis eius tempore possit filius eam petere secundum bonorum quantitatem, quæ tempore mortis reperietur.

PAter filio legitimam suam dedit, postea factus est ditior, & mortuus est, filius petit legitimæ quantitatem iuxta tempus mortis, habita scilicet bonorum ratione postea quæsitorum. Quæritur an rectè petat. Non rectè petere, sed contentum esse debere quantitate bonorum sibi data à patre viuente pro legitima, docuerunt Iacobus Butrigarius, in l. pactum, C. de Collat. Roman. in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. oblig. & alij, quos refert, & sequitur Guilhelmus Benedictus, ad c. Rainucius, in vers. Duas habens vxores, num. 242. de Testam. Menoch. de Arbitr. iudic. Casu 149 nu. 18. B

Fundamentum est, quia filius habuit legitimam iuxta facultates patris tunc viuentis, & sic cum voluerit eã ante tempus habere, sibi imputare debet; nec enim se læsum fuisse allegare poterit ex eo, ꝙ pater alia bona quæsierit; quia potuisset amittere, & in summa paupertate mori; quo casu nemo diceret filium aliquid restituere oportere, quasi plus debito accepisset, habita ratione bonorum quæ tempore mortis erant; Itaque cum ita se res habet, vt lucrum, & commodum parere possit, idque pendeat ex incerto, ac futuro euentu, læsio allegari, ac deceptio non potest, l. de fideicommisso, C. de Transact. l. 1. C. de pactis, l. si ea lege, C. de vsuris. C

Huc accedat, quod ad læsionem cognoscendam inspiciendum sit tempus rei gestæ, l. voluntate, ad finem, C. de rescind. vend. l. habitationum, ff. de periculo, & cõmodo rei vend. sed si tempus, quo legitima assignatur, inspiciatur, nulla apparet læsio ipsius filij: quia tunc pater non habebat plura bona, ergo nulla læsio allegari potest.

Contrariam sententiam habuerunt Paulus Castr. & Alexand. in l. in ratione, 30. ff. ad leg. Falc. Iason in Authen. Nouissima, num. 9. C. de inoff. testam. & alij, quos refert & sequitur Couuar. in c. quamuis, in 3. parte, §. 1. nu. 2. de pactis, lib. 6. quibus adde Vasquium de successio. Creatione, lib. 2. §. 20. 4. parte, nu. 221. & D. meum Cephalum, in cons. 165. nu. 15. lib. 2.

Et hæc sententia mihi probabilior videtur, & satis luculenter probari, ex l. si quando, §. 1. C. de inoffic. testam. *Si quis* (inquit) *à patre certas res, vel pecunias accepisset, & pactus fuisset, quatenus de inofficioso aduersus* D *testamentum paternum querela ab eo minimè moueretur*, Et paucis verbis interiectis, *huiusmodi pacto filium minimè prægrauari secundum Papiniani responsum, in quo definiuit meritis magis filios ad paterna obsequia prouocandos, quàm pactionibus adstringendos.*

Si non prohibetur filius impugnare testamentum, & consequenter plus petere, & consequi pro legitima portione, licet pactus fuerit, de non petendo, & de testamento non impugnando: cum certas res à parente pro legitima, vt ego interpretor, accepit; ergò multò minus prohiberi debet cum simpliciter accepit certas res pro legitima, & nihil pactus est in contrarium. Huc accedat ratio: nam legitima portio moderanda est ex bonorum quantitate, quæ tempore mortis patris reperiuntur, l. cum quæritur, C. de inoffic. testam. Cum igitur mortis tempore facultates auctæ reperiantur, manifestum est ex illis ita auctis legitimæ portionem esse constituendam.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo: nõ eam ob causam filio licere suam petere legitimam secundum quantitatem bonorum, quæ tempore mortis patris est, quia videlicet ex pactione sit læsus, qua legitimã illi pater viuens assignauit, sed alia de causa; nempe, quia aut filius res certas pro legitima accipiens, pollicitus est se nil amplius petiturum, & talis promissio nihil valet; aut nec tacitè, nec expressè promisit, & tunc nihil proponitur, cur petere non possit legitimam sibi assignari pro quantitate bonorum, quæ pater mortis tempore reliquit. At voluit inquies ante tempus habere legitimam, ergò sibi imputare debet; nec enim si bona patris diminuta essent, aliquid restitueret. Respondeo, filium quidem ita voluisse, sed eiusmodi pactiones iure non probari, sed potius reijci, ac proinde siue auctis, siue diminutis paternis facultatibus totam hanc legitimam portionem ad suum tempus referendam esse, & ex bonis relictis à defuncto prorsus moderandam fore.

CAPVT XXVIII.

De legitima parentum, & fratrum, an sit triens vel quadrans.

FIliorum legitimam non vt antiquo iure quadrantem hæreditatis, sed trientem esse, inter omnes constat ex Nouella Iustiniani de Triente, & Semisse. Sed & parentum legitimam esse trientem, vera & communis est sententia, vt notat Iason in Auth. Nouissima, num. 56. C. de inoff. testam. Castr. in Auth. Ex causa, num. 2. C. de lib. præter. & Rolandus à Valle, in consil. 59. lib. 3. Et satis clarè probatur ex d. Nouella de Triente, & Semisse, in illis verbis: *Hoc obseruando in omnibus personis, in quibus ab initio antiqua quartæ ratio de inofficioso lege decreta est.*

Cæterum, an idem constitutum sit in ea legitima, quæ fratribus debetur, quoties turpis persona est instituta, nonnulla est inter Doctores controuersia. Etenim auctam non esse fratrum legitimam, sed quadrantem intelligi, vt olim autores sunt Alexand. in l. si patroni, §. vlt. ff. ad Trebell. Cagnol. ad l. 1. num. 22. ff. de inoffic. testamento. Natta in consil. 478. Afflictus decis. 204. quorum illud est fundamentum, quod Iustinianus in Nouella de Triente, & Semisse legitimam duntaxat filiorum, & parentum auxerit, quibus ordinario quodam iure querela competit inofficiosi testamenti: non autem fratrum, quibus ita demum querela datur, cum turpis persona est instituta. Id patet: quia Imperator in præfatione dicit se disponere uelle, secundum id, quod consequens est naturæ: Sed fratri non debetur legitima iure naturæ. Et cum fratribus ab initio querela non competat inofficiosi testamenti, sed ex post facto, cum scilicet turpis persona est instituta, colligitur Imperatorem non de legitima fratris esse locutum in versic. *Hoc obseruando in omnibus personis, in quibus ab initio*, &c.

Verùm istis nil morantibus, contrariam sententiam amplector, & autoribus vtor, Hieronymo Gabrielio, qui & alios citat, in consil. 126. & Iacobo Cuiacio, in expositione Nouellæ 18. non procul à principio. Et argumento sumpto ex d. Nouella, in versic. *Hoc obseruando*, &c. Si enim idem obseruandum est in omnib. alijs, quibus antiquo iure querela competebat inofficiosi testamenti, vt videlicet eorum legitima sit aucta, & triens esse intelligatur, sequitur dicendum idem etiam obseruandum in fratribus, quibus constat querelam competiisse turpi persona instituta.

Nec verum est Iustinianum auxisse tantum earum personarum legitimam, quibus ordinario quodam iure querela competebat. Non hoc dicitur in Nouella.

Non obstat, quod dr̃ ex post facto cõpetere, non ab initio. Nam primũ verba, *ab initio*, in tex. Nouellæ nil aliud

signi-

ſignificant, niſi ſecundū iura vetera: deinde ſi hæc ratio valeret, etiā parentibus non eſſet aucta; quoniam nec illi querelam inſtituere poſſunt, niſi ſint exhæredati, & ſic ex poſt facto. Illud tantum eſt in fratribus conſtitutum, vt non habeant querelam, niſi ſint exhæredati, & ſimul inſtitutæ turpes perſonæ; ſed huius rei non eſt habenda ratio; quia ſatis eſt illos habuiſſe querelam antiquo iure, quod ſufficit, vt Conſtitutio locum habeat. Denique illa verba præfationis Nouellæ non obſtant; quia Imperatoris intentio præcipua fuit prouidere filijs; ſed tamen etiam ad alios extēdit ſuam Conſtitutionem, omnes uidelicet, quibus querela competebat. Quare ſub hac lege fratres quoque contineri iudico, quia & ipſis olim querela competebat, turpi perſona inſtituta.

CAPVT XXIX.

Quanta ſit legitima matris, ſi filius teſtamento condito hæredes inſtituat duos fratres vtrinque coniunctos, & matrem in legitima inſtituat.



CVm ſicut deſcendentium, ita & aſcendentium Legitima ſit tertia pars hæreditatis, vt dictum eſt in præcedenti capite. iam alia oritur controuerſia. Filius condito teſtamento matrem in legitima inſtituit hæredem, duos fratres vtrinque coniunctos hæredes inſtituit; quæritur, quanta ſit matris legitima. Eſt antiqua & celebris controuerſia inter Iacobum Butrigarium & Bartolum. Cenſuit Butrigarius Legitimam eſſe tertiam partem totius hæreditatis. Bartolus contra, eſſe tertiam partem tertiæ partis hæreditatis. Bartoli ſententiam ſecuti ſunt Iaſ. in conſil. 61. lib. 3. Alexander in conſil. 14. lib. 1. Corneus in conſil. 150. lib. primo, & Iacopinus in l. pater filium, nume. 40. ff. de inoffic. teſtam. Butrigarii verò ſententiam amplexi ſunt. Bald. in Authen. Nouiſſima, C. de inoffic. teſtam. Oldr. in conſil. 123. Socin. ſen. in conſil. 75. num. 7. lib. 3.

Fundamentum Butrigarii eſt in §. 1. in Authen. de Triente & Semiſſe, vbi Imperator ſtatuit legitimam filiorum augendam eſſe, ita, vt integram habeant tertiam partem hæreditatis: ac idem obſeruandum eſſe mandauit in omnibus, quibus querela inofficioſi teſtamenti cōpetebat: & ſic idem obſeruandum eſſe colligitur ac infertur etiam in legitima parentum, vt dictum eſt. Conſequenter legitima parentum erit integra tertia pars hæreditatis.

Fundamentum verò Bartoli eſt; quia legitima eſt iam tertia, ſed olim quarta pars eius partis, quam quis ab inteſtato habiturus eſſet, l. Papinianus, §. ſi qui mortis cauſa, ff. de inoffic. teſtam. Sed hoc in caſu mater ab inteſtato ſuccedens habuiſſet tertiam partem hæredatis; quia duo fratres extabant, inter quos & matrem hæreditas diuidenda erat in capita, vt notum eſt ex Authent. Defuncto. C. ad Tertullianum. Ergo legitima matris erit tertia pars huius tertiæ partis. Et hæc ſententia mihi ſanè probabilior uidetur: Quod enim ex Nouella de Triēte & Semiſſe infertur legitimam matris portionē eſſe integram tertiam partem ſubſtantiæ ſeu hæreditatis filij, rectè infertur, ac ſibi locum id uindicare poteſt, vbi mater eſt ſola, cui debetur inteſtati ſucceſſio; non autem ubi ſunt alij legitimi hæredes. Nam ſi, verbi gratia, quatuor eſſent fratres defuncti hæredes ab eo inſtituti, & mater in ſola legitima inſtituta, plus haberet mater, quàm alij hæredes ſinguli, quòd uidetur eſſe abſurdum, præſertim ſi inſtituta mater fuerit in minima portione, quo in caſu legitimæ ſupplementum petere poteſt, iuxta l. omnimodo, C. de inoffic. teſtam. petendo ſupplementum plus conſequeretur, quam quilibet ex hæredibus eſſet habiturus, & quam ipſamet eſſet habitura, ſi vna cum fratribus eſſet inſtituta.

A

CAPVT XXX.

Vtrum legitima ſit aſcendentibus titulo inſtitutionis relinquenda, vt valeat teſtamentum.



LEgitimam aſcendentibus quocunque titulo relinqui poſſe, atque adeò inſtitutionis titulum non eſſe neceſſarium, Bar. exiſtimauit in Authen. Nouiſſima, C. de inoff. teſtam. eo argumento adductus, quod idem ſit receptum in legitima patroni, iuxta no. in l. 1. §. 1. ff. ſi quis à parente fuerit manum. & quia, cum olim quocunque titulo rectè relinqueretur, vt probatur ex d. Auth. Nouiſſima, nullus extet locus, quo probetur in aſcendentibus ius antiquum immutatum eſſe, & legitimam inſtitutionis titulo illis relinquendam.

Sed contrarium docet uera & communis Doctorum ſententia, vt per Iaſonem in d. Anthen. Nouiſſima, nu. 5.
B quæ probatur ex §. Aliud quoque capitulum, iuncto §. Et hæc quidem de parentum ordinauimus teſtamentis, in Authen. vt cum de appell. cog. Dicitur in §. aliud quoque capitulum, filios à parentibus hæredes inſtituendos eſſe, aut ex iuſta cauſſa exhæredandos, etiamſi eis legitimam portionem legati titulo vel alio modo reliquerint. Poſtea ſubdit Imperator; *Et hæc quidem de parentum teſtamentis ordinauimus. Iuſtum autem perſpeximus & econtrario de liberorum teſtamentis hæc eadem cum aliqua diſtinctione diſponere.* Et infra: Diſponit idem, ut nō liceat filijs parentes exhæredare ſine iuſta cauſſa; ſed hæredes inſtituendos eſſe. Quamobrem illa verba hoc etiam in loco repetita uideri debent, nempe: *Etiamſi eis legitimā portionem legati titulo, vel alio modo reliquerint.* Sed hæc res mihi videtur eſſe clarior, quàm vt longiori egeat diſputatione.

C

CAPVT XXXI.

Vtrum filij, qui parentibus non ſuccedunt, in numero cenſendi ſint filiorum ad augendam, vel minuendam portionem legitimæ eorum, qui ſuccedunt?



GRauis eſt, ardua, & ſubtilis diſputatio: vtrū filij, qui à parentum ſuorum ſucceſſione excluduntur, in numero filiorum exiſtimandi ſint ad aliorum, qui ſuccedunt, legitimæ portionem, vel augendam, vel minuendam. Ego aliquot concluſionibus propoſitis rei obſcuræ aliquam lucem adferre, & diſſidentium Iuriſconſultorum ſententias explicare conabor. Igitur filius filiave à ſucceſſione patris excludi poteſt; Primò, exhæredatione ex cauſſa legitima facta. Secundò, renunciatione iurata, iuxta c. quamuis, de pact. lib. 6. Tertiò, municipali conſtitutione; vtputa, ſi exiſtentibus filijs maſculis fœminæ
D excludantur, dotatæ, vel dotandæ. Quartò, ſi filius incapax reddatur delicto perpetrato, vel religionis ingreſſu ordinis Minorum S. Franciſci. Poſtremo, ſi non velit ſuccedere, & ſic hæreditatem repudiauerit.

Rurſus, talis filius à ſucceſſione excluſus in numero filiorum haberi poteſt ad minuendam legitimæ portionem aliorum filiorum, qui ſuccedunt, vel ad eam augendam. Ad minuendam, exempli cauſa. Pater quatuor habet filios, quorum unus aliqua ex præmiſſis cauſſis à ſucceſſione repellitur, alij verò tres ſuccedere poſſunt. Quæritur, quanta ſit legitima horum trium filiorum; videlicet, quoniam eſt triens, an non triens diuidendus ſit in quatuor partes, an verò in tres? ſi filius à ſucceſſione excluſus, in numero ſit habendus ad minuendam aliorum legitimam, triens erit in quatuor partes diuidendus, & ſic filiorum quilibet unciam tantum habebit: ſi verò filius excluſus non ſit in numero filiorum, totus triens in tres tantum partes diſtribuetur, ita vt quilibet filiorum ſucceſſionis capacium tertiam partem trientis,

tis, non autem quartam, vt in alio casu, consequatur.

Ad augendam verò legitimæ portionem aliorum, qui succedunt, filius à successione exclusus haberi in numero filiorum potest, hoc modo: Pater habet quinque filios: Vnus eorum non potest succedere, is si in filiorum numero sit habendus ad aliorum portionem augendam, tunc legitima erit semis, quasi quinque sint filij; sin minus legitima erit triens, perinde ac si essent tantum quatuor, nulla ratione habita eius filij, qui non succedit.

Tractant hanc quæstionem Alexander & Ias. in l. planè, §. si duobus, ff. de leg. 1. Castrens. l. huiusmodi, §. si Titio, ff. eod. ti. & in consi. 287. lib. 1. Guido Papę decis. 245. & 599. Curt. senior consi. 5. Alciatus in consil. 775. Socinus iunior in consilio 25. lib. 1. Fabianus de Giochis, & Marcus Antonius Cucchius in Authen. Nouissima, C. de inoffic. testam. Bellonus in consil. 83. Dominus meus Cephalus in consil. 245. libro secundo, Iacobus Menochius in consi. 207. lib. 3. Andreas Geyll, lib. secundo, Obseruat. 122.

Hæc igitur sit prima Conclusio: Filius exhæredatus à parente ex iusta & legitima caussa, in filiorum numero censendus non est ad minuendam aliorum filiorum legitimam portionem: Itaque, si pater reliquerit tres filios, & iustam ob caussam unum ex eis exhæredauerit, aliorum duorum legitima erit triens integer.

Probatur hæc conclusio ea ratione, quia cũ filius exhęredatus nihil ea hæreditate patris habiturus sit, cæteri filij, qui exclusi non sunt, in tota hæreditate succedunt; ergo legitima eorum erit tertia pars hæreditatis: quoniam legitima est tertia pars eius partis, quæ ab intestato defertur, l. parentibus, C. de inoff. testa. l. Papinianus, §. si quis mortis caussa, & §. quoniam, ff. eod. tit.

Confirmatur hæc sententia ex l. si post mortem, §. liberi, ff. de bonorum posses. contra tab. *Liberi*, inquit, tex. *qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt. Quod enim bonum est eis facere, vt partem faciant nihil habituri.*

Huç accedat tex. in §. si verò filios, in Anth. de nupt. vbi Imperator statuit lucra nuptialia reseruanda esse filijs: *Sed si* (inquit) *quis ex eis ingratus videtur, præmium hoc aliis damus nihil tale agentibus, vt & alios corripiamus parentes honorare, & ad fratrum exemplum respicere.*

Possem huc adferre regulam, l. planè, §. si duobus. ff. de leg. 1. vbi dicitur: eum qui ad partem non admittitur, partem non facere: sed quia alibi contrarium dicitur, qua de re eruditè Zasius disputat lib. 1. Sing. Resp. c. 19. Ideo hoc argumento non utor.

Cæterùm sententiæ supra dictæ aduersantur Bart. & Paulus Castrens. ille, in l. pater filium, num. 14. ff. de inofficc. testam. iste, in d. l. planè, §. si duobus, & in consil. 186. lib. 1. in eo tantum casu, quo pater tres filios habens, vnũ exhæredauit, & alios hæredes instituit in re certa, ac in omnibus alijs bonis extraneum hæredem instituit. Hoc in casu existimant exhæredati filij portionem nequaquam lucro cedere aliorum filiorum, sed hæredis instituti. Hanc rationem afferunt, quod filii non exhæredati melioris conditionis esse non debeant propter alterius exhæredationem, ne culpa vnius aliis prosit. Sed hæc ratio nihil valet, quia contrarium docet Iustinianus in d. §. si vero, in Auth. de nupt. nempe, partem exhæredati & ingrati aliorum, qui digni sunt, & bene merentes, lucro cedere.

Secundum argumentum adferunt, quia, cum filii nõ exhæredati non sint vniuersales hæredes sed particulares in re certa, non potest eis accrescere pars exhæredati, arg. l. Proculo, de leg. 2.

Respondeo, filios non exhæredatos non hoc commodum habere ea iure accrescendi quasi uidelicet eis accrescat pars exhæredati, sed per remotionem obstaculi, ut ita dixerim. Nam cum legitima sit triens, illis solis debetur, qui ad successionem uocantur; & filius exhæreda-

A tus obstare alijs poterat, quo minus integrum haberent trientem; iam vero non obstat: quoniam ille non succedit, & cum à successione sit exclusus, videtur in consequentiam à legitima quoque exclusus, quæ successionis est pars.

Tertio vtuntur hoc argumento, quòd testator exhæredati portionem maluisse credatur ad uniuersalem hæredem peruenire, quàm ad filios in re certa institutos. Sed quis talem patrisfamilias mentem cognoscere poterit? aut qua æquitate propriam quis sobolem extraneis post habere credatur?

Secunda conclusio: Sicut exhæredatus filius in numero filiorum non habetur, ad aliorum portionem in legitima minuendam, ita nec ad augendam. Itaque, si paterfamilias quinque liberos habens, vnum ex illis exhæredauerit, & alios in legitima instituerit, illa erit in hoc casu triens, quasi quatuor sint filii, non autem semis, per-

B inde, ac si quinque forent.

Probatur hęc communis & vera conclusio duabus rationibus: altera, quia legitima est pars hæreditatis, ut iã dictum est. Cum ergo quatuor duntaxat filii ad hæreditatem vocentur, sequitur legitimam esse trientem, nulla ratione habita eius filii, qui exhæredatus est, quia videlicet ab hæreditate excluditur. Altera est ratio, quoniam Imperator ideo decreuit legitimam esse semissem, quando sunt plures filii, quàm quatuor, ne nimis pauperes essent, si tantum trientem haberent, vt in d. Nouella, de Triente & Semisse. Sic enim ait tex *Frequenter igitur & alia vice mirati sumus, quomodo legitimis & beneuolis filiis, quibus agunt gratias parentes, quibusque quod relinquitur tam etiam debitum vocant solum triuncium definiunt, ex necessitate relinqui; reliquum verò interim voluntate parentum, & capiunt quidem cognati omnia, & extranei; filii verò, licet multi consistant, confunduntur: & triuncium diuidunt solum, vel si decem fortè, aut amplius fuerint*

C *pauperes erunt filii, donec vixerint parentes idonei.*

Vbi ergo quatuor tantum existunt, inter quos legitima diuidatur, cessare uidetur ratio paupertatis. Est autem ita in proposita facti specie: quia filius exhæredatus non habet partem, & sic soli tres trientem participabunt.

Sed iterum hic repugnantem Bartolum habemus, in d. l. pater filium, nu. 15. ff. de inoff. testam. vbi docet, eo in casu, quo exhæredati portio cęteris fratribus accrescit, legitimam portionem filiorum nõ exhæredatorum ex persona exhæredati augeri. Mouetur hoc argumento: quod videlicet filii exhæredati portio cæteris filiis accrescat, ex l. qui repudiantis, & l. si ponas, §. vlt. ff. de inoffic. testam. Quibus in locis habetur: vno ex filiis exhæredatis renunciante querelæ, reliquis eius portionem accrescere, ita, vt rescisso per querelam testamento, totam obtineant hæreditatem.

Sed hæc videntur mihi dissimilia; quoniam ibi filio

D exhæredato competit querela, & portio hæreditatis rescisso testamento, quamobrem si non velit querelam intentare animo repudiãtis, ut inquit tex. merito illius portio cæteris accrescit, iuxta l. vnam, C. quando non petentium partes petentibus accrescant. Cæterum, in ea facti specie, de qua agitur, cum filius ex legitima caussa exhæredatus proponatur, ille non habet partem ullam, ideoq; nec alijs accrescere potest: Tunc enim ius accrescendi locum habet, cum portio vni est delata, qui non vult, vel non potest eam habere, vt in d. l. vna, C. quando non peten. partes, & in l. vna, §. vbi autem, C. de caducis tollen. & in specie nostra declarat Alexan. in d. l. planè, §. si duobus, num. 5. de leg. 1.

Tertia conclusio; filius ex delicto, vel aliã ob caussam incapax hæreditatis & successionis effectus, inter filios recensendus non est, quo ad aliorum filiorum, qui capaces existunt, portionem vel minuendam, vel augendam.

Hæc conclusio confirmari potest iisdem argumentis, quibus in præcedentibus vsi sumus, neque enim ratio discriminis apparet inter hunc & præcedentes casus.

Quar-

Quarta Conclusio; Filia exclusa renunciatione ab hæreditate paterna, iuxta formam, cap. quamuis, de pactis, lib. 6. non est referenda in filiorum numerum ad augendam aliorum filiorum, qui non renunciarunt, portionē, sed ad eam minuendam inter filios reputanda est.

Probatur vtraque pars Conclusionis hoc modo: Vbi filia renunciat hæreditati paternæ, illa renunciatio cedit in fauorem, & commodum patris: quia pater dote ei data non tenetur amplius eam instituere: Ergò si, v.g. pater habeat tres filios, & filiam, eaque renunciauerit, iam pater eius portionem consecutus est; & consequenter in numero filiorum est habendus, ad hoc, vt triens diuidatur in quatuor partes, quarum vna cedat patri vigore renunciationis, aliæ tres cedant alijs tribus filijs. Non habetur autem in numero filiorum, ad augendam aliorum legitimam: quia sic pater damnum sentiret ex renunciatione. Et quia si, verbi gratia, sint quinque filij; & inter eos filia renuncians, soli quatuor inter se diuident trientem.

Quinta Conclusio: Filia à successione exclusa vigore Statuti mandantis eam dotari, & filios masculos ad successionem vocantis, non est in numero filiorum ad minuendam portionem legitimæ masculorum.

Probatur: quoniam exclusa à successione, dicitur esse exclusa etiam à legitima; cum illa sit pars hæreditatis, & successionis: Et cum ita non admittatur ad partem, nec partem facere debet ad aliorum detrimentum, l. planè, §. si duobus, ff. de leg. 1.

Huc accedat, quod tale Statutum conditum esse videtur in fauorem masculorum, & agnationis; sed si filia faceret partem ad diminuēdam masculorum portionem, videretur in odium quodammodo retorqueri, l. quod fauore, C. de legibus.

Contra istam Conclusionem adferri solet textus in l. huiusmodi, §. si Titio, de leg. 1. *Si Titio, & Mæuio* (inquit textus) *legatus fuerit Stichus, qui Titij erat, debebitur pars Stichi Mæuio. Nam Titius quamuis ad legatum non admittatur, partem facit.*

C Respondeo, Titius ibi non admittitur ad partem legati: quia dominus erat serui, & res propria non potest alicui legari, l. proprias, C. de legatis. Facit autem partem: quia ius retentionis habet iure vetustioris dominij, vt ibi explicat Bartolus, & post eum Zasius, libro 1. Sing. Respons. cap. 19. & Socin. iun. in d. consil. 25. numero 12. lib. 1.

Sexta Conclusio: Filia Statuto exclusa à successione, vt suprà, inter filios annumeranda est ad legitimæ portionem masculorum augendam, vt, si verbi gratia, sint quinque, & inter eos filia exclusa: legitima sit semis, nō autem triens.

Probatur: quia hic sunt quinque filij; ergò legitima est Semis, vt in Nouella, de Triente, & Semisse. Non obstat, si dicatur filiam quidem extare, sed non succedere; quia nihilominus in numero est habenda ad commodum filiorum. Ratio est: quia dotem habuit, vel habitura est, & sic dos videtur esse loco legitimæ: quamobrem erit perinde, ac si ipsa quoque legitimæ portionem habuisset; consequenter alij pinguiorem partem habere debent; quia incommodum ex dote data, vel danda, habituri sunt, Et sanè, si trientem tantum haberent, cum onere dotis dandæ, nimis exigua esset portio eorum.

D Sed contrarium respondit Paulus Castrens. in consil. 287. lib. 1. atque vtitur hoc argumento. Is qui loco extranei censeri debet, non potest in numero filiorum haberi; quia hæc longè differunt, haberi pro extraneo, & haberi pro filio: Sed filia sic exclusa, pro extranea habetur, quantum ad succedendum patri: Ergò non debet pro filia haberi, quantum ad eum effectum. Assumptio probatur: quia nec talis filia querelam habet inofficiosi testamenti, nec ei legitima debetur; cum enim à successione exclusa sit, videtur etiam exclusa à legitima, quæ pars est successionis.

A Respondeo, filiam sic exclusam non haberi prorsus pro extranea persona: quia dotari debet, & dos est loco legitimæ; quæ res cum in detrimentum cedat filiorū masculorum, meritò & ipsi ex eius persona pinguiorem, & vberiorem facient legitimæ portionem.

Quædam alia adferuntur argumenta contra superiorem sententiam, sed illa, & leuia sunt, & diligenter à Domino meo Cephalo refutantur in d. cons. 245. lib. 2. vt non sit operæprecium actum agere.

Postrema Conclusio: Si filius sit exclusus à successione, quia nolit succedere, ac repudiauerit hæreditatē, illius portio hæreditatis consequenter etiam legitimæ cæteris accrescit, l. vna, C. quando non petent. partes, petentibus accrescant.

CAPVT XXXII.

Vtrum legitima filiorum Statuto tolli possit.

B Ontrouersia etiam est circa legitimam filiorum, an ea tolli ex Statuto possit? Sunt.n. qui existimant tolli posse, sunt qui negant; & non desunt, qui minui posse affirment, tolli autem posse negent. Vide Couuar. in 4. lib. Decret. par. 2. c. 8. §. 6. nu. 5. Andream Geyll, lib. 2. Obseru. 122.

Qui tolli posse existimant, hoc argumento vtuntur: Id quod Iure Ciuili constitutum est, alio Iure Ciuili, nēpe, ex Statuto, mutari & tolli potest, vt in §. sed naturalia, in Instit. de iure natur. gent. & Ciuili. Sed legitima est à Iure Ciuili cōstituta; ergo alio Iure Ciuili puta Statuto, tolli poterit.

Assumptio probatur ex l. Lege XII. Tabularum, C. de legit. hæred. vbi Imperator ait: Lege XII. Tabularum constitutum esse, vt ad successionem tam masculi filij, q̄ fœminæ vocentur. Legitima verò est pars successionis.

C Et ex §. 1. in Auth. de Triente, & Semisse, vbi Imperator dicit: Legem parentibus necessitatem imponere, vt filijs legitimam relinquant.

Confirmatur hæc sententia: nam remedia, quibus ipsa hæreditas, ac legitima obtineri potest, Iure Ciuili prodita sunt: veluti querela Inofficiosi, petitio supplementi, & similia: Ergò Iure Ciuili videtur esse legitima constituta.

Negantis autem sententiæ firmamentum est in contrario Syllogismo. Quod iure naturali debetur, mutari ac tolli Iure Ciuili non potest, §. sed naturalia, in Instit. de iure natur. gent. & ciuil. sed legitima iure naturali debetur, & filijs constituta est; Igitur Statuto tolli non poterit.

Assumptio probatur primum ex l. cum ratio, ff. de bonis damnator. *Cum ratio naturalis* (inquit textus) *quasi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem adiiciat, velut ad debitam successionem eos vocando*, &c.

D Secundò, ex l. scripto, ff. vnde liberi, Papinianus: *Liberos ad bona parentum natura simul, & communne parentum votum admittit.*

Tertiò, ex §. primum itaque, in Anthent. de hæredib. Falcid. *Primum itaque* (inquit textus) *illud est cogitandum; quia testantibus alijs quidem necessitatem imponit Lex, distribuere quandam partem personis quibusdam, tanquam hoc secundum ipsam naturam eis debeatur, quale est filiis, & nepotibus, & patribus atque matribus, interdum verò etiam fratribus*, &c.

Quartò ratione probatur: nā legitima debetur filijs, vt ex ea se alere, & sustentare possint, teste Imperatore in Auth. de Triente, & Semisse: Cum ergo alimenta iure naturæ filijs debeantur, l. 1. §. ius naturale, ff. de Iust. & iure, sequitur & legitimam eodem iure deberi.

Tertiæ autem opinionis fundamentum est in eo positum, quòd iure naturali legitima debeatur; & idcirco tolli in totum non possit, sed quia eius quantitas Iure Ciuili præscripta, & definita est, iccirco ex lege municipali

aliqua

aliqua ex parte minui posse, iusta scilicet caussa subsistente. A

Hanc postremam sententiam æquiorem ac probabiliorem esse iudico, & omnino sequendam; tum, quia supremum Cameræ Imperialis tribunal eam sequi solet, teste Andrea Geyll, loco proximè citato; tum, quia illam amplecti solet etiam Rota Romana, vt notatur decisio 18. in nouis. Fuit dubitatum, & decis. 476. Nota consuetudo, in antiquis.

Ita tamen hanc sententiam arbitror locum sibi vendicare posse; si modò non ita minuatur, vt ad filiorum sustentationem non sufficiat; Cuius declarationis autore vtor Couuarruuia, loco proximè citato: & eo argumento, quod alioqui Statutum esset iniquum, & irrationabile, & consequentes non valeret, cap. Erit autem lex, quarta distinct.

Ex his argumenta in contrarium non obstare manifestum est. Est enim legitima partim Iure Ciuili, partim Iure naturali constituta: Iure ciuili, quoad quantitatem, B Iure Naturali, quoad rem ipsam & substantiam; ideo, quatenus ex Iure Ciuili definitionem accepit, mutari potest, quatenus verò ex Iure Naturali debetur, mutari nō poterit; vti nec ipsum Ius Naturale.

CAPVT XXXIII.

Vtrum pater assignare filio legitimam possit in pecunia numerata.

SI pater filium in legitima instituerit, eamque in pecunia assignauerit; vtrum filius cogatur acquiescere paternæ voluntati, non eadem est omnium sententia. Etenim, si in hæreditate relicta, pecunia repetiatur, affirmāt cogendum filium acquiescere, & eam acceptare, post alios, quos citant Ripa, ad l. in quartam, num. 126. ff. ad legem Falc. & Iacobus Menoch. de arbitr. iudic. Casu 163. C Fundamentum est: quia legitima relinqui debet ex substantia patris: Talis autem est pecunia in hæreditate inuenta; ergo nihil prohibet, quo minus in eiusmodi pecunia assignari possit ac relinqui. Nam & omnia bona patri alienare permissum est, si velit, easque in pecuniam redigere, nec filio iniuriam facere videtur.

Cęterum, negantem sententiam amplexi sunt Bartol. in l. suus quoque, ff. de hæred. instit. ad finem. Alexand. in consil. 79. lib. 1. Iason ad l. non amplius, §. cum honorem, nume. 7. de leg. 1. Et fundamentum est: quia legitima est tertia pars vel Semis, pro numero liberorū, paternę substantię, vt patet ex §. 1. in Authent. de Triente & Semisse. Ergo in ipsis bonis ac substantia est assignanda, non autem in pecunia: Interest enim filij, potius res habere, quam pecuniam, propter iustam affectionem, eā ob caussam, quod fuerit maiorum suorum; argumento l. si in emptionem, ff. de minorib.

Hæc sententia videtur mihi tutior: & confirmari po- D test ex eo, quod parentibus non licet, nec modum, nec dilationem, nec conditionem, nec quodcunque aliud grauamen legitimæ adijcere, l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. Videtur autem aliquis modus, immò grauamen adijci, cum in pecunia numerata legitima assignatur filio. Nam debet ei liberum esse patere eam consequendi, prout iustum videtur; non quidem vnam rem eligendo meliorem, vel ex rebus singulis cum aliorum præiudicio partem deducendo; sed ita res est moderanda Iudicis arbitrio & prudentia, vt ex vna vel pluribus rebus legitima deducatur, filioque assignetur, prout magis commodum & minus alijs damnosum videbitur, argumen. l. nō amplius, §. cum bonorum, & l. Sequentis, de legat. 1. & l. 2. C. quando, & quibus quarta pars debeatur, lib. decimo, vide Menoch. dicto casu 163. nume. 16.

A

CAPVT XXXIV.

Vtrum legitimam filius amittat, propter inuentarium non confectum.

NOn est omittenda celebris hæc controuersia Vtrum filius Legitimam amittat propter Inuentarium non confectum. Et quidem filium legitimam amittere propter Inuentariū non confectum, atq; adeo, ad oīa legata & fideicommissa persoluenda teneri, etiam si eis solutis nihil pro legitima ei supersit, autores sunt multi. Oldrad. in cons. 134. Paulus Castrens. in cons. 188. lib. 2. & alii, quos distinctione quadam adhibita refert & sequitur Couuar. in cap. si hæredes, num. 10. de testam. sed latissimè omnium Franciscus Sarmientus lib. 2. Selectar. Interpret. cap. 7. addi potest his & Cuiacius, in expositione d. Nouellę, de hęred. & Falcid. & Phanucius de Inuen- B tario hæredis, parte 7. num. 13.

Argumenta vero tria sunt potissimum. Primum est; quia heres, qui Inuentarium non confecit, tenetur etiā vltra vires hæreditarias; nec distinguitur an sit suus hæres, vel alienus, l. vlt. C. de iure delib. §. sin autem dubitas, & in §. si verò postquam. Et disertè habetur in §. sancimus, in vers. si vero non fecerit, in Auth. de hæred. & Falcid. *Si vero non fecerit Inuentarium*, &c. inquit Iustinianus, *complebit legatarios & fideicommissarios, quamuis pura substantia morientis excedat mensuram legatorum dato.*

Secundum argumentum est. Hæres non conficiens Inuentarium; si sit creditor defuncti, actionem & creditum amittit, l. debitori, C. de pactis. Hoc est enim vnum ex beneficiis, quæ consequitur ex Inuentarii confectione, vt actiones hæredi sint saluæ, quas cōtra defunctum habuit, vt in d. l. vlti. §. In computatione, C. de iure deliberan. Ergo etiam filius hæres non conficiens Inuen- C tarium, actionem ad legitimam, & illud quasi creditum, amittet.

Tertium argumentum est; quia ita constitutum est in Falcidia, vt eius commodo & beneficio hæres non fruatur, qui Inuentarium non confecerit, vt in d. l. vlti. C. de iure deliber. & in Auth. de hęred. & Falcidia. præsumitur enim subtràxisse bona, quę Falcidiæ sufficiebant, vt ibi dicitur. Ergò idem est in legitima.

Et confirmari potest hoc argumentum; quia in Falcidia eadem ratio videtur, quæ in legitima. nam ante ius nouissimum, etiam Falcidia à testatore prohiberi non poterat; l. si vt allegas, l. quanquam, C. ad legem Falcid. sicut nec legitima. Ergo idem iuris videtur esse in vtraque.

Sed contrariam sententiam amplexi fuere Glos. & Alexand. in l. vlt. §. penult. C. de iure deliber. Idem Alexander, in consil. 67. lib. quarto, & 134. lib. 1. Imol. in cap. primo, num. 10. de testament. Alciatus in consil. 41. lib. 9. D secundum impressionem Lugdunensem. Cagnol. in l. Papinianus, §. meminisse. num. 15. ff. de Inoffic. testam. Olascus decisio. Pedemont. 148. numero 6. Rolandus à Valle de Confectione Inuentarij, §. 5. §. dubitatio oritur. Andreas Geyll, lib. 2. pract. Obseru. cap. 138. nume. 14. qui & alios citauit.

Et hanc sententiam ego probabiliorem esse iudico. Primum enim satis firmum pro eius confirmatione illud est argumentum, quod nulla lege cautum hoc sit, quemadmodum in Falcidia, quę locum habet cum vltra dodrantem legata relinquuntur. Deinde illud est firmissimum argumentum; quoniam hęc disputatio oriri non potest, nisi cum filius hęres institutus, & legatis vel fidei commissis vniuersalibus aut particularibus grauatus est: Quantum enim attinet ad æs alienum defuncti, inter omnes constat, illud legitimæ pręferendū esse, ex l. Papinianus, §. quarta, ff. de inoffic. testamen. Sed illud certum est, legitimam nec directè tolli posse, nec indirectè, nec vllum grauamen pręiudiciumve filio inferri in legitima posse,

A posse, vt in l. quoniam in prioribus, C. de inoff. test. posse, sciunus, §. cum autem, C. eod. & habetur in Nouella de restitutionib. & ea quæ parit in vndecimo mense, vbi cauetur, legitimam esse excipiendam ab onere restitutionis iniunctæ. Ergo legata & fideicommissa, quibus legitima vel tollitur, vel diminuitur, irrita sunt, & pro non scriptis habenda. Ergo filius etiam inuentarium non conficiens, propter eiusmodi legata & fideicommissa, damnum in legitima sentire non potest, nec debet: neque enim inuentarij confectio ei à lege iniungitur, vt legitimam integram & nulli oneri subiectam obtinere valeat. Quod sanè, si necessarium fuisset, æquum erat exprimere, vt filius sciuisset leges, quibus legitimæ prospectum est, cessare inuentario non confecto, sicut expressè cautum est in Falcidia.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respõdetur, hæredem inuentarium non conficientem ad legata præstanda & fideicommissa teneri vltra uires hæreditarias, cum talia sunt legata & fideicommissa, quæ de B iure valent, & relinqui potuerunt, sed legata & fideicommissa in præiudicium ac diminutionem legitimæ ordinata, irrita sunt, ac nullius momenti, & pro non scriptis habentur, vt iam dictum est, ergo filius ad ea soluenda non tenetur.

Ad secundum respondeo, argumentum illud locum habere posse, cum filius hæres institutus, vel ab intestato succedens nemini tenetur hæreditatem restituere, vel legata præstare, quibus hæreditas exhauriri possit: tunc enim cum sit hæres, & bona teneat, actiones illi competentes confunduntur: sed cum hæreditatem aliis restituere tenetur, vel legata præstare, alia est ratio; tunc enim separare potest legitimam sibi debitam, eamque saluam ac præcipuam retinere, & reliquum restituere. Nec illud ius legitimæ siue ad legitimam pertinens, quod filio competit, ex aditione confundi potest; quia iam per legem prorsus exceptum & exemptum est ab omni resti C tutione ac onere. Si enim vult lex legitimam exemptam esse à restitutionis onere; consequenter vult legitimam filio reseruare, eamque separare ab omni onere restitutionis: *Quamobrem præsentem ponimus legem*, inquit Iustinianus in Auth. de restitut. & ea quæ parit, &c. *Omnia quidem alia prioris à nobis posita constitutionis, rata manere volentes: hoc verò innouantes solummodo, vt si quis de cætero restitutionem fecerit suarum rerum, primum quidem seruet filio legitimam partem, non quartam*, &c.

Hæc igitur legitima, quo modo possit legatis vel fideicommissis exhauriri, & exinaniri, eò, quod filius inuentarium non confecerit, cuius conficiendi ad hunc effectum, legitimæ non amittendæ nullum à lege præceptũ habet, ego prorsus non intelligo; si enim legatum ac fideicommissum ab ipso initio non præiudicat legitimæ, nec illam tangit, quia reseruanda est, quomodo fideicommisso absorberi poterit ex post facto, ob inuentariũ non D confectum?

Ad tertium argumentum respondeo, de Falcidia id quidem luculenter constitutum fuisse; sed alia est detractio ex lege Falcidia, alia est legitima filijs debita. illa, vt maximè olim prohiberi non potuerit a testatore, nunc tamen potest, vt illa ipsa Nouella de hæredibus & Falcidia constitutum est à Iustiniano. hæc verò nec olim, nec hodierno iure prohiberi à parente, tolli, minui, aut absorberi potest, & omnia quæ in eius grauamen scripta sunt, pro non scriptis censentur. Illa nec ratione naturali debetur, & legi antiquæ duodecim tabularum repugnat, qua constitutum erat; vti quisque rei suæ legassit ita ius esto, hæc iure naturali debetur, & omnibus legibus antiquis & nouis adiuuatur, ac relinqui præcipitur: Cur igitur argumentari liceat ex Falcidia ad legitimam, cum ad affirmandum infirmum argumentum appareat à minori ad maius? ab eo quod diuersum est? quod differentem rationem habet?

CAPVT XXXV.

De inuentario hæredis controuersiæ aliquæ, & prima circa tempus illud conficiendi, an incipiat ex die aditæ, an verò delatæ hæreditatis.



On alienum fore putamus aliquas his adnectere controuersias Doctorum de Inuentario hæredis. Et illam inprimis: quoniam in l. vlt. C. de iure deliber. triginta dies constituti sunt ad illud inchoandum, & alij sexaginta ad perficiendum, nisi res hæreditariæ, vel maxima earum pars posita sit alibi, tunc enim hęres anni spatium habet ad inuentarium conficiendum, vt in ea lege dicitur. Hęc cum ita constituta sint, oritur controuersia; quando tempus hæredi incipiat currere, an ex die aditæ hæreditatis, an verò delatæ: Et quidem communior uidetur sententia, illud incipere ex die aditæ hæreditatis: ita enim docet Glos. in d. l. vlt. in ver. *delatam*, quam sequuntur Bartolus, Paulus Castrensis, Alexand. Iacopin. & Corneus in Commentarijs eiusdem loci, alijque non pauci, quos refert & sequitur Roland. à Valle de Confectione inuentarij in 3. parte, §. quæritur quo tempore.

Fundamentum est primò in d. l. vlt. §. si verò postquã, C. de iure delib. *Si verò postquam adierint, vel sese immiscuerint præsentes, vel absentes, inuentarium facere distulerint, & datum iam à nobis tempus ad inuentarii confectionem effluxerit*, &c. His enim verbis text. indicare videtur tempus præfixum currere, postquam hæres adiuit hęreditatem.

Secundo, quia textus dicit in d. l. vlt. C. de iure deliber. in ipso inuentario ante omnia pięponendum esse venerabile signum Sanctę Crucis manu hæredis; sed nemo dicitur hæres propriè, nisi qui hęreditatem adiuit, l. si in diem, ff. de cond. & demonstr. l. statu liberos, §. si quis hæredi, ff. de statu liberis. Ergo tex. præsupponit iam aditam esse hęreditatem cum inuentarium conficitur.

Tertio, quia dicitur in d. l. vlt. §. donec, C. de iure delib. hęredem intra tempus inuentarij conficiendi à creditoribus, legatarijs, & fideicommissarijs molestari nõ posse. Hoc autem frustra diceretur, nisi cum inuentarium hæres conficit, iam adiuisset hęreditatem. Si enim hæreditatem non adierit, indubitatum est molestari nõ posse.

Sed contraria sententia mihi longè probabilior videtur, nempe, tempus, de quo agitur, ex die delatæ hæreditatis currere. Ita docuit olim Ricardus Malumb. Ioan. Andr. ad Specul. tit. de instr. editio. §. vlt. Odofr. in Auth. Sed cum testator, C. ad leg. Falc. Abbas in consi. 73. Phanuc de inuentario in 1. par. in princ.

Et omissis inutilibus argumentis, iuxta meum antiquum morem, (quid enim prodest inutilia referre argumenta eaque refellere?) Fundamentum huius sententię solidum est in dicta l. vlt. C. de iure deliber. vers. Sin autem dubius, vbi textus ita dicit: *Si autem dubius est, vtrum admittenda sit necne defuncti hæreditas, non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hæreditatem, vel sese immisceat, omni tamen modo inuentarium ab ipso conficiatur, vt intra triginta dies post apertas tabulas, vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hæreditatem cognouerit, numerandos exordium capiat inuentarium.* Hactenus verba legis. Ex quibus patet, tempus inuentarij conficiendi exordium sumere ex die, quo apertæ sunt tabulæ testamenti, delatamque sibi hæreditatem hęres cognouit.

Respondent contrarię sententiæ autores, illa verba supplenda esse ex §. si verò postquam, in eadem lege, vt nimirum tempus hęredi currat ex die delatæ hęreditatis, & simul etiam aditę. Sed non probatur hęc suppletio ex d. §. si verò postquam, nec aliquo alio testimonio.

Respondeo enim ad dictum §. si verò, non loqui de tempore ex quo initium sumere inuentarij confectionem

nem

nem oporteat, verùm de hærede, qui inuentarium non confecit, & dicit eum in ſolidum teneri creditoribus, & alijs.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, quod dicitur venerabile Crucis Signum manu hæredis præponendũ eſſe, id accipiendum iam de hærede, qui hæreditatẽ adiuit, quam de eo, qui non adiuit. Conſtat enim & hæredem, qui nondum adiuit inuentarium cõficere poſſe, vt in eadem l. vlt. §. ſin autem hoc aliquis fecerit.

Ad vltimum reſpondeo, illud beneficium, quod Lex concedit, vt interim donec inuentarium conficitur, hæres moleſtari non poſſit, vtile eſſe, & nullo modo fruſtra conceſſum, cum hæres adiuit; licet, cum non adiuit, neceſſarium non ſit. Et cum Lex aliquid operatur, ſaltem in aliquo caſu, ſuperflua reputari non debet, l. 2. C. de noxalibus act. declarat Dec. in l. cum quidam, nume. 1. C. de inſtit. & ſubſtitut. Dominus meus Cephalus in conſil. 104. num. 17.

CAPVT XXXVI.

Alia controuerſia circa locum, in quo inuentarium confici debet ab hærede.



Est & controuerſia circa locum, in quo inuentarium ab hærede confici oportet. Nam in præſentia iudicis eſſe conficiendum, autores ſunt Angelus, de inuentario, num. 7. Socin. iun. in conſil. 19 num. 14. lib. 3. & alij, quos refert & ſequitur Rolan. à Valle, in conſi. 73. nu. 36. lib. 2. Alij verò negant iudicis præſentiam eſſe neceſſariam. Ita Bart. in conſi. 154. Caſtrenſ. & Salic. in d. l. vlt. C. de iure delib. Alios commemorat Rolandus à Valle de Confectione inuentarij, §. Præſentia iudicis, vbi relatis omniũ ſententiis, diſtinguit, & docet præſentiam iudicis requiri, quantum ad hoc, vt inuentarium fidem faciat aduerſus creditores, & alios, non autem quantum ad obligandum ipſum hæredem.

Ego verò neque iuris neque moris eſſe puto, vt in conficiendo inuentario iudex præſens eſſe debeat: ſed uocatis creditoribus & alijs, fieri ſolet à notario vno, vel pluribus in loco honeſto & congruo. nimis enim & indecens, & moleſtum eſſet, iudicem occupati in ea te, quæ plures dies plerunque requirit. Et ſanè, cum & in l. vlt. C. de iure delib. & in Auth. de hæredib. & Falc. inuentarii ſolennia diligenter à Iuſtiniano commemorentur, ſi & præſentia Iudicis inter ſolennia recenſenda eſſet, æquum erat id exprimere, & declarare, quod tamen factum nõ eſt. Nec textus in l. de creationibus, C. de epiſco. audien. qui pro contraria ſententia adferri ſolet, præſentiam Iudicis exigit in eo inuentario, de quo loquitur; ſed tantum hoc dicit, inuentarium illud publicè conficiendum. Similiter & tex. de tutorum & curatorum inuentario verba faciens, in l. tutores, 24. C. de admin. tutor. præſentiam duntaxat requirit publicarum perſonarum, non autem Iudicis.

CAPVT XXXVII.

De hærede, qui non omnes res in inuentario ſcripſit, an amittat inuentarij beneficium.



Inſignis eſt controuerſia in eadem materia inuentarij: ſi hæres non omnes res ſcripſit in inuentario, ſed aliquas omiſit, ac celauit, ſciens prudenſque, nec poſtea etiam adiecit; vtrum amittat inuentarii beneficium, an vero in duplũ tantum teneatur rei omiſſæ. Etenim, cum in duplum teneri probat textus, in l. vlt. §. licentia, C. de iure delib. *Licentia* (inquit tex.) *danda creditoribus ſeu legatariis vel fideicommiſſariis, ſi maiorem putauerint eſſe ſubſtantiam à defuncto derelictam, quam hæres in inuentario ſcripſit, quibus voluerint legitimis modis quod ſuperfluum eſt ap-*

A *probare, vel per tormenta forſitan ſeruorum hæreditariorum, ſecundum anteriorem noſtram legem, quæ de quæſtione ſeruorum loquitur, vel per ſacramentum illius, ſi aliæ probationes defecerint, vt vndique veritate exquiſita, neque lucrum neque damnum aliquod hæres ex huiuſmodi ſentiat hæreditate: Illo videlicet obſeruando, vt ſi ex hæreditate aliquid hæredes ſurripuerint, vel celauerint, vel amouendum curauerint, poſtquam fuerint conuicti, in duplum hoc reſtituere, vel hæreditatis quantitati computare compellantur.*

Hoc cum ita ſit, non debet amittere beneficium inuẽtarij: nam ſi illud amitteret, & ſimul etiam in dupli pœnam incideret, grauius puniretur, quàm is qui intra tempus conſtitutum inuentarium non confecit, qui in eo dũtaxat punitur, quoniam inuentarii beneficium amittit, vt in d. l. vlt. § ſi verò poſtquam, C. de iure deliber. cum tamen plus delinquat, quia bona ſurripuiſſe præſumitur, & longè plura, quàm is, qui vnam duntaxat rem occultauit.

B Præterea, nemo duplici pœna eſt afficiendus ob unam & eandem cauſam, l. Sanctio, in fi. ff. de pœnis, l. Senatus, ff. de accuſ. Argumento vaſalli id confirmari poteſt. Nam vaſallus qui partem feudi alienat abſque domini conſenſu, illam duntaxat partem amittit, non etiam totum feudum, vt docet Glo. in c. 1. §. allodii, de prohib. feu di alien. per Frideric. Clarus, §. feudum, q. 31. verſ. Sed pone vaſallus. Et cum res ſit dubia, & obſcura, mitior pœna locum habere debet, l. interpretatione, ff. de pœnis, Dec. ad l. ſemper in obſcuris, nu. 10. de reg. iur. Alciat. de præſumpt. reg. 3. præſumpt. 6.

Denique iſthæc videtur eſſe magis communis Doctorum ſententia. Ita enim docent Odofred. in d. l. vlt. §. licentia, C. de iure deliber. & Oldradus, vt refert Cynus, Barto. in conſ. 154. nu. 8. lib. 1. Fulg. & Salic. in d. §. licentia, necnon etiam Caſtr. & Alexan. num. 4. poſt Imolam, quem citat Corneus ibidem, num. 9. Iaſ. & Iacop. Romanus in conſ. 276. num. 8. Alexand. de Neuo, in conſil. 38. num. 17. Ang. Aret. de teſtamen. Glo. 111. col. vlt. Guliel. de Bened. cap. Raynucius, verſ. Mortuo itaque teſtatore, num. 401. de Teſtam. Procellinus de inuentario, c. 3. nume. 6. Vitalinus tract. Clauſular. clauſula 41. nu. 38. Belonus in conſi. 30. num. 6. Portius in conſ. 50. num. 7. cui ſubſcripſere Mantica, Tornellus, Ragerius & Cattarus. Benincaſius de Paupertate, q. 9. Villalob. comm. op. verſ. hæres, nume. 8. Roland. de inuentario, 4. par. 3. vtilitate, §. quod ſi hæres, verſ. Quid dicendum. Mooticulus de inuent. nu. 154. Caualcan. de tutor. & curat. nu. 10. Io. Coraſius de inuentar. num. 24. Dionyſius Pontanus ad con ſuetudines Bleſenſes, ti. 2. ar. 5. ti. de inuentario, q. 7. Do. meus Decianus in conſ. 49. nu. 56. lib. 2. Menoch. qui hoc citat, 10 conſ. 571. lib. 5.

Verùm iſtis non obſtantibus, contrariam ſententiam veriorem puto, nempe, hæredem hoc in caſu beneficio inuentarii indignum eſſe, ac meritò priuandum, ſi ita legatarii & creditores velint. Moueor in primis ex §. ſin autẽ

D dubius, iuncto §. Et ſi præfatam, d. l. vlt. C. de iure delib. Dicitur in §. ſin autem dubius. hæredem inuentarium conficientem ſubſcriptionem ponere debere *ſignificantem, & quantitatem rerum, & quod nulla malignitate circa eas ab eo facta, vel facienda, apud eum remaneant.* Sequitur §. & ſi præfatam. vbi dicitur: *Si præfatam obſeruationem hæredes ſoliduauerint, hæreditatem ſine periculo habeant, & legis Falcidiæ aduerſus legatarios vtantur beneficio, & in tantum hæreditariis creditoribus teneantur, in quantum res ſubſtantiæ ad eos deuoluta valeant.*

Igitur, ſi hæres non deſcripſit omnia bona in inuentario, ſed circa aliqua malignatus eſt, ea occultando, nõ eſt dignus beneficio legis.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores, ſumi non poſſe argumentum à contrario ſenſu, eo modo, quia repugnat textus in dicto §. licentia. Sed replicari poteſt, immò ſumi poſſe argumentum à contrario ſenſu; nam quod attinet ad dicto §. licentia, infra reſpondebitur.

Proba-

Probatur: quia, nisi tale argumentum sumeretur, illa verba sequentia perperam subijcerentur: *Etsi præfatam obseruationem solidauerint*, &c. nam etsi non solidauerint, idem tamen statutum esset, quod est absurdum. Præterea valet argumentum regulariter à contrario sensu, vt notum est ex l. prima, ff. de offic. eius, cui mand. est iurisdict. Tertiò dicit textus in §. si vero postquã, hæredem qui non confecit Inuentarium intra tempus constitutum, legis beneficium non habere, quam contemnendam putauit. Sed nonne & hæres, qui non omnes res apponit, legem contemnere videtur? Quartò dicit textus. *Subscriptionem tamen hæredem supponere necesse est significantem & quantitatem rerum, & quod nulla malignitate*, &c. Subdens: *Et si præfatam obseruationem solidauerint*, &c. Si hæres non subscribat inuentario, amittit legis beneficium, quia non obseruat eius præceptum, vt respondit egregiè Natta in consil. 214. nume. 13. & Roland. de Confect. inuent. 3. parte §. Requiritur. Cur ergo inuentarij beneficia habere debeat is, qui scripsit quidem, sed non fideliter, scilicet omnia bona indicans, vt debuit? Quid plura? vrget hoc argumentum Iustinianus ipse, in §. sancimus, in Authen. de hæred. & Falcid. ibi mandat inuentarium fieri secundum legis formam; et si non fiat, priuat hæredem beneficiis quæ illi concessit.

Et hoc est secundum argumentum, quod me mouet, nempe, ex dicto §. sancimus: *Fiat igitur inuentarium*, inquit textus, *ab hærede metuente, ne fortè non habeat post debita et legata, Falcidiam, secundum modum & tempora, per quæ dudum sancimus, quando homines excepimus ex damno rerum suarum in aditionibus, statuentes onera vsq; ad substantiæ relictæ mensuram.*

Hic Imperator æquiparat modum & tempora inuentarii conficiendi: Sicut ergò, cum intra constitutum tempus non fit inuentarium, hæres illius commodo priuatur, ita etiam priuari debet, si non fiat secundum modum & formam à lege præscriptam, qui modus est, vt omnia bona scribantur in eo, & nulla fiat malignitas, vel fraus.

Et ideo subdit textus: *Illo adiecto solo, vt oporteat huiusmodi hæredem, qui non creditores solum, sed etiam legatarios & fideicommissarios veretur & metuit, non damnificari solum, sed etiam non lucrari*, &c. Quibus verbis declarat Imperator hæredem, qui non vult damnificari; hoc est, vltra vires hęreditarias obligari, inuentariũ conficere oportere, secundum modum & tempora iam sancita: Ergo, si modus non seruetur, hæres inuentarij commodum & beneficium amittet.

Tertio confirmatur hæc sententia ex verbis sequentibus eiusdem textus: *Si verò non fecerit*, inquit, *inuentarium secundum hanc figuram, quam prædiximus, non retinebis falcidiam, sed complebis legatarios & fideicommissarios, licet pura substantia morientis transcendat mensuram legatorum dato: Et hoc dicimus, non nostram minuentes legem, quam posuimus, vt nihil de proprio damnificentur hæredes creditoribus; sed hoc, dabit ei pœnam exactio suæ malignitatis, cur transcenderis leges, quibus cautè omnia agens, nihil poteras damnificari: sed ex diuerso etiam falcidia lege lucrari.*

Respondent Bartolus in dicto consilio 154. lib. 1. & Vitalinus de Clausulis loco superius relato. illum textum loqui de hærede, qui non confecit inuentarium; non autem de eo, qui confecit & aliquid omisit. Non rectè; quia textus non simpliciter dicit: *Si vero hæres non fecerit inuentarium*; sed dicit: *Si vero non fecerit inuentarium secundum formam prædictam*. Quibus verbis patet, sermonem esse de eo, qui non fecit inuentarium secundum formam legis. Præterea dicit textus: *Sed dabit ei pœnam exactio suæ malignitatis*. Quæ verba locum habent in hærede, qui confecit quidem inuentarium, sed malignè, celando scilicet, vel surripiendo aliqua bona. Huc & illa verba spectant; *Cur leges transcenderis, ex quibus cautè omnia agens, nihil poteras damnificari*. Hæc enim

A verba rectè conueniunt in hæredem, qui inuentarium fecit, sed non cautè, non rectè, non secundum leges.

Respondent præterea contrariæ sententię autores, aliud ex illo textu non induci, nisi hæredem, qui secundum leges antiquas non poterat ex re omissa in inuentario Falcidiam detrahere, & qui secundum Iustiniani legem in duplum tenetur, rei omissæ, nunc Falcidiæ beneficio penitus priuari, quoad omnes res hæreditarias. Ita Menochius dicto consilio 471. libro quinto, sed non placet hæc responsio; Quia manifestè repugnat verbis textus: Ait enim hæredem, qui non fecerit inuentarium *secundum figuram prædictam, complere debere legatarios, etiamsi substantia morientis mensuram transcendat legatorum datæ*. Quibus verbis apparet non solum hoc Imperatorem velle, vt hæres amittat Falcidiam, verum etiam, vt teneatur vltra vires hæreditarias. Quod magis patet ex sequentibus verbis; *Et hæc dicimus, non nostram*
B *minuentes legem, quam posuimus, vt nihil de proprio damnificentur*, &c. *Sed hoc dabit ei exactio suæ malignitatis, cur transcenderis leges, ex quibus cautè oĩa agens, nihil poteras dãnificari: sed ex diuerso etiã falcidia lege lucrari.*

Et hanc sententiam amplexi sunt multi, quibus autoribus vtor, ita enim docuere Bartolus in l. rescriptum, ff. de his quibus vt indig. Bald. in dicta l. vlt. § licentia, & in consilio 219. num. 4. libro primo, consilio 243. num. 6. lib. 5. Abb. consil. 73. lib. 2. Guido Papæ consil. 42. & tracta. de inuentario. num. 8. Ioan. Crotus in consil. 201. nume. 23. Ioannes Petrucius olim appellatus, Doctor integerrimi iudicii, vt refert Corneus, in d. §. licentia, Mansuerius in sua Praxi, tit. de success. colum. vlti. nume. 49. Bertachin. tracta. de Episcopis. lib. 4. parte 4. nu. 34. Natta in cons. 574. nu. 16. Herculanus ad l. Paulus, ff. ad leg. Falcid. Dominus meus Cephalus, in consi. 314. num. 24. lib. 3. cons. 306. nu. 14. lib. 4. cons. 702. num. 16. lib. 5. Crauetta in cons. 348. nu 46. Menoch. in consi. 89. num. 146.
C lib. 1. Cardinalis Albanus in cons. 2. num. 16. & 19. Hipp. Riminal. in cons. 417. nu. 124. lib. 4. Phanucius de Inuentario, in 3. parte. nu. 53.

Ad argumentum contrariæ sententię sumptum ex §. licentia, respondeo, illum textum loqui, & locum sibi vindicare eo in casu, quo creditores ac legatarii probare volunt hæredẽ aliquid occultasse & celasse ex bonis hæreditarijs, ad eum finem, vt veritate detecta, non lucretur, sed ex bonis occultatis satisfieri possit ipsis creditoribus & legatariis; Hoc in casu eis licentia datur id probandi, & propterea decernitur, vt hęres conuictus, dupli pœnam soluat. Sic enim ait textus; *Licentia danda creditoribus, vel legatariis*, &c. *vt veritate vndique exquisita neque lucrum aliquod, neque damnum hæres ex huiusmodi entiat hæreditate*, &c.

Cæterum, si hac via prætermissa creditores & legatarij allegauerint hæredem indignum esse commodo & beneficio legis; quia non confecit inuentarium secundũ
D formam & modum à lege pręscriptum; quin hæc allegatio eis profutura sit, ad hoc, vt hęres omni prorsus commodo Inuentarij cadat, nihil proponi video. Alioquin repugnantiam lex Iustiniani continebit. Vno enim in loco statuet hæredem pęna dupli coercendum propter dolum & malignitatem. Alio loco, commodo ac beneficio Inuentarij multandum. Cum igitur promptum sit leges legibus concordare, l. 1. C. de inoffic. dotib. dicendum est, hęredem priuari ex causa, de qua agitur, commodo inuentarii, nisi legatarii & creditores elegerint aliam viam, nempe, demonstrandi ac probandi alia esse in hæreditate bona, præter ea, quæ descripta sunt in inuentario; ad hoc vt ex eis satisfiat, neq; dolosè illa hęres lucrisaciat: tunc enim electa illa via ex rebus celatis creditoribus & legatariis satisfiet, & præterea pœna dupli hæres multabitur.

Quod vero dicebatur hæredem, qui non confecit inuentarium tempore constituto plus peccare, quam eum, qui res aliquas celauerit, haud immeritò negari potest; si quidem eius, qui bona aliqua celauit, iã dolus certus est,

& manifestus: cæterum eius, qui Inuentarium facere distulit, non est certus, sed præsumptus dolus.

Nec absurdum est, duplicem hanc viam concedi legatarijs, & fideicommissarijs. Nec enim duplex est pœna hæredi inflicta, quæ vno & eodem tempore locum sibi vendicet; sed ita res habet. Si legatarij & creditores contenti erunt, vt in lucem prodeat res ab hærede subtracta, multabitur pœna dupli: retinebit tamen in alijs Inuentarij, ac legis beneficium, neque enim vltrà res hæreditarias, & dupli pœnam condemnabitur. Si verò eligent hanc viam, vt beneficio Inuentarij hæres careat, cessabit pœna dupli, & ille tenebitur vltrà vires hæreditarias: Quare ad rem non pertinent, quæ de vasallo dicuntur, & de mitioris pœnæ interpretatione in re dubia. nam hæres in totam formam à lege præscriptam circa Inuentarij confectionem peccauit, dum malitiosè res subtraxit; & ideo omni legis beneficio carere debet, quam contemnendam putauit, & hic clara est legis constitutio non dubia, vt ex dictis patet.

CAPVT XXXVIII.

Trebellianica nunquid hæres priuetur ob Inuentarium non confectum.

DE Trebellianici quadrantis detractione, quæ Senatusconsulti autoritate cõstitutum est, in hærede rogato per fideicommissum hæreditatem restituere, nobilis est controuersia inter Doctores: Sitne ei locus, cum hæres Inuentarium non confecit? Negant plures quàm sexaginta Doctores à Cacherano citati, decis. Pedemont. 147. Qui testatur ita iudicasse Senatum Taurinensem. His accedant Fernandus Vasquius, de success. Creation. lib. 1. §. 8. num. 14. Purpuratus, in cons. 1. num. 5. & 375. nu. 8. lib. 1. & 568. num. 27. lib. 2. Paneirolus in cons. 98. nu. 30. Menochius in cons. 172. nu. 81. lib. 3.

Sed contrariam sententiam secuti sunt alij, fortè plures numero, quos commemorat Roland. à Valle, in consil. 27. lib. 1. Phanucius de Inuent. pat. 7. num. 32. Dominus meus Decianus, in consil. 49. lib. 1. Dominus meus Cephalus, in cons. 192. num. 59. lib. 3. Hyppol. Riminal. in consl. 187. lib. 2. Stracca ad Crauettam in cons. 17. Andræas Geyll, lib. 2. Obseruat. 138. Sarmientus, lib. 2. Selectarum Interpretationum, cap. 7. Isti docent, locum esse detractioni Trebellianicæ, licet hæres Inuentarium non confecerit.

Alij quos refert, & sequitur Hyppolit. Riminald. in cons. 156. num. 58. lib. 2. distinctione vtuntur: Aut hæres statim à morte testatoris hæreditatem adiuit, eamque fideicommissario restituit, & tunc etiam Inuentario nó confecto lucratur Trebellianicum quadrantem; quoniam nulla est suspicio ipsum aliquas res surripuisse, cũ hæreditatem statim restituerit. Aut hæres non statim restituit, sed post aliquod tempus; quia fortè sub conditione rogatus erat restituere, quæ non tam citò euenit, & tunc ob Inuentarium non confectum Trebellianicam amittit, quia surripuisse aliqua bona præsumitur.

Alij denique distinguunt inter extraneum hæredem, & filium testatoris defuncti: hæredem extraneum Trebellianicam amittere docent; filium verò nequaquam. Huius sententiæ autores commemorat Dominus meus Decianus, in cons. 49. num. 61. lib. 2. Franciscus Bursatus, in cons. 44. num. 19.

Mihi verò perpendenti & fundamenta Doctorum & eorum autoritatem, ac reliquas omnes circumstantias, probabilior videtur eorum sententia, qui simpliciter negant Trebellianicam amitti ob Inuentarium non confectum. Primò, quia hanc sententiam secuti sunt Ioannes Andræas & Bartolus, quorum alter inter iuris Canonici antiquos Interpretes, alter inter iuris Ciuilis magnam habet autoritatem in iudicijs, vt dicebat in proposito Natta in cons. 220 Deinde, quia hanc sententiam Rota

A Romana secuta est apud Cassiodorum, tit. de Testamentis, decis. 3. num. 6. Cuius quanta sit autoritas, nemo est qui nesciat, ex traditis à Ludouico Gomes. in proœmio Regularum Cancellariæ. Vantio, tit. de Nullitate ex defectu iurisd. deleg. num. 20. Menochio de Præsumpt. libro 2. cap. 71. nu. 15. Tertiò, quia & Imperialis Camera eandem sequitur, teste Andræa Geyll, loco proximè citato, & Mynsingero Centur. 3. Obseru. 60. Denique eã ob causam, quod hæc sententia consuetudine recepta videatur, teste Baldo in cons. 383. lib. 1. Corneo in cons. 80. in 8. dub. lib. 4. Soc. iun. in cons. 137. lib. 1. & 88. lib. 4. & Aufrerio ad Capellam Tholosanam, decis. 314.

Fundamentum verò iuris illud mihi videtur satis firmũ; quod nulla sit lex; *tale aliquid dicens*, vt verbis vtar Iustiniani, ad aliud tamen propositum, in Auth. de non eligend. secundò nubentes, §. cum igitur: Cum enim nulla lex inducat talem priuationem, nostrum non est illam inducere, cum nulla nos necessitas compellat, vt
B ex responso ad argumenta contrariæ sententiæ apparebit.

Primum argumentum est: Hæres non conficiens Inuentarium, amittit legis Falcidiæ beneficium, vt in Authen. de hæredibus, & Falcid. §. hinc nobis, ergò & Trebellianicæ, præsertim, quia est eadem ratio. Nam Falcidiæ beneficium cur amittat, Iustinianus ibi declarat, dicens: *Vt non per ea, quæ fortè surripiunt, aut malignãtur, inducere teneant Falcidiam*, &c. Hęc ratio locum sibi vendicat in Trebellianica.

Respondeo, negando consequentiam: quia non debent odia & pœnales Constitutiones temerè extendi. Et dum subijcitur, eandem esse rationem in Trebellianica, respondeo id negando. Nam textus ita dicit: *Vt non per ea, quæ fortè surripiunt* (hæredes) *aut malignantur, inducere teneant Falcidiam; cum vtique, si nihil malignati essent, fortè non competeret.* Hæc ratio Trebellianicæ non conuenit: quia etsi nihil hęredes restituere grauati
C malignantur, idest, nihil surripiant vel occultent, semper tamen detrahere possunt quartã partem pro autoritate Senatusconsulti Trebelliani. In Falcidia, quæ locum habet, cum vltrà dodrantẽ legatis hæreditas grauatur, hæc ratio optimè procedit. Nam si hæres nil surripiat, facilè fiet, vt legatis solutis ac detractis, remaneat illi quarta pars integra hæreditatis, quo in casu Falcidia cessat.

Secundum argumentum: Falcidia & Trebellianica æquiparantur à lege veteri, vt in casibus, in quibus Falcidia cessat, etiam Trebellianica cesset, l. Marcellus, §. quod autem, ff. ad Trebell. Ergò quicquid in Falcidia est constitutum, trahi debet etiam ad Trebellianicam, argumento, l. si quis seruo, C. de furtis.

Respondeo, Falcidiam & Trebellianicam æquiparari iure antiquo, vt si Falcidia cesset, etiã Trebellianica cesset, quando vigore Testamenti conditi Falcidiæ non est locus. Ita enim loquitur textus in d. l. Marcellus. Sed hic
D Falcidia cessat ob aliam causam, quàm ex Testamento; videlicet ex eo, quòd Inuentarium hæres non conficiat; ergò non id necessariò ad Trebellianicã extendi debet.

Tertium argumentum est ex eo, quòd textus in §. sancimus, in Auth. de hæred. & Falcid. dicit; cum inuentarium debet confici, citandos esse legatarios & fideicommissarios, si hæres velit non tantum damnum effugere, sed & lucrum non amittere. Igitur inuentario non confecto, textus indicat hæredem Falcidiam amittere ex legatis, & Trebellianicam ex fideicommissis. Præterea, textus subdit: *Si verò non fecerit inuentarium secundum hanc figuram, sicut prædiximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios, & fideicommissarios.* Ex quibus verbis significare videtur; sicut legata ita & fideicommissa integra, & absque deductione ac deminutione soluenda & præstanda esse.

Respondeo, illa verba, *non lucrari*, quæ sunt in textu, referenda esse ad legem Falcidiam, vt patet ex sequentibus ibi: *Fiat igitur inuentarium ab hærede metuente, ne*

non

non habeat Falcidiam, &c. Et rursus ibi: *Et his omnibus obseruatis habere ex Falcidia præsidium.*

Similiter & illa verba: *Complebit legatarios, & fideicommissarios*, &c. ad Falcidiam pertinent. Id patet ex sequentibus: sic enim ait Imperator: *Et hac quidem dicimus, non nostram minuentes legem, quam posuimus, vt nihil de proprio damnificentur hæredes creditoribus. Sed dabit eis pœnam exactio suæ malignitatis, cur transcenderit leges, ex quibus caute omnia agens, nihil poterat damnificari, sed ex diuerso etiam Falcidia lege lucrari*, &c. Nullum verbum vnquam fit amissionis quadrantis huius Trebellianici.

Quartum argumentum, Falcidiæ appellatione venit etiam Trebellianica, l. cum filio, de leg. 1. l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. l. irritum, l. sicut allegas, C. ad leg. Falc. l. iubemus, C. ad Senatusconf. Trebell. Ergò, quod de Falcidia in hac quæstione constitutum est, locum habet etiam in Trebellianica.

Respondeo, antecedens verum esse latè sumpto vocabulo. Etenim propriè Falcidia differt à Trebellianica, vt patet ex diuersitate nominum & titulorum de Falcidia, & ad Trebellianum, & ex re ipsa. Nam illa locum habet in hærede grauato particularibus legatis vltrà dodrantem, hæc autem in hærede grauato hæreditatem restituere. Imperator autem in ea Constitutione loquitur de Falcidia, vt patet ex illis verbis: *Hinc nobis ingressa est cura, & quadam consideratio Falcidiæ legis, qua etiam in mitis testatoribus, si expendantur res per legata, prebeset retinere heredes, quantum eis impleat quartam substantia*, &c. Id patet etiam ex verbis positis in principio, vt suprà deductum est.

Quintum argumentum: Hæres rogatus hęreditatem restituere, tenetur reddere rationem rerum hæreditatis fideicommissario, l. cum tale, §. Titius, ff. de cond. & demonstr. Ergò tenetur inuentarium conficere, quia illud est caput & fundamentum rationum reddendarum, l. 1. §. officio, ff. de tutel. & ratio. distrahen. Ergò si illud non conficiat, legis beneficium amittere debet.

Respondeo, negando consequentiam; nam si inuentarium non confecerit, tenebitur, quanti fideicommissarij interest, argum. l. tutor qui repertorium, ff. de admin. tutor. non autem necessariò infertur eum Trebellianicam amittere.

Sextum argumentum: Hæres surripiens aliquam rē hæreditariam amittit, non solum Falcidiam, sed etiam Trebellianicam ex illa re, l. Paulus, ff. ad leg. Falcid. Ergò, si inuentarium non conficiat, Trebellianicam amittet, quia præsumendus erit subtraxisse aliquam rem hæreditariam.

Respondeo, negando consequentiam, quia non præsumit lex subtraxisse, sed dicit: *ne fortè per ea, qua subtrahunt, tentent inducere Falcidiam.* Dubitat lex ac suspicatur, ne subtrahat, sed non absolutè præsumit.

Septimum argumentum: Hæres inuentarium non conficiens, tenetur satisfacere legatarijs, & fideicōmissarijs, & creditorib. etiam vltrà vires hæreditarias, vt in d. Nouella, de hæred. & Falcidia, Ergò fideicommissa restituere cogendus erit tota & integra, absque vlla diminutione, ac detractione.

Respondeo, hæredem vltrà uires hæreditarias, & sic in solidum teneri creditoribus, & legatarijs, ac etiam fideicommissarijs particularibus: ita enim loquitur textus in d. Nouella, non autem vniuersalibus fideicommissarijs, quia detrahere poterit quartam ex Trebelliano, cū illa non priuetur ibi ab Imperatore, sicut Falcidia, nec respectu fideicommissi vniuersalis, nempe, oneris hæreditatem restituendi, dici potest, vltrà vires hæreditarias hæredem fore obligatum, vt patet, quia tantum restituit hæres grauatus, quantum est in hæreditate, non plus.

Postremum argumentum: Cum hæres inuentarium non conficiens, damnum patiatur, quia vltrà vires hæreditarias tenetur, vt dictum est, videtur dicendum eum

A multò magis amittere debere lucrum Trebellianicę, argumento, l. vlt. C. de Codicillis.

Respondeo, negando consequentiam, neque enim pęnæ sunt extendendæ, & si argumentum valeret, opus non erat exprimere de Falcidiæ amissione, de qua tamē, cum expressè cautum sit, & nihil de Trebellianicæ amissione, argumentum sumi potest, non idem placuisse legislatori, quoad Trebellianicam, quod placuit circa Falcidiam.

CAPVT XXXIX.

Hæres inuentarium conficiens, an possit creditoribus & legatarijs in solutum offerre res hæreditarias, ad interpretationem l. vlt. §. & si præfatam, vers. Sed & à legatarijs, C. de iure deliber.

B EST etiam controuersia; vtrum hæres, qui inuentarium confecit, dare possit in solutum bona hęreditaria creditoribus & legatarijs. Textus legis ita dicit. *Sed & si legatarii interea venerint, eis satisfaciant ex hæreditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel earum forsitan venditione.* Controuersia inquam est, quomodo illa verba accipienda sint; sunt autem verba l. vlt. §. & si præfatam, C. de iure deliber.

Cynus & Iacobus de Arena, quos refert & sequitur Roland. à Valle, de Confectione inuentarii, parte 4. §. quæro an sit dare, necnon Phanucius, de inuentario, parte sexta, numero secundo, ita distinguunt. Aut hæreditas est soluendo; & tunc hæres soluere cogendus est in pecunia numerata, argum. l. si pecunia, de leg. 2. l. hæredes, §. vlt. ff famil. hercisc. aut soluendo non est: & tunc hæres vendere tenetur res hæreditarias, si quis inueniri possit, qui absque euictionis obligatione emere velit.

C Bartolus verò in d. §. & si præfatam, ita distinguit: vt si certum sit res hæreditarias in dominio fuisse testatoris, tunc hæres ea vendere teneatur, & ex precio satisfacere, si reperiatur, qui emere absque promissione euictionis velit: Si verò sit dubium, an defunctus dominus fuerit rerum necne, tunc, ne hæres ab emptore vexetur euictionis nomine, vendere bona non tenetur. Bartolum sequi videtur ibi Alexander, dum ad eum se remittit.

Baldus autem dicit, hæredem dare posse creditoribus bona vendenda cum protestatione, quod non intendat de euictione teneri. Alii aliter docent, ac distinguunt, vt videre licet ex Francisco Bursato, in consil. 9. libro primo.

Ego, si pecunia reperiatur in hæreditate sufficiens ad satisfaciendum creditoribus & legatariis, non dubito, quin hæres teneatur & debeat ex ea satisfacere; Cæterum, si non adsit pecunia sufficiens, hanc esse puto Iusti-
D niani sententiam, vt ex suis propriis pecuniis hæres cogi non possit ad soluendum, *sed ex ipsis rebus defuncti vel earum venditione*; *Ex ipsis rebus*: hoc est, si pecunia sit relicta, seu debeatur illam creditoribus soluendo: si non sit pecunia, sed aliæ res, illas tradendo in solutum, si creditores uelint accipere; Neque enim aliud pro alio inuito creditore solui potest, l. 2. §. Mutui datio, ff. si certum pet. Cæterum, si accipere recusauerint, vendi debet ab hærede, & ex precio creditoribus satisfieri. Vendi inquam debet, eo modo, quo poterit iustè, & sine læsione: ita ut euictionis periculo non hæredis bona (illum enim ab omni damno præseruat inuentarium) sed hæreditaria subiaceant. Quod si non inueniatur emptor, res addici poterunt ipsis creditoribus. argumento l. à Diuo Pio, §. si pignora, ff. de re iudicata.

CAPVT XL.

Utrum pupillaris substitutio tacita, quæ in expressa vulgari continetur, locum habeat, matre existente in medio.



Xistimo pupillarem substitutionem tacitam quæ in expressa vulgari continetur, locum non habere matre pupilli viuente; quia illa substitutum excludit, succeditque filio in pupillari ætate præmorienti. Moueorque potissimum autoritate duarum legum, nempe, l. precibus, C. de Impub. & alijs substit. & l. vlt. C. de institut. & substit. Et quod attinet ad l. precibus, illa verba perpendo & induco: *Nam non est incerti iuris: quod si quidem in patris militis positus potestate, primo tantum casu habuit substitutum, & patri heres extitit: eo defuncto ad te omnimodo eius pertineat successio.*

Illa verba: *primo tantum casu*, significant vulgarem substitutionem expressam. Illa verba, *ad te omnimodo eius pertineat successio*, significant matrem filio succedere quandocunque morienti, siue in pupillari ætate, siue postea quandocunque. sunt enim generalia & præcisa valde, nec vllum excludunt tempus: vt nequaquam verisimile sit, tempus pupillaris ætatis excludi, si enim illud excluderetur, dicendum erat; *eo defuncto post pupillarem ætatem: vel eo defuncto pubere, ad te successio pertinebit.*

Quod vero attinet ad l. vlt. C. de instit. & substit. mouent me illa verba: *Nos itaque in hac specie Papiniani dubitationem resecantes, substitutionem quidem in huiusmodi casu, vbi postumus natus adhuc impubes viua matre decesserit, respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cum postumus minimè editus fuerit, vel post eius partum mater prior decesserit.*

Præclarè Cuiacius lib. 12. Obser. 27. ad finem: *Quia non tantum ea ratione vtitur l. vlt. Quod mater sit cohæres adiecta filio, sed quod æquum sit, matrem, ad quam summus mæror morte filii peruenit, & amissi filii & luctuosa hæreditatis damnum non sentire ex solo tacito intellectu pupillaris substitutionis. quæ ratio locum habet etiam matre filio cohæredi non adiecta, & cessat in alio legitimo hærede.* Hactenus Cuiacius.

Et hanc esse communiorem Doctorum sententiam non ignoro: sed eam & probabiliorem contendo, Autores non laudo, quoniam in Scholis trita est quæstio in explicatione d. l. precibus, citantur fusè à Trentacinquio de substitutionib. parte 1. cap. 12.

Nec difficile est ad argumenta respondere, quibus contraria nititur sententia; vel etiam eas diluere obiectiones, quæ aduersus argumenta nostra afferri solent.

In primis Fulgosius dicebat, non constare, an in facti specie, de qua loquitur l. precibus, filius impubes decesserit, nec ne. Respondeo, satis est constare matrem esse admittendam ad successionem, eo quandocunque defuncto, siue ante, siue post pubertatem: quod probatur illis verbis: *Eo defuncto ad eo* (Matrem) *omnimodo eius successio pertineat.*

Secundò obiicit Salycetus, in ea specie, de qua Imperator loquitur, substitutionem factam fuisse in primum casum tantum; & sic fuit substitutio duntaxat vulgaris quæ pupillarem non continebat. Respondeo, illa verba textus *primo tantum casu* posita esse ad differentiam substitutionis factæ in secundum casum, vel expressa vel compendio, vt patet ex verbis sequentibus: *Si verò*, inquit, *substituto in secundum casum*, &c. non autem significant ita in primo casu substitutionem factã, vt illa non posset comprehendere pupillarem tacitè iuxta eius vim & naturam, l. Lucius, ff. de vulg.

Tertiò opponit Viglius in Institut. de substit. num. 16. textum in l. Lucius, ff. de vulg. in illis verbis: *Aliter si eiusdem ætatis liberi instituti inuicemq; substituti fuissent, tunc enim altero defuncto intra pubertatem, eius successio*
A *non ad matrem, sed ad substitutum fratrem eius deuoluitur.* Quibus verbis probatur, pupillarem tacitam, quæ in reciproca continetur, matrem excludere: Ergò etiam tacita pupillaris, quę in vulgari continetur matrem excludet. Respondeo, pupillarem, quæ continetur in reciproca, non esse tacitam, sed expressam verbis illis generalibus: *Vos inuicem substituo.* censentur enim filii generaliter substituti, tam in primum casum, scilicet vulgaris, quàm in secundum, nempe pupillaris. Alia est ratio de tacita vulgari, quæ nullo modo ex verbis vulgaribus comprehenditur, illis nempe, *si hæres non erit*, sed venit ex tacito legis intellectu ac subtili quadam interpretatione; quæ proinde cessare debet matre existente viua, ne à luctuosa filii hæreditate excludatur.

Quartò obiicit idem Viglius l. vlt. C. de Instit. & substitut. perpendens in eius specie matrem substituto præferri propter voluntatis coniecturam; Erat enim hæres adiecta. quo argumento vsus est etiam Vasquius de suc-
B cess. creat. lib. 2. §. 15. tit. de Exemplari, num. 10. Respondeo, vt suprà dictum est, non eam solam rationem fuisse, quæ Imperatorem mouit; sed quia non est æquum ei visum, vt ex tacita quadam, ac subtili iuris interpretatione ac intellectu mater excluderetur.

Quintò adferunt contrariæ sententiæ autores regulam cum limitatione, l. Lucius, ff. de vulga. ex qua probatur vulgari expressa, contineri tacitam pupillarem, & nõ excipitur ille casus, cum mater superest. Respondeo, aliis legibus ac rationibus excipiendum, vt docent argumenta communis sententiæ.

Sextò, adferunt argumentum, taciti & expressi eandem esse virtutem, l. cum quid, ff. si certum petat. Et ideo sicut expressa pupillaris matrem excludit, ita etiam tacita. Respondeo, in hac materia diuersam esse rationem inter pupillarem expressam, & tacitam. Nam expressa vocat absolutè substitutum, & consequenter matrem excludit. Tacita verò, non vocat absolutè substitutum,
C sed illum vocat ex tacito quodam intellectu, qui contra matrem locum non habet. Quædam alia solent adferri, sed leuiora, quibus diligenter Trentacinquius respondit loco annotato, vt nostro non sit opus labore, nec res vllam habeat difficultatem.

CAPVT XLI.

Pupillaris substitutio tacita, an excludat matrem, quando substitutus est filius testatoris.



Ed & controuersia est in eadem facti specie. quid si substitutus non sit extraneus, sed filius testatoris, vtrum pupillaris substitutio tacita, quæ in expressa vulgari continetur, matrem excludat? & non excludere Bartolus respondit in d. l. precibus, C. de impuber. & aliis substit. cuius sententia communiter recepta est, vt latè addu-
D ctis autoritatibus tradit Alexander Trentacinquius de substitutionib. in 1. parte, cap. 12. nu. 22.

Fundamentum vero est in eo positum: quod paterfamilias, qui substituit, magis filium diligere præsumatur, quàm vxorem, argum. l. isti quidem, ff. de eo quod metus cau. & eorum, quæ habentur in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. consequenter præsumitur voluisse substitutum matri præferre.

Contrariam sententiam amplexus est Baldus in dicta l. precibus, numero decimoquarto, & Imolensis in l. moribus, ff. de vulga. & pupilla. & in capitulo Raynucius. in materia pupillaris substitut. de testamen. quorum fundamentum est; quoniam pupilli bona & hæreditas magis debeatur matri quam fratri. Nam matri legitima debetur, & potest inofficiosum testamentum dicere, l. nam etsi parentibus, ff. de inofficio. testamen. frater vero non potest, nisi turpibus personis institutis, l. fratres, C. eod. tit.

Tertia est sententia Alexandri in d. l. moribus, nu. 35.

quem

quem secutus est Decius in d.l.precibus, adhibendam esse hanc distinctionem: Aut filius impubes, cui facta est vulgaris substitutio expressa, adiuit hereditatem patris, & sic est commixta paterna cum pupillari, tunc procedat Bartoli sententia; quia cum hęres pupilli sit hæres testatoris, l.paterfamil.ff.de vulg & pupill.l.vlt.C.de hæredib.instit. ratio Bartoli militat, & ratione commixtionis substitutus consequitur, quod aliàs non consequeretur: sicut & aliquando cõtingere solet, vt in l.si communem, ff.quemad.seruit amit. Aut filius abstinuit ab hæreditate paterna, & sic tractamus solum de pupillari tacita, quoad bona ipsius pupilli; & tunc, quia Bartoli rationes cessant contraria sententia locum sibi vindicare potest.

Ego hac in re sic statuo, in proposita facti specie iniquum videri, vt ex tacita quadam interpretatione & intellectu, mater excludatur à luctuosa filij successione, quæ à lege ei defertur, vt notum est. Sed quoniam etiã frater pupilli vtrinque coniunctus vocatur vna cum matre. vt in Authen. Defuncto, C.ad Tertyllian. opinor ipse hoc in casu tacitam substitutionem eatenus cessare, vt filij defuncti successio tam ad matrem, quam ad fratrem æqualiter diuidendam pertineat. Nec aliter præsumendum est voluisse testatorem. Eius enim voluntas talis esse præsumitur, qualis iustitia exigit, vt in l. Hæredes mei, §.Cum ita, ff. ad Trebellian. & ibi Bartol. not. num.4. Alexand.num.9. Estque tritissima & receptissima propositio.

Nec me mouet, quod dicitur, patrem plus diligere filium, quam vxorem. Nam hoc dato non propterea præsumitur ita eum diligere, vt contra ius & æquitatem, debitam matri successionem auferre velit, in re dubia & obscura. Cur enim expresse filium, exclusa matre, non substituit, is qui tanto filios suos prosequitur amore? Neque verò leges patris erga filios amorem ita prædicant, ac præsumunt, vbi æquitas & ratio repugnat.

Porrò ad rem nostram haud quaquam pertinet id, quod habetur in l.cum acutissimi, C. de fideicommissis, quia agitur ibi de substitutione facta filio testatoris ita interpretanda, vt locum habeat, si filius absque liberis decesserit, ne videatur testator propriæ soboli alienam anteponere. quæ sanè iustissima est interpretatio. At hic longè diuersa est species, & diuersam habet rationem, vt dictum est.

Et licet hæres hæredis videatur hæres esse testatoris, vt Alexander distinguendo dicebat, nihil tamen id obstat; quia id esset verum in proposito, si succederet substitutus exclusa matre pupilli; sed hoc est, de quo disputatur: Dicimus enim patris hæreditatem aditam, effectam esse patrimonium pupilli adeuntis, iuxta l.prim, §.veteres, ff.de acquiren.possess. ac proinde ad legitimos hæredes pertinere, matrem scilicet pupilli, & fratrem, nisi contraria sit defuncti patrisfamilias voluntas, eaque euidenter appareat; non autem ex tacito intellectu: quia tacitus intellectus non est admittendus ad matrem excludendam à luctuosa filij successione, l. vltim. C. de instit.& substit.

CAPVT LXII.

Pupillaris substitutio expreßa matrem à legitima an excludat: & quid in foro conscientia?

NOn est dubium, quin substitutio pupillaris expressa matrem viuentem à legitima excludat; quoniam & iure Cæsareo, & Canonico id satis disertè cautum videtur. Iure quidem Ciuili his verbis: *Sed neque impuberis filij mater inofficiosum testamentum dicit: quia pater hoc ei fecit*, vt in l. Papinianus, §. sed neque impuberis, ff.de inofficio.testamen. Nam si testamentum inofficiosum dicere non potest; necesse est affirmare substitutionem pupillarem (quod impuberis filij testamentum Iurisconsultus appellat) excludere matrem etiam à legitima; quia

A si non habet querelam, nec legitimam habere potest. Iure autem Canonico clarius his verbis: *Licet autem filius testamento suo matrem portione iure naturæ debita priuare non possit; pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest. Nam testamentum huiusmodi pupillare paternum, vel paterni potius pars est testamenti.* vt in ca. primo, de testamentis, libro 6. quam ob rem licet nonnulli Doctores contrarium scripserint, vt videre licet ex Alexandro Trentacinquio de substitutio. parte secunda, capit. 16. non putabam tamen hanc inter controuersias referendam. Sed vt eam inter controuersias adscriberem Iacobus Menochius effecit, qui libro quarto, de præsumpt. capitulo trigesimooctauo, latè hac de re disseruit, ac conclusionem firmauit ex iure ciuili; Matrem à legitima exclusam non esse, distinctione tamen adhibita inter bona patris & bona filij, hoc modo: vt quantum ad legitimam filio debitam ex bonis patris, & ad alia bona, quæ filius habet, mater nequaquam excludatur à B legitima per pupillarem substitutionem; Secus autem, quantum ad alia patris bona. Argumenta eius hæc sunt: Qui non potest per se aliquid facere, non potest per alium; Sed filius per se matrem excludere non potest: Ergò nec per patrem ex pupillari substitutione, quæ est testamentum filij; & ex alterius facto, nempe patris non debet matri legitima auferri; nec priuilegium, quod pater habet testamentum faciendi pro filio, in præiudicium matris operari. Et ad text. in l. Papinianus, §. sed neque impuberis, respondet non esse bonam consequentiam: querelam non habet, ergò nec legitimam. sicuti nec bona est illa consequentia: Querelam habet, ergò & legitimam. Et denique legitimam matri deberi condictione ex l. omnimodo, C. de inoffic. testamen. & similibus. Sed summi Iurisconsulti bona pace, hæc non videntur rectè consistere. Nam quod primo dicit, expressè confutatur ex dicta l. Papinianus, §. sed neque impuberis, vbi patet patrem, qui testamentum facere di- C citur pro filio, matrem exhæredare posse, quod certè filius facere non posset, si testamentum faceret. Ergò potest per aliud hoc in casu, quod non potest per se: Ergò potest pater pupillariter substituere in præiudicium matris. Quod verò secundo loco dicit, non rectè dici; querelam non habet, ergo nec legitimam, & contrà, confutari potest ex ratione: Quia inofficiosi testamenti querela non datur nisi ijs, quibus legitima debetur. Et quod dicit ipse fratri querelam competere turpi persona instituta, & tamen legitimam non deberi, refellitur ex text. in Authent. de hæred. & Falcid. §. primum itaque, vbi Iustinianus dicit legitimam deberi filijs, nepotibus, patribus, atque matribus, & interdum etiam fratribus, videlicet, cum turpis persona est instituta. Denique quod scribit, condictione ex lege legitimam peti posse, mihi non probatur: Quia hæc condictio datur ijs, quibus querela inofficiosi testamenti competit, vt patet ex l. omnimodo, C. de inofficiosu testamen. ibi: D *Et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis, vel alio modo subuertendis moueri solebat actio, certa & statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum, vel alijs personis, quibus eadem actio competere poterat*, &c. Quibus verbis patet, condictionem ex lege illa, ijs tantum personis datam, quibus querela inofficiosi competit, vt scilicet hæc loco querelæ subrogetur.

Controuersia etiam est, an etiam in foro conscientiæ hæc conclusio sibi locum vendicet. Etenim, sunt qui negant grauissimi autores, quippe matri legitimam in foro conscientiæ debitam esse existimant Archidiaconus, in capitulo primo, de testamentis libro sexto. Decius, ad l. precibus, numero decimo, C. de impuber. Alciatus, da quinque pedum pręscript. in principio, alios citat Trentacinquius, loco proximè citato, numero quinto. Fundamentum est in capitulo vlti. 17. quęstio. quarta, ex quo sumitur argumentum eiusmodi: Sicut parentes tenentur filijs legitimam relinquere, sic & filij

parentibus, l. nam etsi parentibus, ff. de inoffic. testamen. A
Sed parentes qui filios exhæredant, etiam instituta ecclesia, peccant, vt habetur in dicto cap. vlt. Ergo similiter & filij peccant; consequenter in foro cõscientię legitima matri relinquenda est, & sic debetur. Et eiusmodi leges veluti contra iustitiam & pietatem seruandę non videntur in foro conscientiæ.

Cæterum, contrariam sententiam & communiorem esse constat, & probabiliorem esse non dubito. Communiorem esse patet ex Trentacinquio, loco annotato, vbi citat Lancellot. Decium, Curt. Alciat. Socin. in dicta l. precib. Ripam, in l. 2. ff. de vulg. Zasium, Vasqu. Couuar. & alios. Esse verò probabiliorem, illud argumentum demonstrat, quod Sacris Canonibus recepta sit hæc lex, quæ matri legitimam hoc in casu aufert, nullusque locus reperiatur, quo declaretur id in foro conscientiæ locum non habere, nullaque ratio id euincat. Nam iure ciuili & positiuo constitutum est, vt filio mater succedat. olim enim ex duodecim tabularum lege à successione exclude- B
batur. Et licet ratio quædam naturalis suadere videatur ac suaserit, vt lex conderetur, qua successio matri deferatur, non tamen sequitur, quin contrarium in aliquo casu decerni potuerit. Hoc autem in casu ita constitutum est: quia multas ob causas expediebat, vt parentibus liceret filijs in potestate constitutis pupillariter substituere: Et quia pater est, qui testamentum facit, ac substituit, nõ cogitur instituere siue substituere matrem pupilli; facit enim principaliter testamentum pro se: & substitutio est sequela paterni testamenti: nulla verò est lex quæ ad matrem pupilli testatoris coniugem hæredem instituendã hortetur aut inducat; nulla ratio suppetit, multi enim alij sunt, qui in successione matri præferuntur. Et hoc est, quod Summus Pontifex perpendit, hoc non esse pupilli filij testamentum, sed patris, siue paterni testamenti partem.

Ex hic patet ad argumentum solutio; quia illud habet locum vbi filius testamentum facit, non vt in casu isto, C
quando pater est qui testatur.

CAPVT XLIII.

Ad interpretationem l. precibus, C. de impuber. & alijs substitut. & l. Centurio, ff. de vulg. & pupilla. Controuersia vna.

Nsignis disputatio est & controuersia inter Doctores circa interpretationem l. precibus, C. de impub. & alijs substit. & l. Centurio, ff. de vulg. Sic enim scribunt Diocletianus & Maximianus, in d. l. precibus (referam autem verba, de quibus est cõtrouersia) *Si vere substitutio in secundum casum, vel expressa, vel compendio, non vsque ad certam ætatem facta reperiatur: siquidem intra pubertatem decesserit, eos habeat hæredes, quos pater ei constituit, & adierunt hæreditatem. Si verò post pubertatem, tunc eius te suc-* D
cessionem obtinente, veluti ex causa fideicommissi, bona, quæ cum moreretur, patris eius fuerunt, a te peti possunt.

Verba autem Papiniani hæc sunt in d. l. Centurio: *Cẽturio filio, si intra vicesimum & quintum ætatis annum sine liberis vita decesserit, directo substituit: Intra quatuordecim annos etiam propria bona filii substitutus iure communi capiet: post eam autem ætatem, ex priuilegio militum patris duntaxat, cum fructibus inuentis in hæreditate.*

Communiter existimatum est, hanc esse Papiniani sententiam, vt substitutus iure directo hæreditatem obtineat: Diocletianum autem hoc velle, vt non iure directo, sed fideicommissi obtineat ac petat. Quapropter, circa conciliationem harum legum hactenus concertatum est. Non est animus mihi omnium sententias huc adferre; nec enim operæ pretium facerem. Referam duntaxat ex antiquis quatuor præcipuas interpretationes. Tum nouam Duareni. ac postremam Cuiacij, quæ mihi omnium verissima videtur. Sed præstat acumen antiquorum videre, etiam si non collimauerint ad scopum; sic enim quæ sit vera sententia facilius poterit intelligi.

Prima est sententia Accursij. Imperatoris legem locum sibi vindicare cum mater viuit, ita enim loquitur. tunc enim æquum est & vtile matri, & substitutio fit fideicommissaria: Cæterum, si mater non sit in medio, substitutio iure directo valebit, propter priuilegium militare. Eandem sententiam secutus est Zasius de substit. cap. 5.

Reprobant verò hanc sententiam Paulus Castrens. Iason & Decius, in dicta l. precibus, Alexand. in dicta l. Centurio, Viglius in §. qua ratione, in Institut. de pupill. substitut. quia matris fauor & commodum tunc spectari solet, cum de hæreditate filij agitur, non autem cum agitur de hæreditate patris; quia mater aliquem fauorẽ meretur, quoad filij sui hęreditatem, non autem quoad hæreditatem viri sui.

Secunda est solutio Bartoli & Alexandri in d. l. Centurio. Iurisconsultum loqui, cum testator vsus fuit verbis directis. Imperatorem autem, cum vsus est verbis communibus; sicut est verbum substituo: tũc enim post pubertatem in fideicommissum vertitur.

Damnant hanc expositionem Iason in dicta l. precibus, & Cagnolus ibid. num. 152. Viglius & Zasius locis annotatis, & præter eos Duarenus lib. 2. Anniuersariar. disputat. cap. 7. *Qui negant*, inquit, *in ea specie substitutionem directo, & verbis ciuilibus factam fuisse* (loquitur autem de l. precibus) *contradicunt verbis Diocletiani: cum ait: secundum hæredem scripsisse.*

Tertia est sententia Fulgosij, quam alij secuti sunt, vt per Iasonem in dicta l. precibus, Couuar. in capi. Raynutius, §. 9. de testamen. Viglium dicto §. qua ratione, Institut. de pupil. substitut. Vasqui. de success. creat. lib. secũdo, §. 18. titu. de Compendiosa, nume. 116. etiam in ea specie, de qua loquitur Imperator, substitutum iure directo succedere. Nec obstant illa verba, *veluti ex caussa fideicommissi*; quia non significant esse fideicommissum, sed ad similitudinem fideicommissi locum esse substitutioni. Similitudo autem in eo est posita, quod per fideicommissum succedit substitutus testatori, nõ autem grauato, l. cohæred. §. cum filiæ, ff. de vulga. & pupilla. Ideo etiam apud Imperatorem substitutus in bonis tantum testatoris succedere dicitur.

Non placuit hæc sententia Alexandro, in dicta l. Centurio, nec Castrensi, neque Decio, neque Cagnolo; quia si iure directo substitutus succederet in ea specie, de qua loquitur Imperator, non esset necesse petere bona, sed propria autoritate illa posset accipere. Præterea, dicit textus, bona peti posse *Patris duntaxat quasi ex caussa fideicommissi*. Ergo implicat, si dicatur peti posse iure directo.

Quarta fuit sententia Benedicti Plumbini, quam vterque Decius secuti fuere Lancellot. & Philippus: Papinianum loqui cum testator vsus est verbis directis, vt patet ex illis verbis: *Directo substituit*. At Diocletianum loqui, cum testator vsus est verbis obliquis, nempe, fideicommissum importãtibus, quod probatus iuris præsumptione: Nam miles præsumitur testatus iure communi. l. in testamento. C. de milit. testam. Ius autem commune vetat, post pubertatem directò substitui, l. uerbis ciuilibus, ff. de vulg.

Non placet hæc sententia; quia vt supra dictum fuit, etiam in specie d. l. precibus, testator vsus fuisse videtur uerbis directis, quia textus dicit, *secundum hæredem fecisse*, quæ uerba procul dubio sunt directa.

Quinta igitur est Francisci Duareni sententia libro secundo. Anniuersariarum disputat. capitulo septimo, quam eiusdem uerbis referre placet. Cur enim alia, quam elegantissimi Doctoris uerba referrem? Sic ait relatis uerbis d. l. Centurio, *Ex quibus verbis*, inquit, *colligimus cum pater, idemque miles substituit directò filio suo, si intra vicesimum & quintum annum decesserit, multũ*

referre,

referre, an filius decesserit impubes, an post pubertatem: Nā si decesserit impubes, substitutus capiet iure communi bona propria filii, tanquam ex pupillari substitutione, quia substitutio pupillaris ad bona impuberis pertinet: Si verò iam pubes filius decesserit, substitutus, propter priuilegium militis, bona capiet tantùm paterna: Substitutio enim militaris ad alia bona, quàm militis non porrigitur, l. 5. ff. de milit. testam. Quod autem Papinianus respondet, substitutum bona testatoris capere cum fructibus inuentis in hæreditate, argumento est hanc substitutionem fideicommissariam non esse, cùm fructus inuenti in hæreditate non restituantur fideicommissario, l. in fideicommissaria, ff. ad Treb. Qua tamen in re magna contentio est Doctorum scholasticorum, propter subobscura Diocletiani verba, C. de Impuberum, & aliis substit. c. 8. Quibus significare videtur, post pubertatem iure tantùm fideicommissi substitutionem huiusmodi valere. Si verò, inquit, *post pubertatem te eius successionem obtinēte, velut ex caussa fideicommissi, bona, quæ cum moreretur patris eius fuerunt, à te possunt peti. Verùm hic mihi videtur eorum verborum sensus esse: hanc substitutionem, quæ directa est, perinde valere, ac valeret iure fideicommissi, si verbis fideicommissi facta esset: Nam certi iuris est, valere fideicommissum post pubertatem, l. cohæredi, § cùm filia, ff. de vulg. Sed quia verbis ciuilibus directò hic substituerat testator, dubitabatur an valeret. Et Diocletianus animaduertens militem esse testatorem, ita rescribit, vt iam diximus, ostenditque, militem non minùs directò substituere post pubertatem posse, quàm ex caussa fideicommissi: Hæc autem verba; te eius successionem obtinente, &c. sic accipienda sunt, vt mater succedat filio, substitutus bona testatoris capiat: quia non iure communi, sed militari priuilegio succedit. Sed cur substitutus petere dicatur à matre, dixerit aliquis? Respondeo, exposuisse fortassis mulierem in libello precum, se occupasse omnia bona tam patris, quàm filii, & consuluisse Imperatorem, an substitutus ea bona petere ab ea posset. Correspondet Imperator, substitutum bona petere posse, non filii, sed testatoris.* Hactenus ille.

Sed hæc elegantissimi iuxta & doctissimi viri sententia nullo modo nobis probatur. In primis id, quod dicit, illa verba l. Centurio, quibus dicitur, bona esse restituenda cum fructibus inuentis in hæreditate, argumento esse, non ibi agi de fideicommissaria restitutione; quia fructus non veniunt, l. in fideicommissaria, ff. ad Trebell. Id inquam nullo modo placere potest: quia textus in l. in fideicommissaria, non loquitur de fructibus inuentis in hæreditate, sed de fructibus perceptis ab hærede grauato, quos, si non sit in mora, restituere non tenetur. Cum verò aliquis fideicommissi restitutionem iniungit omnium bonorum, sine dubio etiam fructus tempore mortis testatoris inuenti in hæreditate in restitutionem uenient: nam & ij bona sunt, & in hæreditate continentur, quæ restituenda est, vt in l. postulante, §. vlt. ff. ad Trebellianum, l. vsufructu, 24. ff. de vsufru. leg. & declarat Cuiacius lib. vndecimo Obserua. cap. 25. l. 1. C. de his quib. vt indig.

Quod verò putat iure directo substitutum succedere apud Diocletianum, & sensum esse illum, quem dicit, substitutionem iure directo in ea specie valere, perinde, ac valeret iure fideicommissi, si verbis fideicommissi facta esset, in eo grauiter errat; Quia nimis diserta & clara sunt verba textus: *Bona velut ex caussa fideicommissi peti posse*. Si hoc sensisset Imperator, quod Duarenus scribit, non ita dixisset, sed potius bona peti posse perinde, ac peti si fideicommissum extitisset, potuissent.

Vera igitur hæc est interpretatio & sententia, & Papinianum & Diocletianum idem respondisse: nempe, substitutum bona ex fideicommisso petere posse; non autem iure directo, quæ sententia est Iacobi Cuiacij, neque enim, quæ aliorum sunt, mihi arrogare solitus sum. Is enim lib. 12. Obseru. cap. 27. scribit in hæc uerba: *Certi iuris est, non posse quenquam substituere post pubertatem. Quod enim receptum est, vt pater filio impuberi substituere possit, eo receptum est; quia impubes testamentum facere non potest. Nullo autem modo tolerari potest, vt ei, qui hæredem facere potest, tu hæredem des, adeò, vt ne rogari quidem possit, vt aliquē hæredem faciat, l. ex facto, in prin. ff. ad Trebel. Quare post pubertatem frustra substituimus liberis nostris pupillariter & directò. Nam per verba fideicommissi possumus eam ætatem egredi, l. cohæredi, §. cum filia, ff. de vulg. §. vlt. Institu. de pupil. substit. & de vulgari substitutione non est quærendum, an egrediatur pupillarem ætatem. Cum ætas & tempus vulgari substitutioni non opponatur. Solus tamen miles egreditur pupillarem ætatem, l. in testamento, C. de testamen. milit. l. precibus, C. de impub. verbis scilicet directis, non inutiliter, hactenus vt verba directa post pubertatem trahantur ad fideicommissum, siue mater in medio sit, siue alius agnatus: nam licet in l. precibus, mater in medio sit, tamen in l. Centurio, ff. de vulg. substit. generaliter ait Iurisconsultus, substitutum ex priuilegio militis capere bona militis, non bona filii: Venire igitur eum iure fideicommissi: nec enim illa ratio idonea est. Cur non capit, nisi bona militis? quia priuilegium militis non debet cuiquam fraudi esse: at si legitimis hæredibus filii hæreditatem adimeret, illis iniuriam faceret. Immò, quia substitutus venit iure fideicommissi, & fideicommisso non continentur bona propria filii, l. cohæredi, § quod si hæredem, ff. de vulg. subst. Falluntur igitur interpretes in l. precibus, qui quando mater in medio est, non alii hæredes, putant militarem substitutionem trahi ad caussam fideicommissi. Denique priuilegium militum in eo est, quod facta ab his vltra pubertatem directa substitutio, inutilis non est, paganorum autem inutilis; vt nec ad caussam fideicommissi proficiat.* Hactenus ille. Idem ferè idem Cuiac. lib. 11. c. 25. His exceptis, quæ ex Cuiacio & Duareno retulimus: cætera Doctorum placita latè & accuratè expendit nouissimè Menochius de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 52. quem postea legi.

CAPVT XLIV.

De compendiosa substitutione impuberi filio facta à pagano verbis directis, an filio post pubertatem mortuo, valeat vt fideicommissaria?

Cæterum, si non miles, sed paganus filio suo impuberi substituerit, alium hæredem compendiosè, sed verbis directis, controuerti solet, an filio post pubertatem vita functo locus sit substitutioni, quasi ex causa fideicommissi, ita, vt directa substitutio trahatur ad fideicommissum, quæ quidem quæstio olim difficillima existimata fuit, vsque adeò, vt Carolus Ruinus, Alciato teste, lib. 1. Paradoxorum, cap. quinto, in auditorio eam indissolutam reliquerit, eo, quòd sibi licet summa diligentia vestiganti non satis perspectam esse diceret. Et sanè diuersæ sunt Doctorum sententiæ, vt videre licet ex Didaco Couuarru. ad cap. Rainucius, §. 9. nume. 15. de testam. ex Doctoribus qui scripserunt in l. Centurio, ff. de vulgar. & ex aliis, quos commemorat Vasquius de Successi. creat. lib. secundo, §. 18. titu. de Compendiosa, nume. 64. Mantica, de Coniect. vltim. volunt. lib. septimo, titu. 3. nume. 5. 6. Alexandro Trentacinquio, de Substitutionibus, parte quarta, cap. 9. Menoch. de præsumptio. lib. 4. præsumpt. 55.

Ego in argumentis recensendis, ac tota huius rei disputatione instituenda, nunc minimè versabor, quoniā vulgata ea sunt, & discussa in locis ordinariis, vt nec maiorem lucem & ordinem à me requirant, quid ipse iuri consentaneum existimem, paucis explicabo, tum argumenta diluam contrariæ sententiæ.

Ego eam sententiam amplector, quæ substitutionem, qua de agitur ad fideicommissum trahi posse negat, vtorque autore etiam hac in re Iacobo Cuiacio, lib. 11. Obseruat.

seruat. cap.25. necnon argumentis eiusdem, quorum illud est primum; Verbis ciuilibus substitutionem post decimum quartum annum frustrà fieri, l. verbis ciuilibus, ff. de vulg. Non ignoro commune responsum frustrà fieri, vt valeat iure directo: sed non vt valeat iure fideicommissi, quæ responsio bona esset, si alia lege probari posset valere iure fideicommissi. A

Secundum argumentum est. Quoniam, vt talis directa substitutio post pubertatem filio moriente ad fideicómissum trahatur, speciali quodã priuilegio in militibus est constitutũ, vt patet ex d.l Centurio, ff. de vulg. & l. precibus, C. de Impub. & alijs substit. & in præcedenti capite explicatum est. Ergo in Paganis regula est contraria; nempe, directam substitutionem post pubertatem nõ valere, sed frustrà esse factam, nullius momenti esse, ac in fideicommissariam verti non posse.

Tertium argumentũ est ex l. Scęuola, ff. ad Trebel. ibi enim benigna interpretatione substitutio directa trahitur ad fideicommissum, quia facta est in Codicillis, & quia pupillus impubes est mortuus, vt scilicet, quod non potest valere quasi testamentum pupillare, valeat quasi Codicillus eiusdem ab intestato. Igitur his cessantibus, dicendum est non valere, secundum tritissimas & omnibus notas iuris regulas. B

Primum argumentum contrariæ sententiæ est in cap. Rainucius, de testamen. in illis verbis: *Adiecta verò impuberi reliquit certa bona sua, adiiciens, vt Alberocha, & soboles quam gestabat in vtero, eidem impuberi succederent, si absque liberis moreretur*, &c. Ex quibus verbis patet factam fuisse compendiosam substitutionem impuberi, verbis directis, quia illa verba: *Eidem impuberi succederent*, sunt directa.

Respondeo, illa verba non esse directa, nec vllo iure id probari posse, & quanquam Baldus & alij id dicant, tamen alij contrarium docent, vt scribit Couuar. ad d.c. Rainucius, §.9. nu.5. vers. item verbum succedat. Quãobrem, & imprudenter locutus est Cuiacius loco suprà proximè citato, dum dixit, iure Pontificio in proposita quæstione nostra verba directa ad fideicommissum trahi, & ea in re Pontifices errasse. Non hoc Pontifices dixerunt, nec statuerunt, & consequenter, nec errauerunt, sed ille errauit, temerè eorum verba interpretatus: quanquam hoc excepto, veram sententiam hac in re mihi videtur amplexus. C

Secundum argumentum est, ex d.l. Scęuola, ff. ad Trebell. sed, vt suprà dixi, potius fauet sententiæ nostræ illa lex, cùm ex benigna interpretatione directa substiutio ad fideicommissum ibi trahatur fauore pupilli; & quia facta est in Codicillis, vt dictum est, quibus rationibus cessantibus, contrarium omninò nobis hic respondendum videtur.

Tertium argumentum est ex l. precibus, in fine, C. de impub. & alijs substit. sed respondeo ibi directam substitutionem à milite factam fuisse, ideo in fideicommissariã conuertitur iure quodam singulari; nos verò loquimur de tali substitutione à pagano facta, in qua proinde contraria videtur esse iuris regula. D

Postremum argumentũ est, quia verba directa quandoque trahuntur ad fideicommissum. l. filiusfamilias, §. vt quis hæredem, de leg. 1. l. ex facto, ff. ad Trebell. l. vlt. C. de hæred. instit. Respondeo, non est bona consequentia. Ergo trahuntur etiam in specie ista; quia in dictis legibus verba testatoris relata sunt ad hæredem, quæ proinde facilè fideicommissum inducere possunt. Quare, vt habetur in dictis legibus, si quis rogatus fuerit, vt aliquẽ hæredem faciat, id accipiendum erit, vt fideicommisso rogatus esse videatur hæreditatem restituere. Non ergo, si in eo casu ita constitutum est, idcirco idem in casu nostro respondendum erit, qui & longè diuersus est, & diuersam habet rationem.

CAPVT XLV.

Quid si eadem compendiosa substitutio filio impuberi verbis communibus facta fuerit, & mater sit in medio, an moriente in pupillari ætate filio sit directa, vel omni tempore fideicommissaria.

In hac celebri controuersia similiter, vt in præcedenti, quid ipse sentiam, paucis indicabo. Autores & argumenta hinc inde videri possunt, ex recentioribus, Francisco Burlato in consil. 8. Mantica de coniecturis vltimarum volunt. lib.7. tit.6. num. 16. Alexandro Trentacinquio de substitutionib. parte 4. cap.11. Couuar. in cap. Rainucius. §.9. num.15. de testam. Menochio de præsumption. lib.4. præsumpt.54.

Ego eorum sententiam magis probo, qui docuerunt substitutionem compendiosam verbis communibus factam à pagano, filio impuberi, non omni tempore fideicommissariam intelligi, sed, filio ante pubertatem moriente directam pupillarem censeri, post pubertatem verò moriente, fideicommissariam, quod vltimum omnes fatentur.

Mouet me textus in cap. si pater, de testa. lib.6. *Si paterfamilias*, inquit, *filium & filiam habens impuberes, filiam in re certa, filium verò in cæteris bonis suis vniuersalem hæredem instituit, & vxori aliqua in suo testamento legauit, adiiciens, vt si decederet filia sine liberis eidem filio, & si ipse absque liberis obiret, filius præfata filia sua moreretur, Christi pauperes instituendo hæredes, si vtrumque sine liberis mori contingeret filiorum. Testatore mortuo, ac deinde filio subsequenter & filia (superstite matre) defunctis ante tempora pubertatis absque detractione Trebellianica, siue partis iure naturæ debita facienda, ipsis pauperibus bona omnia deferuntur. Prædictæ namque substitutiones factæ de filio ad filiam; & contrà de illis ad pauperes, directæ debent intelligi pupillares. Cùm in substitutionibus semper interpretatio sit facienda, dũmodo, sicut in casu proposito, earum verbis & personis cõueniat instituta, vt substitutio directa intelligatur potius quàm obliqua*, &c.

Hic perpendo maximè Pontificis Maximi respõsum in versiculo: *Cùm in substitutionibus*, &c. Nam si semper in substitutionibus hæc est interpretatio facienda, vt potius directæ sint quàm obliquę, cùm id verbis earum & personis conuenire potest; optimè infertur, eodem modo accipiendam esse substitutionem, de qua agitur; quoniam hæc interpretatio, & verbis & personis maximè conuenit. Verbis quidem; quia sunt communia, & sic tam ad directam, quàm ad obliquam substitutionem accommodari possunt. Personis autem; quia filius est impubes, cui substitutio est facta, eique melius conuenit pupillaris directa, quàm fideicommissaria; Nam directa pupillaris est testamentum filij, & nullum continet onus; Fideicommissaria verò onus continet fideicommissi, & patris est, non filij testamentũ. Quamobrem potius credendum est, patrem ea substitutione testamentum pro filio facere voluisse, quàm eum fideicommisso in pupillari ætate onerare.

Sed argumenta refellenda sunt sigillatim, quibus contraria nititur sententia;

Primum est, ex generali quodam pronunciato, vnũ & idem verbũ, plura tempora respiciens ea debet ęqualiter determinare, l. iam hoc iure, ff. de vulg. Ergo verba communia, quæ hic respiciunt tempus pubertatis, & tẽpus post pubertatem, debent omnia æqualiter determinare; & sicut tempus post pubertatem, ita determinant, vt substitutio intelligatur esse fideicommissaria: ita etiã determinare debent tempus ante pubertatem.

Respondeo, argumentum procedere, vbi eadem est ratio in omni tempore, sed hic ratio diuersa est; quia ante pubertatem valere potest, vt substitutio directa: Post pubertatem verò non potest valere, vt directa, ideo necesse

est,

eſt, vt ad fideicommiſſum trahatur, & aliæ ſunt rationes ſpeciales, quibus nititur Iuriſconſulti reſponſum in d.l. iam hoc iure; quæ non habent locũ in hac ſpecie noſtra.

Secundum argumentum. Vna & eadem res diuerſo iure cenſeri non debet, l. eum qui ædes, ff. de vſucap. hic autem diuerſo iure cenſeretur, ſi ſubſtitutio ante pubertatem eſſet directa, & poſt fideicommiſſaria. Ergo, &c. Reſpondeo, regulam non habere locum, vbi diuerſitas eſt temporis, vt hic, argumen. l. Pomponius, 2 ff. de neg. geſt. & patet ex l. precibus, C. de impub. & alijs ſubſtitut.

Tertium argumentum. Non debet fieri voluntatis diuiſio. l. eum qui, §. vlt. ff. de his quib. vt indig. Sed hic fieret diuiſio. Ergo, &c. Reſpondeo, voluntatis diuiſionẽ fieri non poſſe, in hoc ſenſu, vt pro parte valeat, & pro parte non valeat: ita loquitur propoſitio argumenti, ac proinde non attingit rem noſtram.

Quartum argumentum eſt ex c. Rainucius, de teſtam. Reſpondetur, non hoc ibi eſſe conſtitutum, omni tempore fideicommiſſariam eſſe ſubſtitutionem, & filiam ibi deceſſiſſe poſt pubertatem.

Quintum argumentum. In dubio eſt illa interpretatio accipienda, quæ matri magis fauet, l. qui duos, §. 1. ff. de reb. dub. l. vlt. C. de Inſtitut. & ſubſtit. Reſpondeo, negando regulam, ſeu propoſitionem generaliter verã eſſe, ſicut in argumento dicitur, nec ea probatur ex allatis legibus, licet ex certis circumſtantijs facti, matri pupilli fauendum illis in caſibus eſſe conſtitutum ſit; Sed ex vno vel altero peculiari caſu non rectè quis generalem conſtituit propoſitionem, ſicut ſi dicatur Petrus currit, Titius currit, ergo omnes currunt.

Sextum argumentũ. Pupillaris ſubſtitutio tacita matrem non excludit, l. precibus. C. de impub. & dictum eſt ſuprà. Ergo nec compendioſa, quæ tacitam continet pupillarem. Reſpondeo, compendioſam ſubſtitutionẽ continere in ſe pupillarem, non ex quodam tacito intellectu, ſicut vulgaris expreſſa, ſed ex natura ſua, & voluntate clara teſtatoris, quia compendioſa continet plura tempora, ita vt quandocunque filius deceſſerit ſiue ante, ſiue poſt pubertatem, ſubſtituto locus ſit: alia ratio eſt in vulgari expreſſa, quæ pupillarem continere dicitur non ſuapte natura, ſed ex quodam tacito intellectu, ac ſubtili interpretatione, quæ proinde contra matrem valere non debet.

Vltimum argumentum eſt ex d.l. precibus, C. de impub. quatenus ibi directa ſubſtitutio trahitur ad fideicõmiſſum fauore matris viuentis. Reſpondeo, nil valere iſtud argumentum, quia ad fideicommiſſum trahitur illa ſubſtitutio ibi, quando filius poſt pubertatem moritur; ſecus quando ante pubertatem.

CAPVT XLVI.

De ſubſtitutione facta in caſu, quo filij naſcituri decedant abſque liberis, an locum habeat, filijs non natis.

HIc præterire non poſſum inſignem in hac eadem materia controuerſiam, ſuper qua ſententiam Iudex protuli in ciuitate Placentia, nunquam enim è memoria excidet nobiliſſima illa ciuitas, ſummis Doctoribus, ac viris præſtantiſſimis referta, cuius & ipſe ciuis tunc factus ſui, cùm ibi Iudex cauſſarum fiſci, & conſiliarius iuſtitiæ eſſem. Confiſcata fuere bona Equitis Scipionis Aſinelli, ea ſibi reſtitui petebat D. Octauius Aſinellus ex fideicommiſſo vocatus D. Ioannis Baptiſtæ Aſinelli. Is teſtamento condito hæredẽ inſtituerat filium, & poſt eum eiuſdem filium primogenitum naſciturum, & primogeniti primogenitum, vſque in perpetuum. Moriente verò filio ipſius hærede inſtituto, & eius filio primogenito, ac cæteris deinceps primogenitis, ita vt nullus ſupereſſet, tunc & eo caſu D. Octauium ſubſtituerat; ſed quoniã ex filio hærede inſtituto nullus erat natus filius, in dubium vocabatur, an ſubſtitutioni locus eſſet: Dicebatur

A enim ſubſtitutum vocatum fuiſſe in eum caſum, quo primogenitus filij teſtatoris, & primogeniti primogenitus deceſſiſſet abſque filijs, quæ conditio non euenerat, cùm nulli nati eſſent liberi. Nam qui non naſcitur, mori non dicitur, c. quod verò, 32. quæſt. 2. Gloſ. & Doctor. in l. qui duos, §. 1. ff. de manu. teſtam.

Et pro hac ſententia quædam generales regulæ proponebantur. Caſum à teſtatore omiſſum habendũ eſſe pro omiſſo, l. commodiſſimè, ff. de lib. & poſtum. Item conditionem implendam eſſe in forma, l. qui hæredi. l. Mæuius, ff. de cond. & demonſt. aliàs deficere fideicommiſſum, l. cum auus, ibi: *Conditionem fideicommiſſi defeciſſe*. ff. eod. tit.

Confirmabatur eadem ſententia autoritate Oldradi in conſil. 177. Teſtator, is reſpondet, de hac facti ſpecie. Teſtator poſtumum inſtituerat naſciturum ex ventre vxoris ſuæ prægnantis, & ſi is in pupillari ætate, vel poſtea quandocunque ſine prole legitima decederet, alium

B poſtumum ſecundo naſciturum ſubſtituerat; ita vt ſi decederet ſecundus ille poſtumus in pupillari ætate, vel poſtea quandocunque, ſine prole legitima, frater ſuus hæres eſſet. Natus fuerat vnus tantummodo poſtumus, qui in pupillari ætate deceſſerat, ſubſtitutus hæreditatem vindicabat, Oldradus reſpondit non eſſe admittendũ; quia ſubſtitutus fuerat poſtumo ſecundo, ſi is natus fuiſſet, & in pupillari ætate deceſſiſſet, eo igitur non nato ſubſtitutionem euanuiſſe. Idem reſpondit Ioan. Andr. ad Speculat. tit. de teſtamentis, §. 1. Alexander in conſil. 1. lib. 1. Corneus in conſil. 199. lib. 2. Ancharan. in conſil. 356. Ex ſerie. Fulgoſius in conſil. 49. Angelus in conſil. 93. Signorolus in conſil. 199. Ruinus in conſil. 104. nu. 4. conſil. 172. nu. 4. conſil. 173. nu. 5. lib. 2 in conſil. 4. nu. 6. lib. 3. Pariſius in conſil. 74. n. 9. lib. 3. Socin. ſen. in conſil. 140. num. 8. lib. 1. Ripa in l. 1. nu. 96. ff. de vulg. Socin. iun. in conſil. 169. num. 5. lib. 2. Alciatus in conſil. 452. num. 8. Menochius in conſil. 326. num. 13. lib. 4. qui ſupradictos

C recenſet. Adde Socinum ſeniorẽ, in l. 1. col. 12. in 8. limit. ff. de vulg. Crauet. in conſil. 313. lib. 3. qui de eadem facti ſpecie reſpõdit cum Alciato proximè citato, de qua etiam reſpondit Ruin. in conſil. 175. lib. 2. latè alios citans Hyppol. Riminald. in conſil. 116. num. 17.

Et hæc eò magis locum habere videbantur, quia ſubſtitutio reſtricta fuerat illa Clauſula: *Tunc & eo caſu*, quæ Clauſula operatur, vt ſubſtitutio non debeat ad aliũ caſum etiam ſimilem extendi, ſecundum Anchar. in d. conſil. 356. Ex ſerie. Roman. in conſil. 131. nu. 2. 138. n. 4. Socin. ſen. in conſil. 259. col. 4. verſic. confirmãtur præmiſſa. lib. 2. Dec. in l. vlt. nu. 2. C. de inſtit. & ſubſtitut. & in conſil. 63. nu. 3. 315. col. 2. alios recenſet Menochius in d. conſil. 326. nu. 16. lib. 4. quibus adde Baldum in conſil. 57. num. 2. lib. 2. Pariſium in conſil. 31. num. 10. 73. num. 31. 86. nu. 34. lib. 2. conſil. 2. nu. 15. 14. nu. 9. 66. nu. 44. 72. nu. 19. lib. 3. Ruin. in conſil. 200. nu. 9. lib. 2. 130. num. 10. eod. lib. 31. nu. 10. lib. 3. Bero. conſil. 49. nu. 12. 79. nu. 8. 99.

D nu. 9. lib. 2. Grat. conſil. 124. nu. 37. lib. 1. Card. Alban. ad Bartol. in l. 1. nu. 13. ff. de vulg. Riminald. ſenior in conſil. 455. nu. 32. D. meum Cephal. in conſil. 88. nu. 55. Franciſc. Becium in conſil. 89. nu. 22. Roland. à Valle in conſil. 59. nu. 10. lib. 3. & in conſilio pro Triuulijs. nu. 43. 44. 45. Nattam in conſil. 678. nu. 6. Burſat. in conſil. 51. nu. 25. Hippolytum Riminald. in conſil. 110. nu. 117. Celſ. Vgo. in cõſil. 20. nu. 55. Simon. Pretium, in conſil. 41. nu. 28. Hieron. Gabr. in conſil. 111. nu. 14. Plotum in conſil. 86. nu. 2. Hieron. Gigan. in conſil. 99. num. 18. Purpurat. in conſil. 299. nu. 153. nu. 2. D. meum Decian. in conſil. 2. nu. 24. lib. 2. Concilium Ticinenſe pro Triuulijs. n. 15.

Verùm his non obſtantibus, contrarium pronunciaui, nempe bona confiſcata ad D. Octauium pertinere. Mouit me in primis, quia hæc eſt certiſſima iuris propoſitio, cùm plures gradus ſubſtitutionum fiunt, & vnus deficit, bona reſtitutioni ſubiecta manere debere apud hæredem grauatum cum ſuo onere, vt videlicet ſequentibus ſubſtitutis ex ordine reſtituantur, vt in l. vnica, §.

pro

pro secundo, C. de caduc. toll. & declarat Barto. in l. quãdiu, in fine, & ibidem Aret. ff. de acq. hæred. Socin. iun. in consi. 181. num. 46. 47. lib. 2. Cum igitur substitutionum gradus defecerint, quia nullus ex hærede grauatus primogenitus natus erat, sequitur hæreditatem ad Dominum Octauium substitutum pertinuisse, eique à fisco, qui in locum hæredis grauati successerat, restituendam esse.

Nec obstat si dicatur, ut dicebat Alciat. in d. cons. 492. & post eum Menoch. in d. consi. 326. nume. 35. lib. 4. hæc sibi locum vindicare, cum substitutionis gradus deficit, quia non ualet tanquam caducus, vel in causa caduci, secus si sit nullus: quia pro non scripto habeatur, tunc enim apud hæredẽ bona manere debent sine onere, l. vnica, §. in primo, C. de cad. toll. ibi. *Nullo grauamine, nisi perraro in hoc, pro non scripto superueniente.*

Non, inquam, id obstat, quia hæc procedunt in legato particulari seu fideicommisso, secus in vniuersali, ut declarat Castrens. in d. l. vnica, §. His ita definitis, C. de caduc. toll. vbi dicit tex. *In his itaque, si quidem cohæredes sunt omnes coniunctim, vel omnes disiunctim, & vel instituti vel substituti, hoc quod fuerit quoquo modo vacuatum, si in parte hæreditatis vel partibus consistat aliis cohæredibus cum suo grauamine pro hæreditaria parte, etiam si iam defuncti sint, acquiratur.* Et text. in d. §. in primo, loquitur de legato particulari & fideicommisso.

Secundò in eam sententiam adductus fui, quia probabiliorem eorum esse opinionem existimaui, qui filiis non natis locum esse substituto docuerunt. Nam si testator vocauit substitutum, si filij nascerẽtur ex filio, & morerentur absque filiis, nulla est ratio, cur non etiam eum vocasse intelligatur, si filij non nascerentur, vt latè respõderunt Dec. in consi. 227 Soc. iun. in consi. 181. lib. 2. Berous in consi. 102. lib. 2. D. meus Decian. in consi. 1. lib. 1. & nouissimè Menoch. in consi. 432. lib. 5.

Ad argumenta in contrarium facile responderi põt. Nam quod attinet ad regulas illas; Omissum à testatore, &c. & conditionem implendam in forma, respondeo cum D. meo Deciano, d. consi. 1. nu. 138. & num. 145. esse eandem rationem in casu omisso; ac proinde idem esse statuendum, quod pluribus ille demonstrat argumentis, quibus non respondit Menoch. dicto consi. 326. num. 9. & nume. 11.

Ad autoritates in contrarium allatas, & simul ad clausulam. Tunc & eo casu, responsio patet ex Deciano, vbi sup. nu. 148. Et eam clausulam non obstare, nec impedire extensionem ad casum similem, responderunt Alba, in consi. 51. Rol. à Valle, in consi. 70. nu. 15. & 48. lib. 3. Marzarius, in consi. 1. Simon Pretus, de interpret. vlt. volunt. fol. 250. nu. 49. Hippol. Rimin. in consi. 21. nu. 55. Biretta, in consi. 27. nu. 17. & nu. 24. D. meus Ceph. in consil. 196. nu. 23. Colleg. Bononiense pro Triuultiis, nu. 18. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 3. ti. 14. nu. 10.

CAPVT XLVII.

Vtrum res restitutioni ex fideicommisso subiecta alienari possint ex causa restitutionis dotis vxori grauati.

CErtum est, res restitutioni subiectas ex fideicommisso, ex causa dotis vel donationis propter nuptias alienari posse, vt in Auth. Res quæ, C. commu. de leg. & fideicommissis, & in §. Quam ob rem, in Authen. de restit. & ea, quæ parit in nono mense. Sed controuersia est, si non de dote constituenda, vel donatione propter nuptias agatur, verum de ea restituenda, sit ne idem constituendũ. Vt exempli causa, si filius grauatus ex fideicommisso restituere, dotem uxoris acceperit, & dos ipsa repetatur soluto matrimonio, an ex rebus restitutioni subiectis dos soluenda sit, & puto non esse restituendam. Autores habeo Angelum in Commentariis d. Nouellæ, de restit. &

A ea quæ parit, &c. Iasonem in d. Auth. Res quæ, C. commun. de leg. & fideicommissis, nu. 29. Alciat. ad l. 1. nu. 65. ff. sol. matr. & in consi. 555. nu. 3. Socin. iuniorem in consil. 119. num. 7. lib. 2.

Fundamentum vero illud videtur mihi solidum, quia cum de dote constituenda agitur, filiæ restitutionis onere grauatæ, vel de donatione propter nuptias pro filio, qui similiter onere fideicommissi grauatus est, iustũ est, vt restituendi onus nõ impediat dotis & donationis propter nuptias constitutionem; quia pater, qui restitutionẽ iniunxit, dotem date filiæ suæ, & propter nuptias donationem pro filio suo constituere tenebatur, l. vlt. C. de dotis promiss. quamobrem in præiudicium dictæ dotis, & donationis, restitutionem iniungere non poterat. Sed excipere debebat tantum ex bonis, quantum ad dotem & donationem requirebatur. Hæc ratio locum non habet, cum de dote restituenda agitur, quam filius post mortem patris accepit; quia pater ad restituendam dotẽ non
B tenetur, nisi fuerit ei data & soluta, vel filio iussu patris, vel peculium habeat ipsius filij, l. si cum dotem, §. transgrediamur, ff. sol. matr. Et cum pater non teneatur, certum est, non teneri etiam eum, cui res restituendæ sunt. Consequenter, nihil proponitur cur ex his rebus quæ ad alium spectant iure fideicõmissi dotis restitutio fieri possit, aut eam ob causam res ad alium spectantes alienari. Neque enim iuris regulis est congruum, vt is, qui nec debitor est, nec debitoris hæres, onus dotis soluendæ cogatur sustinere.

Sed contrariam sententiam habuere Io. de Anania in consil. 61. Castrens. in consil. 80. lib. primo, Alexand. in cons. 67. nu. 4. lib. 4. & alij, quos refert & sequitur Couua. lib. 3. variar. resolutio. cap. 6. & post eum Menoch. in consil. 33. num. 27. lib. 1. quorum argumentis iam est respondendum.

Primum argumentum est ex §. Adierunt, in d. Nouella, de restit. & ea quæ parit, &c. vbi Imperator narrat cõ-
C trouersiam, quæ fuit inter mulierem & fratrem uiri defuncti, qui restituere debebat hæreditatem: *Moriente namque viro*, inquit, *vxor quidem & dotem exigebat, & donationis ante nuptias facta partem, seu propter nuptias, quam viri mors dabat: Defuncti vero frater aliunde vindicabat res, & patris proferebat voluntatem*, &c. Eius litis occasione illam condidit Nouellam, statuens dotem & donationem propter nuptias excipiendam esse, nec in restitutione comprehendi. Ex quo uidetur colligi, eã fuisse Imperatoris mentem, ut etiam dos restituenda uxori grauati, deduci ex rebus restitutioni subiectis posset.

Respondeo, Imperatorem nihil statuisse circa controuersiam inter fratrem defuncti & vxorem ortã: sic enim ait: *Sed hinc quidem data est negocio forma, quam bene habere putauimus*, &c. Postea constituit circa dotem & donationem propter nuptias, vt in §. Quamobrem, & nihil ibi de hac specie restitutionis dotis decernit. Quare argumentum ex ea Constitutione petitum, non est satis
D firmum.

Secundum argum. est ex §. Sancimus, eadem Nouella vbi Iustinianus ita dicit: *Sancimus itaque secundum hunc modum excipi modis omnibus ad restitutionẽ nuptialia documenta, & super his factas alienationes & hypothecas.*

Respondeo, excipi nuptialia documenta secundum modum ibi præscriptum; vt nimirum, si filia sit restitutionis onere grauata, dotem excipiat sibi debitã: si verò filius grauatus sit, excipiat propter nuptias donationem.

Tertium argumentum. Res restitutioni subiectæ, alienari possunt pro dote constituenda filiæ hæredis grauati. Ergo similiter alienari poterunt pro restituenda dote uxori eiusdem grauati.

Respondeo, negando consequentiam. Nam filiæ hæredis grauati, quæ testatoris est neptis, dotem ipse testator, idemque auus, date tenetur, l. qui liberos, ff. de ritu nupt. l. vlt. C. de dotis promiss. l. dotem dedit, ff. de collat. bonor. non tenetur autem vxori filij sui dotem restituere, vt supra diximus.

Quar-

Quartum ac postremum argumentum. Testator præsumitur velle hæredem suum facere id, quod ipse, si vixisset, facturus fuisset, l. cum seruus, ff. de cond. & demonstrat. ibi: *Nam quod ipse viuens facturus sit, ab hæredibus suis fieri sufficere intelligitur.* Sed si pater, hoc est, si testator, qui restitutionem iniunxit, uiueret, consentiret, vt bona sua pro restitutione dotis filij sui essent obligata, vel certè ad consentiendum posset compelli, l. si cum dotem, §. transgrediamur, & ibi Barto. nume. 6. ff. solu. matrim. Ergo, filius mortuo patre, si uxorem duxerit, & dotem acceperit, obligare & alienare bona restitutioni ex fideicommisso subiecta, vt dotem acceptam restituat, poterit.

Respondeo, negando assumptionem. Nam, quod pater viuens teneatur bona sua obligare pro restitutione dotis filio datæ, iure non probatur, & Bartoli doctrinam impugnant Alber. & Cumanus, in d. §. transgrediamur, & veram non esse fatetur Menochius, dicto consi. 33. Sic enim Bartolus argumentatur. Pater tenetur pro filio suo vxorem ducente, & dotem accipiente, donationem propter nuptias constituere, vt in l. vlt. C. de dotis promiss. Donatio autem propter nuptias pro cautione dotis fit: ergò vbi donatio propter nuptias non est in usu, tenetur pater pro cautione dotis, bona sua obligare nutui, loco donationis propter nuptias. Respondeo, negando consequentiam: potest enim alia cautio adhiberi pro dotis securitate, si dos conuertatur in emptionem prædiorum, quæ mulieri obligata sint, vel alio in loco tuto ponatur, aut aliter ab ipso filio, qui dotem accepit, caueatur.

CAPVT XLVIII.

Si bona restitutioni subiecta expressè prohibeantur à testatore alienari, ex causa dotis vel donationis propter nuptias, vtrum nihilominus eas ob caussas alienari possint.

RES restitutioni subiectas, etiam ex causa dotis uel donationis propter nuptias alienari non posse, cum testator expresse id uetuit, haud obscurè docuerunt Alexand. in consil. 56. nume. 3. lib. 1. & alij, quos refert & sequitur Couuar. lib. 3. variar. resolut. cap. 4. nume. 10. vers. tertiò, vt quibusdam uisum est. quorum illud est fundamentum, quòd cum expressa est facta à testatore prohibitio, ne alienatio fiat etiam ex caussa dotis uel donationis, tunc res est clara, nec dubitatio esse potest, num testator restitutionem iniungens, permiserit nec ne res alienari ob dictas causas. Huc accedat, quod pater legitima portione filijs relicta, in his, quæ vltra eam supersunt, liberè potest, quodcunque grauamen filiis iniungere, sicut extraneis posset: & ideo quemadmodum ex omnium consensu alienationem extraneis dictas ob causas prohibere potest; ita etiam & liberis poterit, nec tenetur pater legitima filijs constituta portione, eisdem, vel eorum liberis dotem relinquere.

Sed istis ego non assentior, & contrariam sententiam veriorem esse puto, quam secutus est Castrensis in consil. 80. lib. 1. Ias. in Auth. Res quæ, C. comm. de leg. col. vlt. Moueor ex Nouella de restitut. & ea quæ parit, &c. in §. Quamobrem, cuius hæc sunt verba: *Quamobrem præsentem ponimus legem, omnia quidem alia prioris a nobis positæ constitutionis rata manere volentes: hoc vero innouantes solummodo; vt si quis de cætero restitutionem fecerit suarum rerum: primum quidem seruet filio legitimam partẽ, non quartam: hoc enim emendauimus inopiam eius plurimam perpendentes, sed tertiam modis omnibus, aut mediã secundum filiorum numerum; deinde ex reliqua substantiæ parte, si non sufficerit legitima pars ad dotis aut antenuptialis donationis oblationem, honestè & secundum personarum qualitatem & merita, excipere etiam hoc ad restitutionem, secundum quod adiectum legitimæ parti dotem, aut*

A *antenuptialem facit donationem. Sancimus enim secundum hunc modum excipi modis omnibus ad restitutionẽ nuptialia documenta, & super his factas alienationes aut hypothecas, &, vel si grauata sit persona aut viri aut mulieris restitutione tali, liceat ei nuncupatam antenuptialem seu propter nuptias donationem offerre, nihil quantum in illis rebus restitutione valente, & si mulier restitutione grauetur, non impedimentum ad dotis oblationem fieri, &c.*

Ex his verbis patet primò, non idcirco bona restitutioni subiecta alienari posse ex caussa dotis, & donationis propter nuptias: quoniam generali fideicommisso ac generali restitutione iniuncta non uideatur, ex uoluntate testatoris contineri causa dotis, & donationis propter nuptias. Nam eiusmodi causæ tacitè uidentur esse exceptæ ab ipso testatore. Sed iccirco bona alienari possunt ob dictas causas, quia eas excipiendas esse lex mandat, & vult causam dotis, & donationis præferendam esse fideicommisso: *Ea enim quæ communiter omnibus prosunt, iis, quæ specialiter*
B *aliquibus vtilia sunt præponimus*, inquit Imperator in verbis sequentibus. Quamobrem, argumentum Alexan. corruit; quia licet ob prohibitionem expressam testatoris, clara sit eius voluntas, vt nec ex causa dotis & donationis res alienentur, tamen lex apertè statuit dotis causam & donationis excipiendam esse.

Secundo ex verbis supradictæ Nouellæ, quæ retulimus, manifestum euadit, testatorem nequaquam posse, etsi maximè velit, dotis causam & donationis, generali restitutione includere, sed eas causas cogitur excipere; *nihil in illis restitutione valente*, inquit tex. Consequenter argumentum Couuar. tollitur: Etsi enim pater legitimam filiis portionem relinquat; non tamen potest reliqua bona restitutioni subiicere, sed, præter legitimam, excipere debet, quantum præterea pro dote & donatione necessarium est: *Deinde ex reliqua substantiæ parte*, inquit tex. *si non sufficerit legitima pars ad dotis aut antenuptialis donationis oblationem; honestè, & secundum perso-*
C *narum qualitatem & merita excipere, etiam hoc ad restitutionem.* Quibus verbis patet, etiam legitima portione filiis relicta, adhuc tamen patri necessitatem incumbere tantum ex bonis suis de restitutionis onere excipiendi, quantum requiritur ad dotem, vel donationem pro dignitate constituendam; quod gratis negabat Couuar. loco annotato. Quare, maneat hæc conclusio, ex causa dotis & donationis propter nuptias, bona fideicommisso subiecta, alienari posse, non obstante testatoris prohibitione.

CAPVT XLIX.

Ex prohibitione alienationis ea clausula adiecta: Quia testator voluit bona conseruari in agnatione & familia, inducatur ne absolutum fideicõmissum, ac simplex; an verò in casu alienationis duntaxat.

D CElebris est controuersia, & olim, & nunc sæpè agitata: Testator prohibet aliqua bona alienari ab hærede, adiecta ratione, quia vult ea conseruari in familia, vtrum inducatur absolutum ac simplex fideicõmissum, an verò in casum alienationis tantum. Et hac de re tres sunt diuersæ Doctorum sententiæ. Vna fideicommissum absolutum ac simplex induci; altera non induci simplex absolutumque fideicommissum, sed in casum alienationis duntaxat. Tertia distinctionem esse adhibendam. Nam si prohibitio alienationis valeat, & non sit nudum testatoris præceptum, sed contemplatione certæ personæ vel causæ factum, tunc ex ea clausula adiecta, *Qui voluit*, &c. absolutum inducatur fideicommissum, vt puta, si testator alienationem prohibeat extra familiã: ex eo enim apparet eum rationem habuisse familiæ suæ, vt bona transirent ad suos. Si verò nudum sit præceptum, & non ualeat, tunc ex clausula subsequente, *Qui vo-*

A *voluit*, &c. fideicommissum inducatur in casum alienationis duntaxat. Autores singularum opinionum recẽsere supersedeo. Vide Cacheranum decis. Senatus Pedemontani, 50. aliàs, 49. Dominum meum Cephalum in consi. 27. num. 22. lib. 1. Hippol. Riminal. in consil. 147. in primo dub. lib. 2. Menoch. in consi. 85. nume. 103. & 104. lib. 1. Bolognetum in consi. 15. nu. 54. Bursatum in consi. 156. nu. 35. & nu. 62. & consi. 195. num. 5. lib. 2. Franc. Veginm in consi. 66. nume. 10. & consil. 74. à nume. 326. vsque ad numero 503. & nouissimè Petrum Anton. Petram, in commentarijs de fideicommissis ex prohibitione alienationis.

Primæ opinionis fundamentum est, quia fideicommissum inducitur quibuscunque verbis, si modo ex eis voluntas testatoris colligatur, vt in l. pen. de leg. 1. l. cum proponeretur, de leg. 2. l. cum virum, C. de fideicommiss. l. Pamphilo, de leg. 3. l. fideicommissa, §. hæc uerba, eo. ti. l. Codicillis, §. Matre, de leg. 2. cum aliis simil. Sed ex uerbis illis,
B quibus testator declarat se uelle, vt bona conseruentur in agnatione & familia, voluntas testantis colligitur: neque enim bona conseruari possunt in familia, nisi fideicommissum inducatur, per quod ad eos, qui sunt in familia, perueniant; ergo fideicommissum simplex & absolutum inducitur tam in casu mortis, quàm alienationis.

Secundæ opinionis fundamentum est; quia prohibitio alienationis facta sine causa, non valet, l. filiusfam. §. Diui, de leg. 1. Ideo vt valeat, illa clausula adijcitur à testatore; quia vult bona sua in familia conseruari, &c. Consequenter, talis clausula hoc tantum operatur, vt prohibitio valeat: & si res alienentur, actio illis competat, qui sunt in familia, non autem simplex & absolutum fideicommissum inducatur.

Confirmatur hoc ex l. peto, §. fratre, de leg. 2. vbi text. ita dicit: *Fratre harede instituto, petiit ne domus alienaretur, sed vt in familia relinqueretur. Si non paruerit hæres voluntati, sed domum alienauerit, vel extere herede in-*
C *stituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt.*

Ergo, si hæres non alienauerit, vel hæredem extraneũ non instituerit, fideicommisso locus non erit. Consequẽter, in casu alienationis tantum, inducitur fideicommissum, non etiam in casu mortis.

Tertiæ opinionis fundamentum illud est; quia cum prohibitio nuda est, & non valet absque illa caussa adiecta, tunc caussa, quæ adijcitur, robur illi affert, vt valeat; & ideo non potest alium præterea effectum producere, & sic fideicommissum inducere. Sed cum prohibitio per se valet, tunc ne caussa illa adiecta; *Quia vult bona conseruari in familia*, &c. Frustrà adiecta esse videatur, & prorsus superflua existat, inducit simplex absolutumque fideicommissum.

Ego sanè in priorem sententiam longè sum procliuior. Nam testator alienationem prohibens, & illam caussam adijciens duo facit; primum alienationem ipsam confir-
D mat, & validam efficit, deinde declarat suam voluntatẽ, nempe, eam esse, vt bona in familia conseruentur; Si testator simpliciter dicat, se velle, vt bona sua in familia conseruentur, vel familiæ bona relinquat, nemini dubium esse potest, quin fideicommissum inducatur inter illos, qui sunt in familia. Cur ergò non idem sit dicendum in proposita facti specie? Nonne hic est verborum testatoris sensus clarus, manifestus? At hoc testator dixit, vt validam efficeret prohibitionem. Quid tum? valida fiet illis verbis prohibitio, sed & præterea, nihil vetat fideicommissum induci. Neque enim aut verborum natura, aut legis constitutio impedimento esse potest testatori, quò minus eodem tempore, duo hæc disponat; prohibeat bona alienari, & simul fideicommissum inter eos, qui in familia sunt inducat. Quare illud argumentum videtur mihi non esse admodum forte, quo dicebatur eam clausulam efficere, vt ualeat prohibitio, & ideo non efficere, vt fideicommissum inducatur. Hanc nego sequelam, potest enim utrunque facere. Si verba utrum-

A que importent, & lex non prohibeat. At nulla lex prohibet, & verba manifestè habent illum sensum; ergò nihil proponitur, cur fideicommissum non inducatur simplex & absolutum.

Ad textum in l. peto, §. fratre, respondeo, non posse ita sumi argumentum à contrario sensu, quia in ea facti specie, si frater non instituisset hæredem extraneum, sed instituisset eos hæredes, qui erant in familia, nulla fuisset ratio dubitandi, quin ad eos, qui erant in familia, bona pertinuissent. Similiter etiam, si intestatus decessisset, sine dubio tunc successissent, qui erant in familia. Ratio dubitandi, & quæstionem proponendi erat eo in casu, quo extraneum hæredem institueret, & Iurisconsultus respondit, eos, qui in familia sunt, fideicommissum petituros. Quare, in ea specie non ea ualet argumentatio. Ergo, si extraneum non fecisset hæredem, non esset locus fideicommisso; quin immò locus esset, multò magis, & citra ullam dubitationem, si eos, qui in familia
B erant, ex testamento, uel ab intestato hæredes reliquisset; sed de eo casu non est locutus Iurisconsultus, quia nulla fuisset dubitatio, nulla quæstio accidere potuisset, nullum enim aduersarium habuissent illi, qui in familia erant. Nam testator mandauit fundum in familia relinqui, & hæres illum reliquisset.

CAPVT L.

Vtrum ex prohibitione alienationis à testatore facta, fideicommisso bona subijciente, agnatis ex fideicommisso vocatis, actio competat contra fiscum, in quem bona ob grauati delictum translata sunt, non expectata morte naturali ipsius grauati.

TEstator bona fideicommisso subiecit in fauorem agnatorum, eaque alienari prohibuit: Hæres delictum perpetrauit, propter quod
C confiscata sunt bona; utrum agnatis statim antequam hæres grauatus moriatur, liceat bona à fisco vindicare, non est eadem omnium sententia. Etenim, ante grauati delinquentis mortem uindicare non posse, responderunt Paulus Castren. Alciatus, & Ruinus, ad l. filiusfamilias, §. diui, de leg. 1. vbi testantur eiusdem sententiæ Oldradum fuisse, in consil. 17. & Roman. in l. si constante, §. vlt. ff solu. matrim. & idem Alciatus hanc sententiam communem esse dicit, in consil. 783. num. 1.

Argumenta uerò sunt ista. Primum est ex d. l. filiusfam. §. Diui, de leg. 1. vbi Martianus ait prohibitionem alienationis à testatore factam, cõtemplatione certæ personæ, validam esse, sed eam neque creditoribus, neque fisco frandi esse: *Quod si* (inquit tex.) *liberis aut posteris, aut libertis, aut haredibus, aut aliis quibusdam personis consulentes, eiusmodi voluntatem significarent, eam seruandam esse: sed hac neque creditoribus, neque fisco frau-*
D *di esse.*

Nec ualet expositio Accursij secundum Alciatum, illa verba, *neque fisco fraudi esse*, referentis ad causam tributorum, vel aliam, ob quam fiscus esset creditor, quia sub illis uerbis, *neque creditoribus*, omnes creditores continebantur, tam ex caussa onerosa, quàm etiam lucratiua, l. creditores, ff. de verborum signif. consequenter illa verba, *neque fisco fraudi esse*, alium sensum habere debent, vt nempe, nullum fiat præiudicium fisco, si alienare prohibitus, delictum commiserit, propter quod bona publicata fuerint.

Secundum argumentum est ex l. peto, §. prædium, de leg. 2. in illis verbis: *Si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona haredis veneant, tamdiu retinere emptor debet, quamdiu venditor haberet bonis non venditis*, &c. Cùm autem bona publicantur ob delictum, sine dubio voluntaria non est alienatio, sed necessaria; quia lex confiscari mandat, ergo non statim bona vindicari possunt, sed mors grauati expectanda est.

Ter-

Tertium argumentum eſt; quia licet bona extra certum genus perſonarum alienari prohibeantur, legitimus tamen ſucceſſor etiam extraneus illa conſequi poteſt, l. cum pater, §. cum inter, de leg. 2. Ergo & fiſcus, qui eſt legitimus ſucceſſor eiuſmodi bona grauati obtinebit, non obſtante prohibitione: nec enim alienationis prohibitio de illa intelligi poteſt, quæ à lege fit, argum. l. 2. ff. de rebus eorum, &c.

Poſtremum argumentũ eſt; quia vbi ſimpliciter ſunt bona reſtitutioni ſubiecta, tacitè ineſt alienationis prohibitio, Auth. Res quæ, C. commun. de legat. & tamen ob delictum grauati confiſcantur, & donec hæres grauatus viuit, apud fiſcum manere debẽt, l. cum pater, §. hæreditatem, de leg. 2. l. Statius, §. Cornelio Felici, ff. de iure fiſci. Ergo idem reſpondendum eſt, vbi expreſſa eſt alienationis prohibitio.

Sed contraria ſententia frequentioribus Doctorum ſuffragijs recepta eſt, nempe, ſtatim bona vindicari poſſe. Ita docuerunt Bartol. ad l. Imperator, ff. de fideicõmiſſ. libert. Alexand. in conſil. 23. lib. 1. Ruin. in conſil. 23. lib. 5. Cepola in conſil. 58. Decius in conſil. 442. Iaſon in d. l. filiusfam. §. Diui, in 2. lect. num. 19. de leg. 1. Berous quæſt. 41. num. 5. 6. Riminald. ſenior in conſil. 243. lib. 2. Socin. iunior, in conſil. 77. num. 15. lib. 2. & 49. lib. 3. Curtius iunior, in conſil. 120. Grammatic. deciſ. 105. num. 31. Roland. in conſil. 30. num. 11. lib. 2. Clarus, §. fi. quæſt. 78. verſic. item quæro. Plotus in conſ. 83. num. 96. Alba, in conſil. ſeptimo, num. decimoſeptimo, Marcabrunus in conſil. 83. nume. 169. Boſſius, qui dicit eam in praxi obſeruari, titu. de bonorum publicat. nume. 42.

Solet autem pro huius ſententiæ confirmatione adferri text. in l. Imperator, ff. de fideicommiſſ. libert. vbi, cũ Firmius Mutiano aliàs Titiano tragœdos tres legaſſet, & adieciſſet, *quos tibi commendo, ne cui alij ſeruiant, publicatis bonis Titiani reſcriptum eſt, debere eos publicè manumitti*. Sed non videtur mihi hanc ſententiam euincere, quandoquidem de libertate loquitur. Quæſtio autem propoſita de fideicommiſſo pecuniario. Libertas verò facilius & properantius præſtatur, quàm, fideicõmiſſum pecuniarium, quod vel ex eo patet, quia etiamſi non voluntaria fit alienatio ſerui, libertas tamen competit, vt in l. rogo, ff. de fideicommiſſ. libert. ſecus autem in fideicõmiſſo pecuniario; quia, ſi non voluntaria fit alienatio, vindicari non poſſunt bona ante mortem grauati, vt in d. l. peto, §. prædium, de leg. 2. & declarat optimè Cuiacius lib. 15. Obſeru. cap. 5.

Probatur ergo ſententia communis eo argumento, quod cum bona alienari prohibentur, vt in familia relinquantur, ſi hæres non obedierit voluntati teſtatoris, & ſic alienauerit, omnes, qui ſunt in familia fideicõmiſſum petent, vt in d. l. peto, §. fratre, de leg. 2. Quo in loco notandum eſt, hæredem non parere voluntati teſtatoris, ſi alienauerit, vel extero hærede inſtituto deceſſerit, vt ibi dicitur; quod ſi bona hæredis veneant, & ſic neceſſaria ſit alienatio ad ſoluendum æs alienum, aliter eſt conſtitutum, vt in §. prædium, quia non ipſe hæres dicitur alienare, ſed creditores ſunt in cauſa, vt res alienentur. Igitur eſt videndum, an, cum hæres delictum committit, cui pœna confiſcationis eſt conſtituta, dicatur alienatio voluntaria, necne: & puto voluntariam eſſe, quia delictum eſt voluntarium, ob quod ipſe videtur pœnæ ſe ſubijcere, argum. l. Imperatores, ff. de iure fiſci, ibi: *Ipſe te huic pœnæ ſubdidiſti*, &c.

Alia ratio eſt illius, cuius bona vendantur à creditoribus. Nam cum æs alienum contraheretur, non erat illa neceſſitas, res fideicommiſſo ſubiectas alienandi; aliunde enim ſperabat ſe creditoribus ſatisfacturum; ſed delicto commiſſo in conſequentiam venit pœna confiſcationis, vt proinde hæres alienare prohibitus, delinquendo cauſam ipſemet alienationi dediſſe intelligatur.

Nec difficile eſt ad argumenta contrariæ ſententię reſpondere. Nam quod attinet ad textum in d. l. filiusfam.

A §. Diui, de leg. 1. verus ſenſus illorũ verborũ, *neque fiſco fraudi eſſe*, ille eſt, vt intelligantur de viceſima, quæ fiſco ſoluebatur pro hæreditatibus & legatis. Ne ſcilicet prohibitio alienationis impedimento eſſe videatur, quominus fiſcus viceſimam conſequatur. Nnn enim debet illa prohibitio fiſco nocere, vt declarat optimè Cuiacius lib. 9. Obſeru. c. 24.

Ad tex. in d. l. peto, §. prædium, reſpondeo, alienationem, quæ ob delictum fit, eſſe potius voluntariam Nam licet delicto perpetrato, neceſſario fiat confiſcatio l. ita diſponente, delictum tamen, quod eſt cauſſa eius, voluntarium eſt.

Ad text. in l. cum pater, §. cum inter, reſpondetur, illum loqui de legitimo ſucceſſore, qui ab inteſtato ſuccedit ei, qui duntaxat prohibitus erat alienare; alia ratio eſt in fiſco; etſi enim ſit legitimus ſucceſſor, non tamen id præiudicare debet fideicommiſſario, qui uocatus eſt; quia teſtator bona uetuit alienari, & conſequenter etiã
B confiſcari. Et ſi ualeret illa ratio de legitimo ſucceſſore, idem reſpondendum eſſet in qualibet alienatione facta ab hærede ex iuſta cauſa, nempe, uenditionis, uel donationis. Nam emptor quoque eſt legitimus ſucceſſor & donatarius.

Ad ultimum argumentum reſpondeo, diuerſam eſſe rationem ac diſcrimen latum inter fideicommiſſum ſimplex, & fideicommiſſum cum prohibitione alienationis. Cum enim res alienari prohibentur expreſſè, ea uidetur eſſe uoluntas teſtatoris, ut ſi alienentur, & ſic hæres non obediat eius præcẽpto, tunc bona uindicari poſſunt ab eis, qui ex fideicommiſſo uocantur, ut in d. l. peto, §. fratre, de leg. 2. Vt ubi ſimplex fideicommiſſum ordinatur, tunc niſi purum ſit, mors grauati, uel conditio adiecta expectanda eſt; & tunc alienatio in irritum deducitur, & bona vindicari poſſunt, vt in l. penult. §. fin autem ſub conditione, C. commun. de leg. & hoc modo accipiendum eſt, quod dicitur bona reſtitutioni ſubie-
C cta alienari non poſſe. Neque enim effectu, & ut ſic dixerim, irreuocabiliter alienari poſſunt. Nam veniente die vel conditione, alienatio reuocatur, & bona vindicantur, antea verò non, vt in d. §. fin autem ſub conditione.

CAPVT LI.

Filij in conditione poſiti an cenſeantur vocati.

NObilis eſt controuerſia, quam nunc tractare aggredior, a nnquorum ac rẽcentiorum commentarijs illuſtrata, præcipuè uerò duorum noſtra tempeſtate præſtantiſſimorum Iuriſconſ. Franciſci Manticæ, de coniect. vlt. volunt. lib. vndecimo, titu. 2. & 3. & Iacobi Menochij de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 76. Non ego actua-
D rium agam, autores omnes, & omnium dicta deſcribẽs, notiora ſunt enim hæc, quàm vt mea indigeant elucidatione. Quid ipſe ſentiam paucis explicabo. Sententiæ meæ firmamentum pro viribus tuebor aduerſus impugnationes, & demum contrariæ ſententiæ argumenta confutabo.

Si igitur ex facto proponatur quempiam hæredi inſtituto onus adiunxiſſe, vt hæreditatem alteri reſtituat, ſi abſque liberis deceſſerit, ita interpretor hanc teſtatoris diſpoſitionem, ut tacitè voluerit hæredis filios ad ſucceſſionem vocare, ac in eorum gratiam & fauorem, vt ipſis ſcilicet hæreditas obueniret conditionem illam aducere, atque adeò ipſos in conditione poſitos filios uocatos uideri. Pro confirmatione autem huius ſententiæ argumento utor ex l. Lucius, 2. ff. de hæred. inſtit. vbi Scæuola de hac ipſa facti ſpecie uerba faciens, ſcribit in hæc uerba: *Nam prudens teſtatoris conſilium animaduertitur qui non ſolum fratrem ſuum prætulit ſubſtitutis, verum etiam eius liberos.*

His verbis Scæuola respondit, etiam liberos prælatos fuisse substituto; at si vocati non essent, non possent videri esse prælati. Ergò sunt vocati, & quidē ante substitutum.

Respondent contrariæ sententiæ autores multis modis: & primò, liberos prælatos censeri non ex testamento, tanquam vocatos ab ipso testatore, sed ab intestato tacitè.

Non rectè. Nam, aut hoc intelligitur, vt ab intestato succedant parenti suo, aut testatori. Non primum; quia oporteret in ea facti specie patrem adiuisse hæreditatem, quia hæreditas non adita non transmittitur, l. vnica, §. in nouissimo, C. de caduc. tollend. quod tamen non fit, quia textus ita dicit: *Quos eo amplius noluit hæredes esse, si frater priusquam hæreditatem adierit, liberis relictis decesserit.* Non secundum, quia oporteret filios natos esse, aut conceptos tempore mortis testatoris: neque enim post mortem concepti succedere possunt, l. Titius, ff. de suis & legitim. hæred. qua de re ibi Scæuola nullū verbum.

Secundò respondent in d. l. Lucius, non illud quæri, an filij in conditione positi censeantur vocati; sed an substitutum excludant, & ideo dum textus dicit: *Nam prudens consilium testatoris animaduertitur*, &c. non hoc vult, vt filij admittantur ad successionem; iam enim frater testatoris adiuerat hæreditatem, sed vult, vt substitutum excludant.

Non est solida responsio, quia Iurisconsulti verba faciunt, vt non solùm colligamus substitutum excludi; sed etiam filios vocari. Nam si tantùm deberent filij substitutum excludere, alijs verbis vtendum erat, quàm eis, quibus Iurisconsultus est vsus. Cùm dixit; testatorem prætulisse substituto fratris liberos; Hic enim est sensus, vt magis ipsos liberos, quàm substitutum hæreditatem obtinere testator voluerit, quæ res facit, vt & substitutus excludatur, & liberi admittantur ad successionem ex voluntate defuncti, ac proinde, vt vocati esse dicantur.

Tertiò respondent in ea specie, de qua Scæuola respondit, substitutionem vulgarem factam fuisse sub illa conditione: Si frater hæres ante aditam hæreditatem prius decessisset, quàm filium, filiamve habuisset. Quam obrem in ea specie liberi non sunt in conditione positi fauore fratris hæredis. Nam etsi ante aditam hæreditatem liberis extantibus decessisset, non potuisset de ea disponere; & ideo necesse est affirmare filios ibi vocatos fuisse; At non rectè infertur ad fideicommissariam substitutionem generaliter, vt in quæstione proposita, alicui factam, si absque liberis moriatur, vt hæreditatem alteri restituat, tunc enim non illa vrgebit ratio, vt filij intelligantur vocati.

Non obstat hæc responsio; quia etiam in d. l. Lucius. Filij sunt in conditione positi fauore hæredis, quem fauorem considerat Iurisconsultus. Poterat enim in ea specie obijci, substitutos admittendos esse, quia testator eos vocauit eueniente vna ex tribus cōditionibus; Euenerat autem vltima, quia ante aditam hæreditatem hæres liberos non habebat. Contra ait Iurisconsultus: *Quia prudens testatoris consiliū animaduertitur.* Si enim fratre mortuo, superstitibus liberis, ipsos liberos substitutis prætulit, multo magis credendū est voluisse ipsum præferre hæredem fratrem ita, vt ipse adeundo hæreditatem substitutos excluderet.

Nunc argumenta contrariæ opinionis diluenda sunt. Primum ex l. 1. C. de pactis, vbi patet liberos Philini in conditione positos reuocare non posse sextantem hæreditatis Frontini datum, & tamē illum reuocare possent, si ex fideicommisso tacitè vocati essent.

Omissis aliorū responsionibus, respondeo, nō illud in ea lege quæri, an sextans reuocari possit à filijs in conditione positis, eo nomine, quod ipsi ad hæreditatem ex fideicōmisso tacitè vocati essent; sed illud quæritur; vtrū pactio iniqua fuerit, & ideò rescindenda, cum Philinus liberos reliquerit, atque ita fideicōmissi conditio euanuerit, & respondetur iniquā non fuisse pactionem; quia incertum erat eo tempore, quo inita fuit, vtrū suscepturus esset Philinus, liberos necne. Verba legis hæc sunt: *Conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conuentione finitum est. Cùm igitur verbis fideicommissi petitum à patre tuo profitearis, vt si vita sine liberis decederet, hæreditatem Licinio Frontini restitueret, pactū eo tempore de sextante Licinio Frontini dando cum liberos Philinus non sustulerat, interpositum non idcirco potest iniquum videri, quod facta sicut placuit diuisione diem suum eo filio eius superstite defunctus est.*

Vtrum filius tanquam vocatus ex fideicōmisso alienatum sextantē reuocare potuerit non hic discutitur; quia multa potuissent adferri cur nō posset, etiā si vocatus censeretur. Etenim & pater suus quartam detrahere potuisset, & ipse tanquā hæres patris eius factū impugnare non potuisset: sed hoc non decidit ibi Imperator, sed pactum iniquū non videri; quasi ex falsa causa factū; quia filius erat superstes, & sic fideicōmissi conditio defecerat. Sed quia incertum erat, an conditio euentura esset, ideo dicit Imperator non iniquum esse illud pactum.

Secundum argumentum est ex eo, quod dicitur, quæ sunt in conditione, non sunt in dispositione, l. si quis sub conditione, ff. si quis omissa causa testamēti. Respondeo, hæc esse dissimilia; Nam si quis sub conditione dandorū decem, alicui hæres fuerit institutus, in potestate habet non dare, & ille non est legatarius; & ideo nihil petere potest, vt ibi dicitur; sed hic filij sunt in conditione positi, quos excludere non potest hæres, si nascantur, quia ipsi sunt à testatore vocati tacitè, vt substituto præferantur.

Tertium argumentum est ex l. ex facto, §. ex facto, ff. ad Trebell. vbi Vlpian. *Ex facto tractatum memini. Rogauerat quædam mulier filium suum, vt si sine liberis decessisset, restitueret hæreditatem patri suo. Is postea deportatus in insulam liberos susceperat; Quærebatur igitur an fideicommissi conditio defecisset. Nos igitur hoc dicimus, conceptos quidem ante deportationem, licet postea edantur, efficere, vt conditio efficiat. post deportationem verò susceptos, quasi ab alio, non prodesse. Maximè cùm etiam bona cum sua quodammodo causa fisco sint vindicanda.*

Respondeo, nihil ad rem nostram pertinere, sententia enim legis est, filios natos, vel conceptos ante deportationem efficere, vt conditio fideicommissi deficiat: natos autem & simul conceptos post deportationem id non efficere, sed expectandam tamen esse mortem grauati: & interim bona fisco vindicanda cum sua causa, vt scilicet post mortem grauati ea restituat patri, si conditio euenerit. Vtrum autem eiusmodi filij censeantur vocati necne, non decidit eo loco Iurisconsultus.

Quartum argumentum est ex l. generaliter, C. de institut. & substit. in vers. *Cur enim ferendus est intellectus, si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit propter huiusmodi verborum angustias liberos eius omni pene fructu paterno defraudari?*

Respondeo, bona ibi fideicommisso subiecta fructum paternum appellari, quia prius relicta sunt patri, & eius contemplatione tacitè etiam relicta filijs in conditione positis, argument. l. sed si plures, §. in arrogato, ff. de vulg. Et quia bona semel patris fuerunt cùm hæreditatem adiuit, iuxta l. 1. §. veteres, ff. de acquir. possess. non autem eam ob causam, quod filius ea videatur à patre habere, & non ab auo.

Quintum argumentum est ex l. potest, cum lege sequenti, ff. de vulg. ait textus: *Vel singulis liberis, vel ei, qui nouissimus morietur hæres substitui potest. Singulis, si neminem eorū intestatum decedere velit. Nouissimo, si ius legitimarum hæreditatum integrū inter eos custodiri velit.* Respondeo, nullum verbum hic de filijs in conditione positis nullumque argumentum, an censeantur vocati necne, sumi potest. Quid enim cum filijs in conditione positus commune habet, quod pater velit filios sibi inuicem

nicem succedere, & tandem eorum nouissimè morienti alium substituerit?

Sextum argumentum est ex l. filiusfam. §. cum quis, de leg. t. Martianus: *Cum quis rogatus erit, si sine liberis decesserit, per fideicommissum restituere, conditio defecisse videbitur, si patri superuixerint liberi, nec quaeretur, an haeredes extiterint.* Respondeo, non ibi illud decidi, filios ita in conditione positos vocatos non esse à testatore, sed hoc deciditur, siue sint hæredes patri suo, siue nō sint, efficere, vt deficiat condirio, quia sufficit eos existere, post mortem patris, nec illud etiam requiritur, vt sint hæredes.

Septimum argumentum est ex l. si quis eum, §. vlt. ff. de vulg. Pomponius: *Sed si secundum testamentum ipsa fecerit pater, vt sibi haeredem instituat; si viuo se filius decedat, potest dici non rumpi superius testamentum, quia secundum non valet, in quo filius praeteritus fit.*

Quibus verbis patet, filium, qui positus fuit in conditione non censeri institutum hæredem. Respondeo, textum loqui de institutione directa; illa enim, non præsumitur, l. t. ff. si Tab. testam. extabunt. l. iubemus, C. de testam. l. hæredes palam, ff. eo. tit. nos verò agimus de fideicommisso, quod tacitè inducitur ex coniecturis, l. cum proponebatur, de legat. 2. cum similibus.

Octauum argumentum est ex l. si quis ita hæres instituatur, 82. ff. de hæred. instit. Scæuola: *Si quis ita haeres institutus, si legitimus haeres vindicare nolit haereditatem meam, puto deficere conditionem illo vindicante.*

Quibus uerbis non censetur hæres institutus legitimus hæres, vt ibi Glos. notat. Respondeo, argumentum procedere in directa institutione, quæ ex coniecturis nō inducitur, vt suprà in præcedenti dictum est.

Postremum argumentum. Hæc conditio, si decesserit sine liberis, adijcitur à testatore ad liberandum hæredem ab onere fideicommissi, & ad extinguendum ipsum fideicommissum, ergo si grauatus hæres decedat liberis relictis, illa conditio inducere non debet aliud fideicommissum in fauorem liberorum; quia inducta ad vnum effectum, non debent eius contrarium operari, l. legata inutiliter, de leg. t. Et quod fauore inductum est, non debet in odium retorqueri, l. quod fauore, C. de legibus. Respondeo, non constare an illa conditio fuerit adiecta ob merum commodum & fauorem grauati; dicimus enim adiectam fuisse ad excludendum substitutum, & ad ipsos liberos inuitandos ad successionem, quæ res aliquo pacto fauorem continet grauati; quia non extraneo substituto hæreditatem restituit, sed filijs suis, quod commune est parentum votum, l. scripto, ff. vnde liberi.

CAPVT LII.

Vtrum filij naturales in conditione positi, faciant deficere conditionem fideicommissi.

PErperam hæc res, cum sit iure nostro clatè definita, in controuersiam reuocatur. Autores multi sunt, naturales filios, vt conditio deficiat fideicōmissi, non prodesse. Multi contrà prodesse volunt; distinctione alij vtuntur, vt latè ac diligenter refert explicatque Iacobus Menochius de præsumpt. libro 4. præsumpt. 78. Cum tamen lex aperta sit totam hanc disputationem dirimens, hoc modo, ut filii quidem naturales, qui in seruitute nati sunt, in figura tamen matrimonii faciant conditionē, qua de agitur, deficere, quia creditur & naturales liberos, idest, in seruitute susceptos, appellatione filiorum contineri, vt in l. Lucius, 90. §. vlt. de leg. 2. Cæteri vero filii naturales, non ex legitimo scilicet matrimonio suscepti, vtrum efficiant, vt conditio deficiat, voluntatis esse quæstionem; & hoc ex dignitate, & voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommisit, accipiendum esse, quam sententiam se amplexum fuisse Menochius vbi

A suprà testatur, & verissima est. En legem claram t Vlpianus in l. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebell. *Si quis rogatus fuerit, vt si sine liberis decesserit, restituat haereditatem. Papinianus libro 8. Responsorum scribit, etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio, & in libertino eodemque colliberto hac scribit. Mihi autem, quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quaestio videtur esse, de quibus liberis testator senserit: sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommisit, accipiendum erit.*

Vides Vlpianum secutum esse Papiniani sententiam, quantum ad naturales liberos, qui in seruitute nascuntur, de quibus intelliguntur verba illa: *Et in libertino eodemque colliberto*, &c. In aliis autem naturalibus filiis nō ita simpliciter sententiam Papiniani amplexum, sed voluntatis quæstionem esse dicit, & ex dignitate, ac voluntate, &c. accipiendum id esse.

Sed respondet Valentinus Forsterius hanc quæstio- B nem tractans in Commentariis de Successionibus ab intestato, pag. 160. Cum Vlpianus à Papiniano discrepet, præferendam esse Papiniani sententiam ex Theodosii Constitutione, & Valentiniani ad Senatum Vrbis, quæ Codici Theodosiano inserta est, & cuius verba refert illa inter cætera: *Vbi autem diuersa sententia proferuntur, potius numerus vincat autorum: vel si numerus aequalis sit, eius partis praecedat autoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui vt singulos vincit, ita cedit duobus.*

Sed meminisse oportebat doctissimum virum, eas leges ad causarum decisionem adferri non posse, quæ in Iustinianæo Codice non continentur, l. t. §. hunc igitur, C. de nouo Codice Iustin. confirmando; Aliter statuisse ipsum Iustinianum in l. t. C. de veteri iure enucleando: *Sed neque ex multitudine autorum*, inquit, *quod melius, & aequius est iudicatote; Cùm possit vnius forsitan, & deterioris sententia, & multos & maiores aliqua in parte su-* C *perare. Et ideo ea, quae antea in notis Aemilii Papiniani ex Vlpiano & Paulo, necnon & Martiano adscripta sunt, quae antea nullam vim propter honorem splendidissimi Papiniani obtinebant, non statim respuere, sed si quid ex his ad repletionem Summi ingenii Papiniani laborum vel interpretationum necessarium esse perspexeritis; & hoc ponere legis vicem obtinens non moremini: vt omnes qui relati fuerint in hunc Codicem prudentissimi viri habeant autoritatem, tanquam si eorum studia ex Principalibus Constitutionib. profecta, & à nostro diuino fuerint ore profusa.*

Porrò quæ sint voluntatis coniecturæ, & quæ ex dignitate, & conditione eius, qui fideicommisit, iure peti possint, diligenter prosequitur annotato in loco Menochius, qui erit hac in re meritò consulendus, nos enim controuersias duntaxat tractandas hic suscepimus.

CAPVT LIII.

D *Filij naturales Principis Rescripto legitimati in conditione positi, an excludant substitutum.*



Ontrouertitur quoq; an filii naturales, Principis Rescripto legitimati, in conditione positi substitutum excludant, & negant Ioan. Calderin. in consilio secundo, titu. Qui filii sint legitimi, Bald. ad l. Lucius, 2. ff. de hæred. instit. Salycet. in l. generaliter, §. cum autem, C. de institut. & substitut. Imola in l. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebellian. Fulgosius in consilio 62. numero 3. Barbatia in consilio 27. colum. 19. libro secundo, Iason in l. si is qui pro emptore, numero 263. ff. de vsucap. Decius in consiliō 284. numero 12. alios refert Alexander ad l. generaliter, §. cum autem, C. de institut. & substit. nu. 2. & in cons. 25. nu. 2. & 67. nu. 5. & 94. nu. 3. lib. t.

Quibus adstipulantur hæc argumenta. Primum, quia filium definimus, qui ex viro, & vxore nascitur, l. filium definimus, ff. de his qui sui, vel alieni iuris sunt. Sed le-

gitimatus non nascitur ex viro, & vxore, ergò non dicitur filius, consequenter non excludit substitutum.

Secundum argumentum. Legitimatus non est propriè legitimus, sed ex quadam fictione, §. filium verò, ibi. *Velut ex quadam machinatione*. in Auth. Quibus mod. nat. eff. sui, & § generaliter, ibi: *Sine per quandam aliam machinationem*, eod. tit. Ergò de illo non possunt intelligi verba testatoris, quibus dicitur: *Si decesseris absque filijs legitimis, & naturalibus*, &c. Verba enim propriè accipienda sunt, non autem secundum eiusmodi fictionē, & machinationem, argum. l. vlt. C. de his qui veniam ætatis impetrauerunt.

Tertium argumētum est, quia legitimatus non succedit in feudo, ne præiudicium fiat agnatis, & alijs legitimis successoribus vt in c. 1. §. naturales, si de feudo fuerit cōtrouer. inter vasallū & agnatos. Ergò nec succedere debet in hæreditate, ne substitutis alijs præiudiciū inferat.

Cæterùm, affirmant alij magis communiter Doctores, vt videre licet ex Iacobo Menochio de præsumpt. libro 4. præsumpt. 79. & in cons. 166. nu. 20. lib. 3. ex Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 11. tit. 10.

Fundamentum est; quia legitimatus est verè & propriè legitimus, vt in Authen. quib. mod. nat. eff. sui, ibi: *Legitimi fierent*. Et rursus ibi: *Ex naturalibus ad legitimos eleuare*. Et in §. reliqui. ibi: *Semel enim eos efficientes legitimos*. Et in §. si quis ergo filios, ibi: *Ad legitimum ius filios educere naturales*, &c. Et ibi: *Qui vult naturales suos filios restituere naturæ, & antiquæ ingenuitati, & iuri legitimo*. Immò nihil differunt à legitimis, ut in §. sit igitur licentia, ibi: *Nihil à legitimis differentes*, quib. mod. nat. eff. legit. & in §. & quoniam uariè, quib. mod. na. eff. sui, ibi: *Nihil dissimiles legitimis*, &c.

Ego sanè hac in re putarem ita distinguendum, vt si quidem legitimi efficiantur filij naturales Principis Rescripto post fideicommissum iniunctum, eo in casu nihil substituto præiudicare debeant, nullo modo eum excludant. Mouet me Constitutio Pij IIII. Extrauag. edita anno 1562. Kalendis Ianuarij, in qua Summus Pōtifex omnes reuocat legitimationes, & legitimandi facultates in præiudicium uocatorum ex fideicommisso, testamento, & quauis alia dispositione. Et quamuis illa locum habeat inter subiectos Pontifici Maximo, in temporalibus tamen ego existimo illam Cōstitutionem ea ratione nixam, quæ generaliter locum habeat etiam in ditione Cæsarea, ac satis etiam indicasse Pontificem Maximum non esse iuri, non rationi consentaneum, vt legitimatus excludat substitutum & alium ex testamento vocatum. Nam si id iuri consentaneum esset, non erat contrarium statuendum. Illam ergo rationem impulisse Summum Principem Ecclesiasticum opinor; quia Rescripta Principum sic interpretari, & concedi debent, vt alii iniuriam, detrimentum, præiudicium, non inferant, l. 2. §. merito, §. si quis à Principe, ff. ne quid in loco publ. c. quamuis, de Rescript. lib. 6. l. nec filio, l. patrono, ff. de Natalib. restit. Hæc ratio ex iure desumpta locum habet in omni legitimatione, ita videlicet, vt interpretari debeat, ne aliis præiudicium afferat.

Quod si proponatur legitimatos filios ante fideicommissum iniunctum fuisse, tunc nisi contrariæ voluntatis coniecturæ suppetant, quas diligenter Menochius recenset, d. præsumpt. 79. existimarem substitutum excludi; quia legitimati filij dicuntur esse legitimi, & nihil à legitimis differre.

Nec obstant argumenta contrariæ sententiæ: quia primum locum obtinere potest, vbi non sunt filii legitimati: tunc enim nec filii dici possunt, sed cū legitimati sunt Principis Rescripto, tunc & legitimi dicuntur, & filij & nihil à filiis legitimis differentes.

Secundum verò argumentū nihil obstat; quia in hac specie locum habere non potest illa regula, de qua in argumento, cum filius legitimatus non solum ex Rescripto Principis legitimus esse dicatur, verum etiam hoc beneficium consequatur, vt non differat à legitimo, & omnibus fruatur commodis, quibus fruuntur legitimi, & naturales.

Tertium denique argumentum specialiter procedit in feudorum successione, de qua nobis sermo non est, & ex qua non rectè infertur ad aliam materiam.

CAPVT LIV.

Vtrum filij per subsequens matrimonium legitimati substitutum excludant, si conditio hæredi adscripta sic fuerit; si decesserit absque liberis de vel ex legitimo matrimonio natis.



IN eadem materia controuerti solet; si testator eam adiecerit conditionem, si decesserit absque liberis, de, vel ex legitimo matrimonio natis, an filii per subsequens matrimonium legitimati substitutum excludant. Et quoniam latè & diligenter explicatur hæc quæstio argumentis, & autoritatibus hinc inde allatis à Mantica de cōiecturis vltimar. volunt. lib. 11. tit. 12. & à Iacobo Menochio de præsumptio. libro 4. præsumpt. 81. ego paucis indicabo, cui adhæream sententiæ; tum fundamentum, quo ipse nitar, & denique quid respondendum mihi videatur contrariæ sententiæ argumentis.

Ego eorum sententiam amplector, qui negant in hac proposita specie substitutum excludi. Fundamentum, quo nixus sum, illud est; quia testator locutus est de filiis natis ex legitimo matrimonio, vt patet. Tales autem filii, vt maximè legitimi habeantur, iuxta cap. tanta, qui filii sint legitimi, non tamen habentur pro natis ex legitimo matrimonio; ratio, quia lex facere potest, vt qui ob aliquam causam legitimus non est, habeatur tamen & reputetur legitimus (est enim hoc in legis potestate positum, cum à lege dicatur legitimus) sed facere non potest lex, vt qui natus non est ex legitimo matrimonio, habeatur & sit tāquam ex legitimo matrimonio natus; hoc enim in facto, non in iure consistit. Quare cum ad factum hoc respexerit testator, mentione facta filiorum ex legitimo matrimonio natorum, nō uidentur hæc pertinere filii, qui non sunt nati ex legitimo matrimonio, licet postea contractum fuerit matrimonium, & ex eo ipsi legitimi effecti fuerint.

Argumenta verò contrariæ sententiæ non obstant. Primum adfertur cap. cum in cunctis, de election. vbi dicitur, Episcopum ex legitimo matrimonio natum esse oportere, & tamen is, qui natus est, antequam contraheretur matrimonium, Episcopus esse potest, matrimonio postea contracto, vt notat Gloss. in cap. innotuit, in versiculo coniugata, eodem titu. Respondeo, Glossam hoc docere autoritate textus, in capit. tanta, qui filij sunt legit. qui textus non probat, nec dicit filios habendos esse pro natis ex lagitimo matrimonio, sed pro legitimis: *Tanta est vis matrimonij* (inquit textus) *vt qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.*

Secundum argumentum est; quoniam legitimati per subsequens matrimonium, videntur esse nati ex legitimo matrimonio; lex enim præsumit ab initio contractum fuisse inter parentes, l. cum quis, versiculo, neque enim, C. de naturalibus liber. cuius verba hæc sunt: *Neque enim verisimile est eum, qui postea vel donationem, vel dotem conscripserit, ab initio talem affectionem circa mulierem non habuisse, quæ eam dignam esse vxoris nomine faciebat.*

Respondeo, hoc textu, non probari propositionem in argumento assumptam, sed hoc tantum: patrem habuisse circa mulierem affectionem, vt eam vellet vxorem habere, prout postea habuit: ac proinde tam filios antea, quàm postea procreatos succedere debere. Sed hoc non pertinet ad quæstionem nostram; primò, quia non hic quærimus, quæ fuerit patris affectio erga vxorem, & matrem liberorum ante matrimonium

pro-

procreatorum, ſed quæ fuerit voluntas teſtatoris, qui fideicommiſſum ſub ea conditione iniunxit. Deinde, quia non rectè infertur habuit affectionem, ergo ab initio eā duxit in vxorem, & ſic matrimonium fuit ab initio contractum. Contrahitur enim matrimonium non ſola cōtrahendi affectione, ſed reipſa, mutuo videlicet coniugum intercedente conſenſu.

Tertium argumentum eſt, quia filij ſic legitimati ſuccedunt in feudo, quod conceſſum eſt, pro filijs legitimis, & naturalibus, & de legitimo matrimonio natis, vt tradunt Iſernia, Præpoſit. Abb. Aff. Iaſon, & alij multi à Menochio citati in conſ. 227. nu. 17. & 18. lib. 3. Clarus, §. feudum, quæſtio. 83. verſ. ſed quid ſi feudum. Ergo etiam in quæſtione noſtra ſuccedere debent, & ſubſtitutum excludere.

Reſpondeo, negando conſequens, & etiā antecedens: Nam etiam in feudo contrarium docuere Baldus Aluarot. Alex. Barbat. Luc. de Penna, Curtius ſenior. Ruin. Curtius iun. Natta, Gozad. Roland. & alij, quos citat Mantica loco proximè citato, nu. 22.

Quartum & poſtremum argumentum eſt; quia in ſtatutis appellatione filiorum ex legitimo matrimonio procreatorum veniunt etiam legitimati, per ſubſequens matrimonium, vt latè adductis autoritatibus docet Menochius in conſ. 227. nu. 33. lib. 3. Ergò idem eſt in diſpoſitione teſtatoris.

Reſpondeo contrarium, quod attinet ad ſtatuta, docuiſſe poſt multos alios, quos commemorat, Manticam, vbi ſuprà, num. 23.

CAPVT LV.

Subſtitutum an excludant filij per ſubſequens matrimonium legitimati in articulo mortis contractum.

INter omnes conſtat filios in cōditione poſitos ſubſtitutum excludere, quoties per ſubſequēs matrimonium legitimi efficiuntur; nec verba teſtatoris hoc exigunt, vt ex legitimo matrimonio nati ſint. Cæterum illud eſt non parum controuerſum ac dubium; vtrum hæc ſententia locum habeat, ſi matrimonium à grauato fuerit in mortis articulo contractum. Et locum non habere Angelus reſpondit: ideoque ſubſtitutum eo in caſu non excludi, in l. ſed eſt quæſitum, ff. de lib. & poſtum. & in l. nuper, nu. 3. C. de nat. lib. Ruin. in conſil. 211. num. 7. & 8. lib. 1. & 46. num. 8. lib. 2. & 163. num. 7. lib. 3. Curtius iun. in conſ. 26. nu. 9. Celſus Vgo in conſil. 73. num. 32. Barbatia in conſil. 18. col. 7. lib. 2. Tiraq. ad l. ſi vnquam, verſ. Suſceperit liberos, nu. 74. C. de reuoc. donat. Alciatus in conſ. 616. nu. 4. Mantua in conſ. 38. nu. 14. lib. 2. D. meus Cephalus, in conſ. 239. nu. 10. lib. 2.

Contrarium docuerunt Cynus, Ioan. Andr. Bald. Butr. Imola & Alexand. à Ruino citati in conſil. 78. nume. 7. lib. 3. Pariſ. in conſil. 13. num. 68. & 14. num. 35. libro 1. Berous in cap. in præſentia, num. 204. de probatio. Couuar. in Epitome de Sponſal. parte 2. cap. 8. §. 2. nu. 2. Hieronymus Gabrielius in conſil. 24. num. 3. lib. 1. Franciſcus Sarmientus, lib. 1. Selectar. Interpret. cap. 6. nu. 8. Menochius de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 81. nume. 28. verſ. Cæterum & Mantica de coniecturis vltimar. volunt. lib. 11. tit. 13.

Fundamentum prioris ſententiæ poſitum eſt in eo, quòd, vbi matrimonium in articulo mortis contrahitur, præſumitur id fieri in fraudem ſubſtituti, argum. l. filiæ meæ, ff. ſolu. matr. & ideo non debet ei præiudicare, argum. textus in cap. de his, de ſepult. Sic & confeſſio inter viuos facta probat contra confitentem & conſequenter etiam contra eius hæredem, l. generaliter, C. de non num. pecun. Cæterum, in articulo mortis facta non probat, niſi ſit iurata. Authen. Quod obtinet, C. de probationibus.

A Fundamentum verò contrariæ ſententiæ eſt. Nam cum inter omnes cōſtet matrimonium in articulo mortis contrahi poſſe, vt tradit Mantica loco annotato, poſt num. 2. Nullus videtur dolo facere, qui ſuo iure vtitur, l. nullus videtur, de reg. iuris, & ſic non videtur præſumendus dolus, qui & aliàs etiam non præſumitur, l. dolum, C. de dolo.

Et hæc ſententia mihi probabilior videtur, & confirmari poteſt eo argumento, quod, vbi quis aliquid agit, ex quo alteri præiudicium infertur, non tamen eam ob cauſam tenetur, ſi præcipua eius intentio fuit, vt ſibi prodeſſet, & commodaret, l. fluminum, §. vlt. ff. de damno infecto. Hinc dicimus opus ad æmulationem factum non præſumi, ſed potius quem vti iure ſuo. Menochius de arbitr. iud. caſu 156. num. 8. Maſcard. de Probation. vol. 2. Concluſ. 620. in principio. Cum ergo aliquis æger matrimonium contrahit, videri poteſt ſpe conualeſcendi illud contrahere, & ſui commodi gratia, non autem B in fraudem alterius, & ſic vt ſubſtituto noceat.

Et ad l. filiæ meæ, reſponderi poteſt, in ea ſpecie maritum in fraudem patris diuortium feciſſe, vt dotem non haberet, quam filia mortua habiturus eſſet, id patet ex illis verbis textus: *Vir in hoc repudium miſit, vt mortua ea dotem potius hæredibus eius quàm mihi redderet.*

Ad cap. de his, de ſepult. reſponderi poteſt, etiam omni fraude ceſſante in ea ſpecie Canonicā portionem deberi Eccleſiæ, à qua ſuſcepti ſunt, qui ad religionem trāſeunt, quia non poteſt ei auferri, & ideo notat ibi Glo. aliquando fieri quidpiam licere in vita, quod non licet in morte, vt patet; quia pater poteſt omnia ſua bona in vita conſumere, in morte verò non poteſt filios priuare legitima portione. Alia ratio eſt in propoſita quæſtione; nam is, qui matrimonium contrahit, non aufert bona fideicommiſſo ſubiecta ſubſtituto, ſed facit, vt filij legitimi efficiantur; & per conſequens, vt conditio deficiat, à teſtatore adiecta. Quamobrem ſubſtitutus non hæredis C grauati facto; quia is vtitur iure ſuo, ſed ob conditionem à teſtatore adiectam hæreditate priuatur; quod verò de confeſſione dicebatur, non probare niſi ſit iurata, locum habet, vbi confeſſio in teſtamento facta eſt, quia teſtamentum fit ad diſponendum principaliter, non autem ad probandum: ideo teſtator videtur confiteri potius, vt donet & leget, quàm vt probationem inducat, niſi iuramentum adhibeat: tunc enim eſt perinde, ac ſi diceret, velle ſe ea omni, quo fieri poteſt, modo locum habere, vt explicat Bartolus, in l. cum quis decedens. § Codicillis, de leg. 3. Hæc autem res nihil cum materia, quade agitur commune habet.

CAPVT LVI.

Poſſitne teſtator expreſſè Monaſterium, vel Eccleſiam excludere ab hæreditate, ſi hæres inſtitutus factus D fuerit Monachus, & proximiores vocare, ac ſubſtituere.

TEſtator ita diſpoſuit: Si filius meus, vel alius hæres inſtitutus factus fuerit Monachus, nolo ut Monaſteriū ſiue Eccleſia ſuccedat; ſed proximiores agnatos ſubſtituo. Cōtrouerſia eſt an iure conſiſtat ea conditio, quæ Monaſterium ſiue Eccleſiam excludit. Tractat hanc rem fusè allatis hinc inde autoritatib. Doctorum Iac. Menochius de præſumpt. lib. 4. Tomo 1. præſumpt. 83. argumenta etiam vtriuſque ſententiæ tam affirmantis quàm negantis recenſet, vt meritò omnis labor noſter in illis huc adferendis ſuperuacaneus uideri poſſit, quare ſententiam noſtram adſcribemus. Tum fundamentum eius, & contraria argumenta diluemus.

Exiſtimo eam conditionem, quæ Monaſterium ſiue Eccleſiam excludit, non valere, & pro nō ſcripta habēdā eſſe. Fundamentū ſtatuo in Nouell. 123. §. ſed & hoc præ-

A senti, eius verba interprete Haloandro hæc sunt: *Si quis sub conditione nuptiarum aut susceptorum filiorum, vel dotis, aut nuptialis donationis gratia, vel donauerit, vel reliquerit filiis suis, aut cuicunque alii personæ, vel hæreditatem, vel legatum: aut si initio purè ipsis relinquat, postea sub vna aliqua memoratarum conditionum substitutione, aut restitutione eos prægrauet, iubemus, vt si mares, aut fœminæ, qui talibus conditionibus obnoxii sunt, Monasterium ingrediantur, aut Clerici Diaconissæue, aut Ascetriæ fiant, istiusmodi conditiones inualidæ, & pro non scriptis sint*, &c.

His verbis hoc vult Imperator (quod ad rem nostrã attinet) vt si hæres fuerit institutus purè, deinde grauatus restituere sub conditione, si liberos non procreauerit; vel si absque liberis decesserit, & monasterium ingrediatur, tunc substitutio sub ea conditione facta inualida existat, & pro non scripta habeatur.

Hic igitur perpendo Monasterium succedere, & nequaquam excludi, licet contraria sit voluntas testatoris, B quod probatur. Nam hoc testator vult, vt si hæres institutus absque liberis moriatur, succedat substitutus: Sed hæres ingrediens Monasterium absque liberis moritur. Ergò testator vult, vt hoc casu substitutus succedat, non autem Monasterium: neque enim Monasterium loco filij habetur, & vt maximè haberetur, esset filius non verus, sed fictitius, qui proinde substitutum non excluderet: Id autem ita constitutum est à Iustiniano, vt religionem & Ecclesiam hoc speciali fauore ornaret; nisi vt ipse Iustinianus subdit: *In redemptionem captiuorum, aut in egentium alimenta sub prædictis conditionibus substitutio, vel restitutio fiat.*

Cùm igitur in ea specie, de qua Imperator loquitur, voluntas testatoris manifestè repugnet, & nihilominus Monasterium & Ecclesia non excludatur, & hoc in honorem ac fauorem Ecclesiæ; Idem profectò respondendum videtur, etiamsi voluntas testatoris expressa Monasterium & Ecclesiam excludat. Est enim eadem ratio, C vtroque in casu, & parum videtur referre expressis verbis constet de testatoris voluntate, an talibus, ex quibus eadem manifestè deprehendatur, & cognoscatur; præsertim verò in eiusmodi conditionibus, & fideicommissarijs substitutionibus.

Quamobrem id probare non possum, quod respondẽt contrariæ sententiæ autores apud Menochium loco suprà annotato, num. 16. Iustinianum inualidare eam conditionem ex præsumpta mente, & voluntate testatoris, non autem contra voluntatem. Nam quando testator substituit sub conditione simplici, si decesserit sine liberis, non apparet, an cogitauerit de ingressu religionis vel non; quamobrem hoc in casu Iustinianus statuit, fauore religionis conditionem haberi pro non scripta, habita coniectura, quòd si testator cogitasset de religionis ingressu, non substituisset.

Non mihi hæc vllo pacto probari possunt; quia nulla est clarior testatoris voluntatis coniectura, quàm quę ex D verbis apparet. Ex verbis autem apparet eum substituere, si hæres sine liberis decesserit; Ergò si Monasterium hæres ingrediatur, & sic decedat absque liberis, ea est voluntas, vt substitutus succedat, non autem vt Monasterium: Et si testator de Monasterij ingressu cogitasset, sine dubio substituisset, vt vel suæ agnationi prospiceret, vel descendentibus, vel alijs, quos caros habuisse eos substituendo uidetur. Itaque non testatoris voluntate ratio legis nititur, sed singulari fauore, quo religionis, & Ecclesiæ iura prosecutus est Iustinianus.

Nunc argumenta contrariæ sententiæ diluenda. Primum, quia testatori permissum est de rebus suis pro suo arbitrio disponere, l. 1. C. de sacrosanct. Eccles. & leg. xij. Tabularum cautum: *Vti quisque legassit ita ius esto*, l. verbis legis, ff. de verb. sign.

Respondeo, generalem illam facultatem restrictã esse multis modis; sed (quod ad rem attinet) vt non habeat locum in specie, qua de agitur, id patet ex Nouella supra

A dicta 123. vbi Iustinianus infirmat, & pro non scripta habendam esse decernit testantis dispositionẽ, vt patet.

Secundum argumentum. Nemo inuitus cogitur benefacere, C. de Iudæis, 45. distinct. cap. vlt. 22. quæstio. 5. Ergò nemo cogi potest ita disponere, vt bona sua acquirantur Monasterio vel Ecclesiæ. Respondeo, hic testatorem non cogi, vt Monasterio vel Ecclesiæ relinquat. relinquit enim testator hæredi: Is verò ingressus Monasterium omnia sua bona Ecclesiæ offert, quam oblationem & acquisitionem ex ea testantis voluntate impedire non posse, meritò Iustinianus religionis fautor maximus, decreuit.

Tertium argumentum est ex l. Deo nobis, C. de Episcopis & Cleric. vbi constitutum est, patri permissum esse, ne aliquid relinquat filio professo vltra eius legitimã. Ergò in eo, quòd legitimam excedit, poterit quocunque modo substituere. Respondeo, hoc argumentum ante Nouellam supradictam 123. locum sibi potuisse vendicare. B Sed iam non potest, quia substituendi facultatem liberam, quantum ad eam speciem, de qua agitur, Iustiniani Constitutio ademit.

Quartum argumentum. Testator potest rebus suis adijcere hanc conditionem, vt apud Ecclesiam non maneant, nisi modum & conditionem seruet, cap. verum, de cond. appo. Respondeo, nil hoc commune habere cũ re nostra. Hæc esse dissimilia, vt patet, & diuersam habere rationem.

CAPVT LVII.

Vtrum hac conditio, si decesserit sine liberis, intelligenda sit tam de masculis, quàm de fœminis in ea facti specie, qua testator propria filia in re certa instituta, & filio hærede vniuersali agnatum substituit.

TEstator filia in re certa instituta, hęredem filium ex asse instituit, & eidem absque filijs C decedenti agnatum substituit. Filius decessit superstite filia nepte testatoris, Vtrum neptis succedat quasi conditio defecerit; an verò substitutus. Insignis controuersia est. Pro nepte responderunt Collegia Bononiensium Doctorum, Perusinorum & Auenionensium, teste Paulo Castrense in consil. 409. lib. 2. Rota Florentina, & Bononiensis, teste Marzario in Epitome de fideicommiss. quæst. 21. & nouissimè Senatus Pedemontanus apud Anton. Tessaurum, decis. 188. & præterea 28. Doctores, quos commemorat Menoch. in cons. 95. nu. 24. lib. 1. & alij, quos citat in cons. 150. nu. 24. lib. 2. & quos citat d. Tessaur. vbi sup.

Pro substituto responderunt Collegium Florentinũ, Aduocati Consistoriales Romæ, & Rota Romana, vt per Marzar. vbi suprà, & pręterea quinquaginta tres Doctores, quos citat Menoch. d. cons. 95. nu. 90. lib. 1. quib. alios adiunxit in cons. 150. nu. 54. lib. 2. & 204. nu. 16. lib. D 3. & de præsumpt. lib. 4. tom. 1. præsumpt. 85. nu. 8.

Argumenta tam pro nepte, quam pro substituto, si recensere uellem, actum sanè agerem. Nam Menochius anteuertit, in consilijs annotatis ea dilucidè, diserteque tractans iudicium potius qualecunque interponã meũ.

Pro substituto pugnat primò uerborum propria significatio. Nam filiorum appellatione propriè non continetur filia, secundum ueriorem, & communiorem sententiam, vt nouissimè demonstrat Rota Romana decis. 125. nu. 6. par. 2. in nouissimis decision.

Secundò, coniectura uoluntatis defuncti. Nam cum filiam non instituerit, sed masculum, & ei substituerit agnatum, apparet eum uoluisse bona sua in familia, & agnatione conseruare, & relinquere.

Tertiò, illa ratio, quia cum filiam excluserit ab hæreditate, non est credibile eum uoluisse ad neptem nascituram peruenire, eamque melioris esse conditionis filia iam nata.

Quartò, alia ratio, quia filio morienti absque filijs nõ

sub-

substituit neptem, sed agnatum; & sic agnatum prætulit filiæ natæ; Ergo multo magis creditur prætulisse nepti nasciturae.

Pro nepte contra, pugnat primò insta interpretatio, secundum quam filiorum appellatione continetur filia, l.iusta, ff.de verb.oblig.

Secundò, regula iuris, quæ ad successionem vocat æquè masculum ac fœminam, l. maximum vitium, C.de liber.præterit.ad quam suam testator præsumitur voluntatem accommodare, vt not.in l.hæredes mei, §.cum ita, ff.ad Trebell.

Tertiò, quoniam in eadem conditione, si decesserit absque filiis, tacitè intellecta, constat tam masculos, quam fœminas comprehendi, iuxta l. cum acutissimi, C.de fideicommiss. l. cum auus, ff.de condit. & demon.

Sed quis non videt tres rationes proximas pro nepte generales esse, & ex generalibus iuris præceptis deductas. Contra verò, quæ pro substituto adferuntur ex singularibus facti huius circumstantijs oriri, ac proinde præferendas esse? sicut Generi per Speciem derogatur. Sicut omnis definitio iuris ex particularibus circumstantijs factorum subuerti solet. Et iuris regula quandoque perdit officium suum. Et denique, ex diuersitate facti, iuris diuersitas oritur? Vulgata hæc sunt, & passim obuia iuris studiosis, atque consultis. Sic statuo in hac quæstione, nec huius me sententiæ pœnitet.

CAPVT LVIII.

Vtrum Papiniani responsum in l.cum auus, ff.de cond. & demonst. ad filios adoptiuos extendi possit.



Vm auus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petiit, vt, si intra annum trigesimum moreretur, hereditatem patruo suo restitueret, nepos liberis relictis, intra ætatem supra scriptam vita decessit, fideicommissi conditionem coniectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum, quàm dictum fuerat, inueniretur. Ita Papinianus in l.101.ff de cond.& demonstr.

Hoc responsum & confirmat & extendit Iustinianus; primum in l.cum acutissimi, C. de fideicommiss. Secundo in l.Generaliter, §.cum autem, C.de institut. & substitut.

Verba l.cum acutissimi, hæc sunt: *Cum acutissimi ingenii vir & meritò, ante alios excellens Papinianus in suis statuerit Responsis; Si quis filium suum heredem instituit, & restitutionis post mortem oneri subegit, non aliter hoc videri disposuisse, nisi cũ filius eius sine sobole vitam suam reliquerit. Nos sensum meritò mirati, plenissimũ ei donamus euentum: vt si quis hæc disposuerit, non tantum filium heredem instituens: sed etiam filiam, vel ab initio nepotem, vel neptem, pronepotem, vel proneptem, vel aliam deinceps posteritatem, & eam restitutionis post obitum grauamini subiugauerit, non aliter hoc sensisse videatur, nisi ii, qui restitutione onerati sunt, sine filiis vel filiabus, nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus fuerint defuncti, ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere.*

Verba d.§.cum autem, hæc sunt: *Cum autem inuenimus excelsi ingenii Papinianum in huiusmodi casu: in quo pater filius suis substituit, nulla liberorum ex his procreandorum adiectione habita, optimo intellectu disposuisse, euanescere substitutionem, si is, qui substitutione prægrauatus est, pater efficiatur, & liberos sustulerit; intelligentem non esse verisimile, patrem, si de nepotibus cogitauerit talem fecisse substitutionem humanitatis intuitu. hoc & latius & pinguius interpretandum esse credidimus, vt etsi quis naturales filios habeat, & partem eis reliquerit, vel dederit vsque ad modum, quem nos statuimus, & substitutioni eos subiugauerit, nulla liberorum eorum mentione facta, & hic intelligi euanescere substitutionem liberis eam excludentibus & intellectu optimo, his qui ad substitutionem vocantur obsistente, & non concedente ad eos eam partem venire; Sed ad filios vel filias, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes morientis transmittente; & non aliter substitutione locum accipiente, nisi ipsi liberi, sine iusta sobole decesserint, vt quod inter iustos liberos sancitum est, hoc & in naturales filios extendatur. Quæ omnia & in legatis, & in fideicommissis specialibus locum habere sancimus.*

A

Illis ita se habentibus, iam controuersia est: an ista Constitutio iusta interpretatione, etiam ad filios adoptiuos extendi queat. Vt si pater filium adoptiuum instituat hæredem, eumque restitutionis oneri subiciat, eadem insit tacitè conditio, si absque liberis decesserit.

Affirmant Comensis in d.l.cum auus, in fine. Fulgosius in d.§.cum autem, num.6.& ibidem Iason colum.5. vers.secundo modo potest intelligi. Barba.in dicta l.cum acutissimi, num.187. Riminaldus senior in consi.578.nume.3. Picus in l.Titia, §.Titia, nume.13.de leg.2.& istos omnes citat & sequitur Menochius de præsumpt.lib.4. tom.1.Præsumpt.89.nu.32.

B Argumenta sunt ista: filij adoptiui similes sunt filijs legitimis, & naturalibus, quoad effectum successionis, l. si te parens, C.de suis & legitim. Ergo id quod in filiis legitimis & naturalibus constitutam est, etiam ad filios adoptiuos extendi debet.

Secundò, constitutio, de qua agitur, coniectura pietatis nititur, vt patet ex dicta l.cum auus, Hæc autem pietas etiam in filio adoptiuo locum habet, quod patet; quia pater tenetur eum alere, argumen. l. onera, ff. de adopt.

Tertiò, illud Papiniani responsum etiam ad filios naturales extenditur, vt in dicto §. cum autem, Ergo multò magis ad filios adoptiuos extendi debet, qui plus iuris habent in successione, quàm naturales tantũ.

Postremò, filiorum fauore hęc sancita sunt, vt patet, ergo etiam ad filios adoptiuos extendi debent, argumen. l.1.§.vlt.ff.de leg.prętand.

Cæterum contrariam sententiam habuerunt Petrus

C & Cyn.in d.§.cum autem, & ibidem Alberic.num.2. & num.6.& Deci.in 7.limitatione. Alexander in l.ex facto, §.si quis rogatus, num.12.ff.ad Trebell. Socin.in d.l.cum auus, num.56. Tiraquell.ad l.si vnquam, ver.susceperit liberos, nu.10.C.de reuoc donat. Anto. Padilla in d.l.cum acutissimi.num.18.

Argumenta hęc sunt: Primum, quia nec l.cum auus, nec l.cum acutissimi, nec l.generaliter, §.cum autem, loquuntur de filiis adoptiuis; Ergo nec nobis ad filios adoptiuos eandem legem extendere licet.

Secundò, quia filius adoptiuus non est propriè filius, sed fictè: & ideo non succedit contra patris testamentum, l.filio quem pater, ff.de liber. & postum. l. adoptiones, ff. de adopt. l. cum in adoptiuis, §. sed ne, C.de adopt.

Tertiò, quia non sunt ex agnatione & familia adoptantis, vt in d.l.cum in adoptiuis, §.vlt.C.de adopt.§.sed hodie, Instit.eod.tit.

D Quartò, quia hæc constitutio legis fundatur in caussa naturali, & ratione sanguinis, quæ ratio cessat in adoptiuis filiis.

Postremo, quia filij adoptiui non faciunt deficere illam conditionem, si decesserit sine liberis, l.fideicommissum, ff.de condi.& demonstr. l.si ita quis in testamento, §.si is cui, de leg.2.

Ego hanc posteriorem sententiam amplector, & licet ad argumenta hęc, quibus illa nititur, responderit latè Menochius loco supra proximè citato, tamen illud me potissimum mouet, quod filij ex filio adoptiuo progeniti non dicuntur esse ex sobole & progenie testatoris, sed prorsus extranei, vt in d.l.cum in adoptiuis, §.sed ne, C.de adopt. ibi: *Vt non successione ab intestato patris extranei adoptiui defraudentur*. & ad alienam sobolem pertinentes, nempe, naturalis patris. Est autem supradictæ legis ea potissimum ratio, ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere, vt in d. l. cum acutissimi. Et quia non est verisimile intelligentem patrem, si

de

de nepotibus cogitasset, talem facturum substitutionem A vt in d.§.cum autem. Quare cum filij ex patre adoptiuo nati, non sint defuncti nepotes, &c. non videtur in eis locum habere ratio legis.

Ad primum argumentum respondeo, filios adoptiuos in eo solum esse similes, quoniam patri succedunt, vt in d.l.cum in adoptiuis, §.sed ne, C.de adopt. ibi: *Sed si quidem remaneat in tali adoptione nulla interueniente mancipatione, in hoc tantum modo prodesse ei volumus adoptionem, vt non successione ab intestato patris extranei adoptiui defraudetur*, &c. In alijs ergo non sunt similes, sed hic non agitur de successione patris adoptiui, respectu ipsius filij adoptiui; sed an filij ipsius filij debeant excludere substitutum; ideo argumentum tollitur.

Ad secundum respondetur, non hic agi de coniectura pietatis & charitatis patris adoptantis erga filium adoptatum; sed de filijs ipsius filij; an excludant substitutum. Erga tales nepotes non probatur extendi adoptantis affectionem, sicut erga nepotes ex filio naturali. B

Ad tertium respondeo, eodem modo; quia alia ratio est in filio naturali, qui ex ipso sanguine procreatus est, licet non ex iustis nuptijs.

Ad vltimum respondeo; rationem legis esse positam in coniectura pietatis paternæ erga nepotes, & descendentes: & in eo, quod non sit verisimile patrem, si de nepotibus cogitauerit, talem facturum substitutionem, vt in d.l.cum acutissimi, & in d.§.cum autem, nō autem in solo fauore filiorum institutorum; ac proinde argumentum euanescit.

CAPVT LIX.

Vtrum Papiniani responsum, de quo in l.cum auus, ff. de condi. & demonstrat. & aliæ similes leges locum habeant, cum filius hæres institutus filios habuit tempore conditi à patre testamenti.

IAcobus Menochius vir doctissimus, ac celeberrimus, lib.4.de præsumpt. tomo 4. præsumpt.89. num. 77. hanc quæstionem tractat ita disertè, & clarè, vt nostra hic industria superuacanea videri possit. Vt tamen & calculum meum adijciam, & tam illustrem controuersiam non prætercam, conabor & ipse eam explicare, atque etiam illud efficere, vt opera mea non inutilis esse videatur.

Testator filium hæredem instituit, & ei quandocunque morienti alium substituit; Moritur filius relictis post se liberis, vel nepotibus testatoris, qui etiam tempore conditi testamenti extabant; Vtrum ex Papiniani Responso, de quo in l.cum auus, ff.de condi. & demonstrat. & l.cum acutissimi, C.de fideicommiss. & similibus excludatur substitutus, necnè? Affirmant Doctores multi, quos refert & sequitur Menochius, vbi supra, quibus & ipse calculum meum adijcio. Fundamentum, D vt mihi videtur illud est firmum; quia ratio legis ad hanc quoque speciem adaptatur, & verba non repugnant. Ait Papinianus. *Cum auus filium ac nepotem ex altero filio hæredes instituisset, à nepote petiit, vt si intra annum trigesimum moreretur, hæreditatem patruo suo restitueret: nepos liberis relictis intra ætatem supra scriptam vita decessit, fideicommissi conditionem coniectura pietatis respondi defecisse; quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inueniretur.*

Hic respondit Papinianus substitutum excludi liberis relictis, nec distinguit an nati essent tempore testamenti nec ne. Idem statuit Imperator nulla distinctione adhibita in l. cum acutissimi, C.de fideicommiss. vbi generaliter constituit restitutioni locum non esse; *Nisi ii, qui restitutione onerati sunt, sine filijs vel filiabus, nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus fuerint defuncti*, &c. Ratio vero legis, quin locum habeat etiam in hac specie, negari non potest. Nempe, *pietatis coniectura*, vt in dicta l.cum auus. Item, *ne videatur testator* A *alienas successiones proprijs anteponere*; vt in dicta l.cum acutissimi. Etsi enim nepotes viuant tempore testamenti, tamen viget pietatis coniectura, & illa ratio, *ne videatur*, &c. Quia sunt nepotes, & ex descendentibus, ex sobole & progenie, quam verisimile non est excludere testatorem voluisse sine caussa.

Contrariæ sententię argumenta non obstant. Primū sumitur ex l.generaliter, §.cum autem, C.de instit. & substitut. ibi: *Intelligentem non esse verisimile patrem, si de nepotibus cogitauerit, talem fecisse substitutionem*, &c. Ergò, si de nepotibus testator cogitauerit, aliter erit statuendum, sed hic videtur cogitasse de nepotibus; quia nati erant, & noti testatori. Ergò aliter videtur statuendum.

Respondeo, sensum illorum verborum hunc esse: *Si testator de nepotibus cogitauerit*, hoc est, si cogitauerit filium institutum moriturum esse liberis relictis, & sic nepotibus testatoris, verisimiliter non facturum talem B substitutionem. Non infertur autem ex eo, quod nepotes erant nati; ipsum testatorem cogitasse eos patri suo superuicturos, ac proinde voluisse, eis exclusis, substitutum admitti. Sed potius præsumendum est ex pietatis coniectura plus dictum, & minus scriptum, ne videatur testator alienas successiones proprijs anteponere.

Secundum argumentum est ex l.sicut certi, & l.si cum in vtero, C.de testamen. militari, vbi si miles scit se filios habere, & eos non instituat, videtur eos exhæredare. Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam cum miles sciens se filios habere, alios hæredes instituit, necesse est, vt intelligatur tacitè eos exhæredare, quia alij in testamento scripti sunt hæredes, & sic res est clara & manifesta, nec contrariam interpretationem admittit. neque enim intelligi potest, alios hæredes futuros, qui in testamento scripti sunt, & simul filios hæredes esse, qui scripti non sunt. Ex testamento enim non erunt hæredes, quia scripti non sunt. Ab intestato non poterunt esse, quia testa- C mentum adest. Sed in proposita specie aliud est, longè est diuersa ratio: quia licet alios pater substituerit filio hæredi instituto, nihil prohibet quo minus ea sit conditio tacitè intelligenda, si filios non habuerit, quoniam & hac interpretatione admissa, substitutio locum habet in eo videlicet casu, quo filius absque liberis moriatur.

Tertium argumentum est ex l.4.C. de inoffic. testam. vbi si mater filijs duobus hæredibus institutis tertio postea suscepto testamentum mutare potuisset, & id facere neglexisset, videtur eos excludere. Respondeo, vt dictum est in præcedenti, id longè à specie nostra differre; quia ibi nulla coniectura capi potest pro filio suscepto post testamentum, nullaque interpretatio adhiberi, cum res sit clara & manifesta. Sed hic est dubia & incerta, potestque locus esse coniecturæ pietatis, vt dictum est.

Quartum argumentum est ex l.tale pactum, §.vltimo, ff.de pactis. ibi: *Et illo tempore, quo pater alios filios non* D *habuit, in fratrem suum iudicium supremum contulisse videatur*. Respondeo, nihil ad rem nostram pertinere, sententia enim legis est: Patrem filiæ stipolatum fuisse à genero, vt si filia sine liberis decessisset, portio quędam dotis restitueretur fratri ipsius patris stipulantis, quem hæredem instituerat, atque ita consulere voluit fratri, vt hæredi. Et ideo cum pater deinde filios suscepisset, eosque hæredes in alio testamento scripsisset, voluisse videtur, eam portionem, quæ fratri hæredi danda erat, nunc restitui filijs hæredibus, quod significant illa verba textus: *Cum inter contrahentes id actum sit, vt hæredibus consulatur.*

Quintum argumentum est ex l. vnica, C. si dos constante matr. sed nihil ad rem facit. Hoc enim vult, vt si dos vxori à marito constante matrimonio sine legitima causa restituta fuerit, ea mortua ab eius hæredibus, cum fructibus marito restituatur.

Sextum argumentum est ex l.si vnquam, C.de reuoc. donat. iuncta declaratione Bartoli, in l.Titia, §.Imperator,

tot, de leg. ſecundo, vbi docet, liberos tempore donationis vel poſtea natos, de quibus teſtator cogitauit, non efficere vt donatio reuocetur

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Cum enim pater filios habens, & de illis cogitans alijs bona ſua donat, ſine dubio non vult filios ea habere, ſed eum cui donat; nec enim in claris locus eſſe poteſt coniecturis. Sed hic pater filium inſtituit, eique morienti ſubſtituit alium. Hic non eſt certum, quomodo & quando locum eſſe voluerit ſubſtitutioni, an & eo caſu, quo filius relictis poſt ſe liberis deceſſerit, an verò, ſi abſque liberis mortuus fuerit. Quamobrem optimè intrat coniectura pietatis, & Papiniani interpretatio, vt teſtator videatur plus dixiſſe, quam ſcriptum fuerit, nempe adieciſſe illam conditionem, ſi abſque filiis moriatur hæres inſtitutus filius.

Septimum argumentum eſt ex regula quadam; Vnius incluſio, eſt alterius excluſio, l. cum prætor, ff. de iudi. ſed textus in dicta l. cum auus, & aliarum legum, includit filios naſcituros, ergo excludit iam natos. Reſpondeo, nõ excludi filios iam natos, in dicta l. cum acutiſſimi, vt ſupra in principio dictum eſt. Eandemque rationem eſſe in filijs iam natis, quæ in natis poſtea, ac proinde idem ius eſſe ſtatuendum.

Cætera argumenta, quæ recenſentur à Menochio, vel ad hæc poſſunt reuocari; vel ſanè leuiora exiſtunt, quam vt confutatione egeant.

C A P V T L X.

Vtrum etiam naturales filij faciant deficere conditionem in ea ſpecie de qua loquitur l. cum auus. ff. de condit. & demonſtr. & l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ.

NIhil eſt tam clarum, quod obſcurum nõ reddatur, ſi recta in legibus interpretandis ratio non adhibeatur: Recta autem ratio tunc non adhibetur, cum ex locis obſcuris interpretari conamur perſpicua loca, eaque in dubium reuocare. Id ipſum in hac propoſita ſpecie facilè deprehenditur. Nam filios naturales ex filio hærede inſtituto, cui morienti datus eſt ſubſtitutus, progenitos, non prodeſſe vt ſubſtitutionis deficiat conditio, communis Doctorum ſententia rectè docet, ex l. generaliter, §. cum autem, C. de inſtit. & ſubſtit. illis verbis: *Et non aliter ſubſtitutione locum accipiente, niſi ipſi liberi ſine iuſta ſobole deceſſerint.* Quibus verbis nihil clarius eſſe poteſt, ad intelligendum naturales liberos, qui videlicet ex concubina, non autem ex legitimo matrimonio procreati ſunt, non efficere, vt conditio fideicommiſſi deficiat. Etenim conſtat tales filios iuſtæ ſobolis appellatione nequaquam contineri poſſe: ſi quidem iuſta ſoboles appellatur, quæ ex legitimis nuptijs ſuſcipitur, l. filium definimus, ff. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt. Vide Menochium de præſumpt. lib. 4. tom. 1. præſump. 89. num. 99. vbi citat Doctores.

Cæterum, contrarium docuerunt alij non pauci, quos ibidem commemorat, num. 101. quorum fundamentum eſt in l. ex facto, §. ſi quis rogatus, ff. ad Trebell. Nota verba: *Si quis rogatus fuerit, vt ſi ſine liberis deceſſerit, reſtituat hæreditatem. Papinianus libro 18. Reſponſorum ſcribit etiam naturalem filium efficere, vt conditio deficiat, & in libertino eodemque colliberto hoc ſcribit. Mihi autem (quod ad naturales liberos attinet) voluntatis quæſtio videtur eſſe, de quibus liberis teſtator ſenſerit. Sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommiſit, accipiendum erit.*

Sic argumentantur; naturalis filius facit vt deficiat conditio, niſi repugnet voluntas teſtatoris, quæ ex dignitate & conditione colligitur. Ergo idem & in propoſita ſpecie reſpondendum erit.

Reſpondeo, non hoc Iuriſconſultum velle, quod aſſu-

A mitur, ſed quæſtionem iſtam ex coniectura voluntatis pendere. Etenim Papiniani ſententiam Vlpianus ibi probat quoad libertinum eundemque collibertum; quoad naturales autem filios, dicit ſibi videri voluntatis quæſtionem eſſe, ſicut latè explicaui ſupra hoc eodem lib. cap. 52.

C A P V T L X I.

Subſtitutus vulgariter in vnum caſum, vt puta, ſi hæres eſſe noluerit, an ſuccedat in alium caſum, puta ſi hæres eſſe non potuerit, vel contra.



COntrouerſia eſt non vulgaris, an vulgaris ſubſtitutio in vnum caſum facta, extendatur ad alium, vt puta, ſi hæres eſſe non potuerit, an extendatur ad alium caſum, nempe ſi hæres eſſe noluerit, vel contra. Affir-
B mant Bartol. Alexand. Iaſon, Socinus & Ripa. in l. 1. ff. de vulg. Marianus Socinus iunior, in conſ. 106. libro primo, & alij, quos refert & ſequitur Alexan. Trentacin. de ſubſtit. parte 1. cap. 1. nu. 25.

Argumenta verò ſunt iſta, primum ex l. Gallus, §. Et quid ſi tantum, ff. de liber. & poſtum. illis verbis: *Sed ex ſententia legis Velleiæ & hæc omnia admittenda ſunt, vt ad ſimilitudinem mortis cæteri caſus admittendi ſint.*

Secundum, ex l. vlt. C. de inſtitut. & ſubſtit. vbi ſubſtitutio facta, ſi poſtumus natus non fuerit, & impubes deceſſerit matre in medio non exiſtente.

Tertium argumentum eſt ex l. vlt. C. de poſtumis hæred. inſtit. vbi: Si is, qui teſtamentum condidit, his verbis vſus fuerit: *Si filius vel filia intra decem menſium ſpatium poſt mortem meam editi fuerint hæredes ſunto, ſiue viuo teſtatore, ſiue poſt mortem eius intra decem menſes à morte teſtatoris numerandos filius vel filia fuerint progeniti, manet voluntas teſtatoris immutilata.*

C Quartum, ex l. Titius, §. Lucius, ff. de lib. & poſthumis, vbi inſtitutio facta eius, qui eſt in vtero matris, locum habet, etiam ſi conditi teſtamenti tempore partus editus fuerit.

Quintum, ex l. ſi mater, C. de inſtitu. & ſubſtit. vbi ſi filij à matre fuerint hæredes inſtituti ſub ea conditione, ſi fuerint emancipati à patre, locum habet illa inſtitutio, etiam in alio caſu longè diuerſo, nempe, ſi pater deportatus fuerit.

Sextum, quia videntur hæc duo eſſe paria, nolle, vel non poſſe, argumen. l. 1. §. Vſus, ff. de procurator. ibi: *Vel nolunt vel non poſſunt.*

Septimum ex l. humanitatis, C. de impub. & aliis ſubſtit. qui tamen textus, quo pacto ad hanc rem adduci potuerit, non video.

Octauum argumentum eſt, quoniam vulgaris ſubſtitutio pupillarem continet, l. iam hoc iure, ff. de vulga. Ergo multo magis vulgaris ipſa ſubſtitutio in vnum ca-
D ſum facta extendi debet ad alium, qui ſub eadem continetur.

Poſtremum argumentum eſt, quia videtur eſſe eadem ratio in caſu omiſſo, quæ in caſu expreſſo. Nam vulgaris ſubſtitutio, ſi hæres eſſe noluerit eam ob cauſſam facta eſſe intelligitur, vt defunctus hæredem habeat, ſi is, qui primò inſtitutus eſt, noluerit hęres eſſe: Teſtatoris enim defuncti intereſt hæredem habere, vt in §. primo, in Inſtitu. Quibus ex cauſ. manum. non licet. Hæc ratio locum habet etiam in eo caſu, qui à teſtatore eſt omiſſus, nempe cum hæres eſſe non poteſt.

Cæterum, contrariam ſententiam multi alij ſecuti fuere, quos refert & ſequitur Mantica, de coniecturis vltimar. volunt. libro quinto, titulo primo, numero tertio, quibus adde Duarenum in Commentarijs titu. de vulga. & pupillari, cap. 11. quibus verbis fiat vulgaris, & alios quos commemorat Alexander Trentacinq. loco ſuperius annotato.

Primum

Primum argumentum est ex l.commodissimè.ff.de liber.& postumis.ibi: *Si alteruter casus omissus fuerit eo casu, qui omissus sit natus rumpit testamentum*,&c.

Secundum ex l.pater Seuerinam, ff. de condi. & demonstr. vbi prædium filiæ relictum: *Si Aelio Philippo nupsisset*, non debetur, si non nupsisset, eam ob causam quod *nondum viripotens puella diem suum obijsset*, & sic nubere non potuisset.

Tertium argumentum est ex l.vlt.C. de instit.& substi. ponderando illa verba: *Tunc autẽ tantummodo substitutionẽ admittimus, cũ postumus minimè editus fuerit*,&c.

Quartum ex l.qui ex duabus, ff. de acquir. hæred. sed nihil prorsus ad rem illam pertinet, sicut legẽti illum textum facilè patebit.

Quintum est ex l.si ita quis, ff.de vulga. & pupilla. Vlpianus: *Si ita quis substituerit. si filius meus intra decimum annum decesserit, Seius hæres esto: deinde hic ante decimum quartum annum, post decimum decesserit, magis est, vt non possit bonorum possessionem substitutus petere: non enim videtur in hunc casum substitutus.*

Atque hoc postremo argumento moueor, vt posteriori sententiæ adhæream: Videtur enim & in proposita quæstione rectè dici posse, substitutum petere bonorum possessionem non posse; quia non videtur in hunc casum substitutus, vt patet.

Nec difficile est ad argumenta contrariæ sententiæ respondere. nam ad primum respondeo, eũdem effectum in ea specie obtineri tam per mortem, quam per deportationem filij; quia videlicet nepos in locum eius succedens testamentum rumpit. Quare ex legis sententia idẽ iuris est in vtroque casu constitutum.

Ad l.vlt.C.de instit.& substit. respondeo, ibi substitutionem factam, si postumus non nascatur, ideo extendi ad eum casum, quo nascatur, & in pupillari ætate decedat; quia in vulgari expressa inest tacita pupillaris, l. Lucius, ff de vulga.& sic extensio fit, propterea, quod inest tacita pupillaris.

Ad tertium ex l. vlt.C.de postum.hæred.instit. respondeo, testatorem ibi vnum casum tantum expressisse, quia se statim moriturum putabat, & voluisse filium hæredem esse in omnem casum. Simile est in l.Titius, §. Lucius, ff.de liber.& postum. quæ opponitur in quarto argumento, ac proinde tollitur eadem responsione argumentum ex ea petitum.

Ad quintum respondeo, in specie dicta l.si mater, eundem effectum sequi, tam ex emancipatione, quam ex deportatione; quia scilicet filius liberatur patris potestate, ad quod respexit testator, qui nihil ad patrem voluit peruenire.

Ad sextum respondeo, non idem esse, nolle, & non posse; & ideo substitutus in vno casu, non succedet, alio diuerso casu eueniente, licet aliquando æquiparentur casus omissus & expressus. Quia in substitutionibus sufficit non venisse casum, quem testator designauit.

Septimum non obstat. Ad octauum responsio patet; quia iustis rationibus nominatim est constitutum ac interpretatione receptum, vt vulgaria expressa contineat tacitè pupillarem, quod in hac specie constitutum ac receptum non apparet.

Ad vltimum respondeo, non esse id spectandum, an sit eadem ratio; quia omissus casus non continetur sub expresso, vt patet ex d. l.commodissimè, ff. de liber. & postum.& l.si ita quis, ff.de vulgari.

CAPVT LXII.

Vtrum vulgaris substitutio impediat transmissionem iuris deliberandi in hæredem instituti.



Ommunis est sententia Doctorum in l.prima, ff.de vulga. vulgarem substitutionem non impedire transmissionem iuris deliberandi in hęredem instituti, teste Ripa in Commentarijs, ibi, num. 133. Et alios multos citat Alexander Trentacin

A quius de substitutionibus, parte prima, cap. 5. quibus adde Duarenum in Commentariis ad tit. de vulga. substit. & Gregorium Tholosanum in Syntagmate, libro 42. capit. 13.

Primum argumentum est; quia vulgaris substitutio habet illam conditionem, si hæres non erit. Illa verò cõditio intelligitur hoc modo, si videlicet hæres ipse institutus non erit, vel alium hæredem non fecerit, vt in l.si paterfamilias, ff.de hæred.instit. Sed hic hæres institutus transmittendo ius deliberandi, alium hæredem, facit; qa potest adire si velit: Ergo vulgaris substitutio non impedit dictam transmissionem.

Secundum argumentum. Beneficium restitutionis in integrum ad hæredem transit minoris, qui hæreditatem repudiauit excluso substituto, dummodo sit res integra, l.quod si minor, §.Scæuola, ff.de minoribus. Ergo etiam beneficium iuris deliberandi, quod datur ex l. cum antiquioribus, C.de iure delib. transmittetur ad hæredem in

B stituti, excluso substituto.

Tertium argumentum. Conditio ad actum necessaria potest adimpleri per æquipollens, vt loquuntur nostri l.Gallus, §.& quid si tantum, ff de liber.& postum. Ergo & illa conditio vulgaris substitutionis, *si hæres non erit*, poterit adimpleri per æquipollens, nempe, si institutus hæres non erit, vel per se, vel fictè per hæredem suum.

Quartum argumentum. Ius accrescendi non impedit transmissionem, iuxta l.3.C.de iure deliber. Ergò neque substitutio, nam & ius accrescendi tacita videtur substitutio.

Postremum argumentum est ex l.vnica.§. in nouissimo, iuncto §.cum autem, C.de cad.tollend. Dicitur in §. in nouissimo, hæreditatem non aditam non transmitti, nisi quoad ius deliberandi: & in casu l. Vnicæ, C. de his qui ante apertas tabulas. Deinde in §. cum autem, dicitur, cessante transmissione, hęreditatem non aditam deuolui ad substitutum. Ergo, substitutio non impedit trãs

C missionem iuris deliberandi, secundum d. l. cum antiquioribus.

Contrariam sententiam amplexi sunt Angel. in dicta l.1.ff.de uulg. Ripa ibid. numero 139. qui alios citat, Salyc. in dicta l. cum antiquioribus. Polinus de Substit. in materia uulgaris substitutionis, q.44. Zasius de substitutionibus in materia uulgaris substitut. uers. Tertia species transmissionis.

Argumenta sunt ista. Substitutio impedit ius transmissionis ex potentia suitatis, ut notat Bartol. in l. si filius hęres, ff.de liber.& postum. Ergo molto magis transmissionem impedire debet iuris deliberandi.

Secundò, principum beneficia non debent alijs pręiudicium inferre, l. nec auus, C.de emancip.lib. l.2.§.merito, ff.ne quid in loco publ. c.quamuis, de Rescript. lib.6. Ergò beneficium l.cum antiquioribus, nocere non debet substituto.

Tertiò, Substitutio vulgaris ex mente testatoris lo-

D cum habet in eo casu, quo institutus hæres non fit, l.cum proponas, C. de hęred. instit. Sed hoc in casu institutus hęres non est, ut patet. Ergo locus est uulgari substitutioni.

Quartò, prouisio hominis facit cessare prouisionem legis, l.vlt.C.de pact.conuent. Ergo prouisio testatoris substituentis, facit cessare transmissionẽ ex prouisione legis.

Quintò, Substitutus excludit eos, qui à lege uocantur ad successionem, l.ult.C.de necess.ser.hęred. instit. Ergò excludere debet eos, qui à lege habent ius deliberandi ex transmissione.

Sextò, Substitutio est potentior iure accrescẽdi, quod ex legis dispositione locum habet, l.2.§.si duo, ff. de bon. posses. secundum tab. l.1.§ in primò, & §.pro secundo, C. de cad.tollend. Ergo est potentior iure transmissionis, de quo agitur.

Postremò, adfertur l.prima, C.de his qui ante apertas tabul. in illis verbis. *Licet non sint inuicem substituti.* Et quibus significari videtur potentius esse ius substitutionis,

A nis quam tranſmiſſionis, quia ſi eſſent filij inuicem ſubſtituti, ſine vlla difficultate ſuccederent.

Ego exiſtimo priorem ſententiam longè probabiliorem eſſe, & moueor ex dicta l. vnica, §. In nouiſſimo, iuncto §. cum autem, C. de cad. tollen. Verba legis hæc ſunt: *Hæreditatem etenim, niſi fuerit adita, tranſmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur. Exceptis videlicet liberorum perſonis, de quibus Theodoſiana lex ſuper huiuſmodi caſibus introducta loquitur, ius nihilominus, quæ ſuper iis, qui deliberantes ab hac luce migrant, à nobis conſtituta ſunt in ſuo robore manſuris.*

Poſtea in §. cum autem, ita pergit textus: *Cum autem in ſuperiore parte legis non aditam hæreditatem minimè, niſi quibuſdam perſonis, ad hæredes defuncti tranſmitti diſpoſuimus: neceſſe eſt, ſi quis ſolidam hæreditatem non adierit, hãc, ſiquidem habeat ſubſtitutum, ad eum, ſi voluerit & potuerit, peruenire. quod ſi hoc non fit, vel ab inteſtato ſucceſſores eam ſuſcipiãt, vel ſi nulli ſunt, vel accipere nolunt, vel aliquo modo non capiunt, tunc ad noſtrum ærarium deuoluatur.* B

Sententia legis eſt; hæreditatem non aditam non tranſmitti exceptis liberorum perſonis, & ſalua tranſmiſſione iuris deliberandi, ex l. cum antiquioribus. His ceſſantibus, hæreditatem non aditam ad ſubſtitutos deuolui, & illis nolentibus vel non valentibus, ad hæredes ab inteſtato pertinere, & iis non adeuntibus, ad fiſcum. Igitur ſubſtitutus non admittitur, niſi cum prorſus ceſſat ius tranſmiſſionis; atque adeo ipſum tranſmiſſionis ius ſubſtitutioni præfertur.

Quod ratione confirmari poteſt. Nam ſubſtitutus vulgaris, à teſtatore vocatur in eum caſum, quo inſtitutus vel nolit, vel non poſſit hæres eſſe. Cum autem is decedit intra annum, qui ad deliberandum datur, non poteſt verè dici, illum non potuiſſe, vel noluiſſe hæredem eſſe; quia nec repudiauit hæreditatem, & hæres eſſe poterat: Sed caſus euenit non expreſſus à teſtatore, quoniam nec adiuit, nec repudiauit hæres. Ergo ſubſtitutioni locus eſſe non poteſt. C

Reſpondet Ripa illum textum retorqueri poſſe, in d. l. 1. num. 138. ff. de vulg. *Aduerte*, inquit, *quia credo quod ille textus ſi fideliter inducatur, probet oppoſitum, referendo verbum, neceſſe eſt, ad caducitatem ſecundum ſubiectam materiam: quaſi dicat, vbi non habet locum tranſmiſſio, eſt neceſſe quod teſtamentum efficiatur caducum, & ſic cadat ad venientes ab inteſtato, vel fiſcum; niſi inſtitutus adierit ſolidam hæreditatem, vel niſi adſit ſubſtitutus, qui velit & poſſit adire: Ergo à contrario, vbi haberet locum tranſmiſſio, teſtamentum non redderetur caducum, etiam ſi inſtitutus, vel ſubſtitutus non adirent. Hoc autem eſſe non poteſt, niſi vltimo loco vocemur is, ad quos fit tranſmiſſio, & conſequenter bene ſequitur, quod poſt ſubſtitutum veniunt alii iure tranſmiſſionis. Comprobatur inductio ſic; Dicitur in principio legis, quod teſtatores ad caducitatem remouendam ſæpè faciunt ſubſtitutiones. Dicitur poſtea in §. in nouiſſimo. quod lex in certis caſibus conceſſit, hæreditatem non aditam* D *tranſmitti pariter ad excludendam caducorum obſeruationem. Ergo prouiſio illius legis eſt ſubſidiaria, vnde ceſſare debet, vbi ſubeſt prouiſio ordinaria.* Hæc & alia in eandem ſententiam ille.

Hæc reſponſio nihil obſtat; quia ſubſtitutio fit ad tollendam quidem caducitatem, & ſimiliter caducitas ceſſat, vbi tranſmiſſioni locus eſt: ſed non poteſt ille ordo conſtitui, quem iſte comminiſcitur. Nam Imperator maniſeſtè oſtendit, vbi tranſmiſſioni locus eſt, ibi neceſſariam non eſſe ſubſtitutionem ad tollẽdam caducitatem; ſed tunc demum cum tranſmiſſio ceſſat. Sic enim Imperator ſtatuit neceſſe eſſe, ſi hæreditatem quis non adierit, quæ alioqui non adita tranſmitti non poſſit, tunc ſi ſubſtitutus adſit, ad eum, ſi velit, & poſſit, pertinere. Ex quo patet tranſmiſſionis cauſam eſſe potiorem, & ſubſtitutum potius in ſubſidium admitti, hoc eſt in eum caſum, quo hæreditas eſſet in cauſa caduci, propterea quod non eſſet tranſmiſſioni locus.

A Confirmatur hæc interpretatio, quia ſi ſubſtituto non ſit locus, quia vel nolit, vel non poſſit adire, non dicit textus, locum eſſe trãſmiſſioni ad hæredem inſtituti; ſed hæreditatem deuolui ad hæredes, qui teſtatori ab inteſtato ſuccedunt, vel ad fiſcum.

Ad argumenta contrariæ ſententiæ reſpondeo. Primum non conſtat, quia maior illa propoſitio eſt dubia & incerta, ſcilicet ſubſtitutionem impedire ius tranſmiſſionis ex potentia ſuitatis, qua de re infra diſſeremus.

Ad ſecundum reſpondeo, beneficium l. cum antiquioribus, generale eſſe; & ad omnes pertinere, ſumma niti æquitate, & nemini præiudicium inferre, ſicut nec aliæ leges generales dicuntur alicui præiudicare. Alia ratio eſt in beneficio particulari Principis, quod vni cõceſſum, alteri præiudicat. de quo loquuntur leges in argumento citatæ.

Ad tertium reſpondeo, vulgarem ſubſtitutionem eo in caſu locum habere, quo inſtitutus hęres eſſe nolit vel B non poſſit; ſed hic caſus non euenit, cum intra deliberandi tempus decedit: Tranſmittit enim ad hæredem adeundi facultatem; & ideo hærede adeunte meritò ſubſtitutus excluditur.

Ad quartum reſpondeo, nihil valere argumentum ex generali, vt vocant, brocardico, vbi ſpecialis lex & ratio pugnat in contrarium.

Ad quintum reſpondeo, argumentum ſumi ex dicta l. vlt. C. de neceſſar. ſeruis hæred. inſtit. in illis verbis: *Hæreditatem autem, ſiquidem ſoluendo ſit, ad alios venire, quos leges vocant, ſi nõ aliquis fuiſſet ſubſtitutus.* Senſus eſt, conditione deficiente, ſub qua ſeruus hęres inſtitutus eſt, hęreditatem eſſe in cauſſa caduci, & ideo ſpectare ad legitimos hęredes, niſi ſubſtitutus adſit; & ſic probat ille textus ſubſtitutum efficere, vt hæreditas non pertineat quaſi caduca ad eos, qui ab inteſtato vocantur ad ſucceſſionem defuncti; non autem probat, impediri aliquam trãſmiſſionem iuris deliberandi.

C Ad ſextum reſpondeo, non rectè ſumi argumentum ex iure accreſcendi, quod eſt ad inſtar tacitæ ſubſtitutionis, ad expreſſam ſubſtitutionem, quia maior virtus eſt expreſſæ, quam tacitæ ſubſtitutionis.

Ad poſtremum reſpondeo, ſententiam legis, de qua in argumento, hanc eſſe; liberos hæreditatem parentum ſuorum non aditam tranſmittere ad ſuos hæredes, licet non ſint eis ſubſtituti; quia ſi ſubſtituti eſſent, non eſſet opus trãſmiſſione. Vtrum autem ſubſtitutio facta vnius, impediat tranſmiſſionem in fauorem alterius, nempe, hęredis eius, qui deceſſit ante aditam hæreditatem, nullum verbum habetur in illa lege.

CAPVT LXIII.

Vtrum filio repudiante hæreditatem, ſuccedat pater, an verò vulgariter ſubſtitutus?

D SEd & ingens controuerſia eſt, filiusfamilias hęres inſtitutus eſt; datus eſt ei vulgaris ſubſtitutus: repudiat hæreditatem patre inuito, vtrum pater eam adire poſſit, & adeundo ſubſtitutum excludere? Affirmant Bart. Aretin. Angel. Iaſon, Socin. ad l. 1. ff. de vulg. & alij ab Alexandro Trentacinquio citati, tracta. de ſubſtitutionibus, parte 1. cap. 6. quibus adde Zaſium, tracta. ſubſtit. tit. de vulgari, in puncto 4. verſ. At vero nos. Duarenus in Commentarijs, de vulga. ſubſtit. titu. de effectu vulgaris ſubſtitutionis.

Negant vero alii multi, ac præferendum eſſe ſubſtitutum contendunt. Alexand. ad d. l. 1. ff. de vulga. & alij à Trentacinquio relati, loco ſuperius annotato, ante num. 4. Quibus adde Gregorium Tholoſanum in Syntagmate iuris, lib. 42. num. 15.

Non referam hic omnia vtriuſque ſententiæ argumẽta: ſunt enim multa ex his leuiſſima, ſed præcipua duntaxat referam.

Prior

A Prior igitur sententia, quæ affirmat substitutum excludi, atque adeo patrē substituto præfert, nititur potissimū l. vlt. C. de bonis, quę liberis. Ita enim ea lege constitutū est: hęreditate filiofamilias delata, *siue pater adire filium familias integra ætatis compellit, & ille reclamandum existimat; siue filiusfamilias adire cupit, & pater in contrariū inclinat, liberam habere licentiam, & patrem ipsum sibi adire hæreditatem recusante filio, & omne siue damnum, siue lucrum in suam habere fortunam, nullo ex hoc præiudicio filio generando*, & è contrario filium recusante patre, vt ibi latius habetur. Ita, vt si pater adierit, filio repudiante, pater hęreditatem consequatur, *quasi ipse pater ab initio esset hæres institutus*: vt in §. simili deturque modo.

Cum igitur patri liceat, filio repudiante, hęreditatem adire, non aliter, ac si ipse hęres institutus esset, argumētum hic perspicuum vi patrem adire posse, & substitutum excludere.

Potissimum autem contrarię sententię firmamentum est in l. 3. de hęred. instit. vbi probatur, seruo hęrede instituto, adire nolente, etiam si adire iubeatur à domino, substitutum tamen excludi. B

Ego sanè posteriorem hanc sententiam, quæ substituto fauet amplector, sed non solidum esse iudico eius fundamentum, quia non est idem in fauorem domini constitutum, quod in fauorem patris, vt nimirum, recusante seruo, dominus adire possit hęreditatem, sicut filiusfamilias repudiante, pater adire potest. Fundamentum illud est solidum, quia venit casus vulgaris substitutionis: Illa enim locum habet, si hęres institutus, aut nolit, aut non possit hæres esse, sed hic non vult hęres esse, quia repudiat hęreditatem, Ergo substituto locus est.

Nec pater obstat, quia licet is adire possit repudiante filio, non tamen hoc in casu id procedit, quo filio repudianti substitutus datur. Nam voluntas ac dispositio testatoris obseruari debet, & contrarię legis dispositioni pręferenda. Lex quidem vocat patrem, si filius repudiet, hic testator vocat alium. Primum autem locum sibi vin- C dicare debet voluntas defuncti, l. in conditionibus primum locum, ff. de cond. & demonstr.

Cessante vero substitutione, tunc legis beneficium pater habet, & filio repudiante, adire potest, perinde ac si hęres ab initio institutus esset. Ita est accipienda l. vlti. C. de bonis, quæ liberis. non autem, vt loquatur eo casu, quo substitutus adest, de quo nullum est in tota illa prolixa Constitutione verbum, & quod, si quis statuat, iniquum esse videtur. Cur enim substituto à testatore uocato, si filius hęres esse noluerit, alteri nempe patri, hęreditatem deferendam quispiam existimauerit, filio hęreditatem repudiante, contra expressam voluntatem testatoris, cum leges iustis testantium dispositionibus obediendum esse tam serio mandent, vt in l. vlt. C. de fideicommissis §. disponat, in Auth. de nupt.

Non obstat, si dicatur, verba substitutionis vulgaris in hęrede, qui alieno iuri subiectus est, puta seruo, vel filiofa. illa nempe, *si hæres non erit*, hunc habere sensum, i. si D neque ipse hęres erit, neq; aliū hęredem fecerit, vt in l. si patertam. ff. de hęred. instit. & in §. vlt in Instit. de vulg. & consequenter ita accipienda esse in proposito, quantū ad filiusfam. scilicet, si nec ipse hęres erit, nec patrem hęredem fecerit. Hoc autem in caso repudiando facit patrē hęredem. Non, inquam, id obstat: quia intelligitur id procedere, cum filius vel seruus adiuit, & sic adeundo fecit hęredem patrem vel dominum, non autem cum non adiuit. Id patet, quia si non adiuit seruus, domino non acquiritur hęreditas, sed substituto vulgari, vt in d. l. 3. C. de hæred. instit. Nec valet replicatio, aliud esse constitutum in filiofam. repudiante, vt in d. l. vlt. C. de bonis quæ lib. quia non hic per omnia seruum & filiumfam. ęquiparamus, sed verba illa interpretamur: *Si nec alium hæredem fecerit*, ita esse accipienda, cum videlicet adita est hęreditas à filio vel seruo. Nec enim l. vlt. C. de bonis quę lib. quidquam de filiofam. nominatim constitutum est in ea specie, qua datus fuerit filio vulgaris substitutus.

A

CAPVT LXIV.

Vtrum fiscus excludat vulgarem substitutum.



GRatis, nisi mea me fallit opinio, controuertitur; vtrum fiscus excludat vulgarem substitutum. Exempli causa: Hæres institutus, cui vulgaris datus est substitutus; *Si videlicet noluerit, vel non potuerit hæres esse*, delictum committit, propter quod hæreditatem habere non potest. Vtrum fiscus ei succedat & auferat tanquam indigno, hæreditatem, an vero substitutus. Est hoc in controuersia positum sine caussa, vt dicebam; quia substitutum succedere debere indubitati iuris est. Namque conditio substitutionis euenit vt patet; Cum enim hæres succedere non possit, non fit hæreditas caduca, sed pertinet ad substitutum, ex l. vnica, C. de caducis tollend. §. cum autem, Authen. Hoc amplius, C. de fideicommissis. Nec B enim ob culpam hæredis debet iniuria fieri substituto, Argumento l. Papinianus, §. meminisse, ff. de inoffic. testam. ibi: *Cæterum si id rogatus fuerit restituere, non debet iniuria fieri*. Et loquor in eo casu quo hæres non adiuit, si enim adiuisset hæreditatem, cessaret vulgaris substitutio, l. post aditam, C. de impuber. & alijs substit. & meritò fiscus auferret ob delictum, atque ita docent Angel. in l. 1. ff. de vulg. Petrus Gregorius Tholosanus, in Syntagmate Iuris, lib. 42. cap. 14. Duarenus in Commentarijs ad Tit. de Substitut. tit. quibus verbis fiat vulgaris substitutio. & alij multi, quos refert Alexander Trentacinquius de substitutionibus parte prima, capit. octauo, post nu. 5.

Contrarium docuere Bartol. in d. l. 2. nu. 16. ff. de vulg. quem sequuntur ibi Imola, Alexander, Iason, Socin. Fernandus Vasquius, de successionū progressu, in pręfatione lib. 2. num. 12. & alij à Trentacinquio annotati loco supra citato, num. 1. Isti docent fiscum præferendum esse C substituto.

Ripa vero, in d. l. 1. nu. 155. quem & Trentacinquius sequutus est, distinctione ita vtitur, minus certè necessaria; vt siquidem hæres institutus indignus sit, ita vt non sit capax hæreditatis; tunc præferatur substitutus; si verò sit capax hæres, sed indignus, tunc fiscus præferatur, argumento, l. si post mortem, §. vlt. ff. de bonor. possess. contratab. quę tamen lex nihil ad rem pertinet, & hanc distinctionem non bene percepit Trentacinquius, dum dixit in hoc secundo membro distinctionis fiscum præferri, si hæres sit capax, & hæreditatem adiuit. Non ita loquitur Ripa, nec vlla est dubitatio, quin substitutus excludatur, cum institutus hæreditatem adiuit; quia post aditam hæreditatem expirat vulgaris substitutio, l. post aditam, C. de impub. & alijs substit. & consequenter tunc fiscus auferet hæreditatem, & sic succedet ac præferetur substituto.

D Sed videamus quantum habeant momenti argumenta eius sententiæ, quæ fisco suffragatur. Primum est ex l. si sequens, ff. ad Syllanianum. Martianus: *Si sequens gradus vltus fuerit necem testatoris, an prior hæreditas ad illū transferatur. Et ait Papinianus non esse hoc. Nam pœna illius, huius præmium esse non debet.*

Respondeo, non constare nobis, an Iurisconsultus de substituto vulgari loquatur: & dato, quod loquatur in ea specie hęredem iam adiuisse hęreditatem, atque ideo per eius aditionem exclusum fuisse substitutum vulgariter. Ratio autem dubitandi erat, quia substitutus (quem Iurisconsultus, ibi vocat secundum gradum) vltus erat necem testatoris, ideo videbatur dicendum eum succedere. Contrarium respondit textus, nempe, hæredis pœnam, qui priuatus erat hæreditate, propter accusationem omissam, huius, id est, substituti, licet vindicantis defuncti necem. præmium esse non debere.

Vt intelligamus illud responsum in hęrede, qui iam adiuerat hæreditatem, ratio nos impellit. Etenim iniquum esset eum pœna afficere, qui necem testatoris vl-

tus

tus non esset, si eius hæreditatem adire noluerit & contempserit. Certè ratio non patitur, vt is vlla afficiatur pœna. Nam tanti non æstimauit hæreditatem, vt accusationem instituere vellet aduersus occisores defuncti. Cum vero quis hęreditatem adiuit, tunc pœna affici debet, si non accusauerit occisores, quia is iurare debet se necem defuncti vindicaturum. Sic & in l. necessarias, quinto, §. primo, ff. eodem titu. non aliàs responsum est bona publicari, quam si hæres adierit hęreditatem ante quęstionem de familia habitam, & supplicium sumptum.

Secundum argumentum est ex eo, quod si hęres hęreditatem adiuit, iam exclusus est substitutus, ut dictum est: si vero non adiuit, videtur in fraudem fisci id factum, & ideo est perinde, ac si adiuisset, l. non iustam C. ad Trebell.

Respondeo, fraudem illam non esse pręsumendam, l. qui autem, ff. quę in fraudem creditor. Potest enim hęres ex alijs caussis non adire, vt patet.

Tertium argumentum est ex l. in seruitutem, §. ei qui, ff. de bonis libertor. vbi, si patronus indignus efficiatur eam ob caussam, quod contra tabulas bonorum possessionem petat, non tamen locus erit substituto. Respondeo, non esse locum substituto, in ea portione, cuius possessio patrono data est, vt inquit ibi textus. Et sic non obstat: quia nos etiam dicimus, hęrede adeunte excludi substitutum.

Quartum argumentum est, quia hęres, qui est indignus, facit hęredem alium, nempe fiscum: Aufert enim ab eo tanquam ab indigno, ergo vulgari substituto locus non est: quia illa conditio inest, si hęres non erit, quę tacitè aliam continet, videlicet, vel alium hęredem non fecerit, l. si paterfam. ff. de hęred. instit.

Respondeo, illam conditionem, si hęres non erit, ita esse accipiendam, vel alium hęredem non fecerit, scilicet adita hęreditate, & mutata conditione, vt in dicta l. si paterfamilias. Nam si hęres ipse institutus non adierit hęreditatem, alium hęredem facere non potest, l. 3. C. de hęred. instit.

Quintum argumentum est ex l. recusare, §. si fisco, ff. ad Trebellianum. Sed non pertinet ad rem nostram. Agitur enim ibi de fisco compellendo, vt hęreditatem adeat, & fideicommissario restituat. Non erat in ea specie datus substitutus vulgariter, quod patet, quia textus dicit bona vacantia fuisse, & ideo ad fiscum delata.

Sextum argumentum est ex l. cum fisco, ff. ad Syllanian. Caius; *Cum fisco caduca bona defuncti addicuntur propter inultam mortem*, &c. His verbis patet hęreditatem aditam non esse; quia si hęreditas adita esset, non diceretur caduca.

Respondeo, textum illum non loqui eo in casu, quo substitutus est datus: tunc enim caduca non essent bona, sed pertinerent ad substitutum. Et caduca dici possunt bona, etiam post aditam hęreditatem: quia videlicet propter culpam hęredis ad fiscum deuoluantur, argum. l. vlt. C. de iure emphyt.

CAPVT LXV.

Vtrum filius hæres à patre institutus legitimam accipere, & reliquam hęreditatem repudiare possit.

COmmunis & vera sententia est, filium hęredem à patre institutum repudiare non posse hęreditatem, legitima retenta. Vide Bart. & alios Doctor. in l. 1. ff. de uulgar. & latè alios referentem Trentacinquium, de substitutionibus, parte 1. cap. decimo, num. 24. Fundamentum est solidum, quia nemo potest hęreditatem pro parte adire, & pro parte repudiare, l. 1. & 2. ff. de acqu. hęred. Ergo neq; filius potest legitimam accipere, quę est tertia pars hęreditatis, ut in Nouella de Triente & Semisse, &

A reliquam hęreditatem repudiare. Huc accedat, quod aut filius vellet legitimam accipere seu retinere tanquam ex testamento relictam, aut tanquam ab intestato debitam: Si tanquam ex testamento, ergo testator pro parte testatus decederet, & pro parte intestatus, contra regulam l. ius nostrum, de reg. iuris. Pro parte testatus decederet; quia legitimam ex testamento filius haberet; pro parte verò intestatus, quia reliquam repudiaret hæreditatem. si tanquam ab intestato legitimam filius capere velit, nó potest; quia quamdiu hæreditas ex testamento adiri potest, ab intestato non defertur, l. quamdiu, 1. ff. de acquir. hæred. & nemo potest omissa caussa testamenti ab intestato hæreditatem adire, vt habetur in tit. ff. si quis omissa caussa testamenti, &c.

Sed operæ precium est argumenta diluere, quæ pro contraria sententia adferuntur, quam secutus est Ludouicus Romanus in l. 1. ff. de acq. hęred. & alii, quos commemorat Trentacinquius loco proximè citato.

B Primum argumentum est, quia creditor, cui delata est hæreditas, potest eam repudiere, & creditum suum petere, allegatur l. vt debitum, C. de hæred. act. quæ hoc non dicit, sed tamen est verissima propositio: tunc enim fit confusio crediti, si hæreditatem creditor adierit; non autem, si eam repudiauerit: Sed filius est creditor in legitima. l. prima, §. si impubere, ff. de collat. Ergo potest legitimam, tanquam sibi debitam accipere, & hæreditatem repudiare.

Sed omissis aliorum responsionibus, & ea disputatione; an filius respectu legitimæ dicatur creditor. Respondeo, latum esse discrimen inter filium, cui legitima debetur, & alios creditores. Nam quod aliis creditoribus debetur, non est pars hæreditatis, sed est quid diuersum ab hæreditate. Quare nihil prohibet, quo minus hæreditate repudiata, creditum suum consequantur, sed legitima, quæ filio debetur, est tertia pars hæreditatis, vel dimidia, pro numero liberorum, iuxta Nouellam, de

C Triente & Semisse. Ideo non potest hæreditatem repudiando, saluam habere legitimam: sic enim pro parte hæreditatem adire posset, & pro parte non adire, quod est absurdum.

Respondent contrariæ sententiæ autores, imò legitimam esse partem bonorum, non autem hæreditatis, quod ex eo manifestum est; quia deducitur in primis æs alienum in ea supputanda, l. Papinianus, §. quarta, ff. de inoffi. testa. & bona dicuntur, quę supersunt deducto ære alieno, l. subsignatum, §. bona, ff. de verb. sig.

Item respondent, legitimam iure hæreditario deberi filio, & in ea esse instituendum hæredem, vt in §. Aliud quoque capitulum, in Auth. Vt cum de appellat. cognoscitur, &c. scilicet, si hoc ipsum vtile sit filio, non autem, si præiudicium afferat, vt in casu isto; quia non posset legitimam habere, nisi totam hæreditatem haberet: Nam quod fauore introductum est, in odium retorqueri non debet, l. quod fauore, C. de legib.

D Ad ista replicari potest, legitimæ quidem rationem ita esse ineundam, vt deducatur æs alienum, sed non inde infertur, eam non esse partem hæreditatis. Nam hęreditas nihil est aliud, quam successio in vniuersum ius defuncti, l. nihil aliud, ff. de verb. sign. Et legitima est tertia pars, vel dimidia dictæ successionis; adeò, vt cum filius tertiam partem substantiæ habet, tunc dicatur legitimã habere; & sic effectu succedit filius in tertia parte. Quanta verò sit pars illa legitimæ, hoc est, quanti æstimari debeat, intelligi non potest, nisi deducto ære alieno: illud enim minuit defuncti substantiam, vt patet.

Quod verò dicebatur, in fauorem filij constitutum esse, vt debeat institui in legitima, & ideo non esse retorquendum in odium; nihil mouet; quia istud est ex natura rei. nec enim potest hęres esse pro parte, & pro parte non. Sicuti nec valeret argumentum, si quis diceret, non teneri filium hęredem institutum ad soluendum æs alienum defuncti; quia id ei pręiudicat, & in fauorem filij constitutum est, vt hęres institui debeat. Hoc enim

X sequitur

sequitur ex eo, quod hæres institutus est, vt æs alienum teneatur soluere; nec vlla ratio habetur fauoris filij; quia est onus coniunctum rei.

Secundum argumentum est, quoniam filius renunciando hæreditati non intelligitur renunciare legitimæ, sed requiritur specialis renunciatio, l. si quando, §. & generaliter, C. de inoff. testam. ex quo uidetur inferendum, filio saluam remanere legitimam, quamuis hæreditati renunciet. Respondeo, nec textum illum id probare, quod assumitur, nec rectè inferri posse, quod infertur. Hoc dicit ille textus; Filium, qui defuncti iudicium simpliciter agnouit, & approbauit, non idcirco excludi, quo minus legitimam petere possit, nisi specialiter legitimæ renunciauerit. De renunciatione hæreditatis nullum verbum in ea lege. Non rectè autem illud infertur: quia ut maximè verum esset, filium renunciantem simpliciter hæreditati, non uideri legitimæ renunciare; non tamen efficitur, filium ipsum renunciare posse hæreditati, retenta legitima. Hæc penitus diuersa sunt, an filius possit hæc facere, an vero vnum faciendo, videatur & alterum facere: Sic enim dicere possemus, filium quidem renunciando hæreditati, non uideri legitimæ renunciare; sed tamen non posse ita hæreditati renunciare, vt legitimam retineat.

Tertium argumentum est, quia si non liceret filio legitima retenta renunciare hæreditati, is legitima priuari posset sub ea conditione, si videlicet hæreditati renunciaret, quod absurdum esse videtur. Respondeo, absurdum non esse, sicut nec absurdum est, vt quis hæreditatē pro parte adire non possit, & pro parte repudiare, l. 1. & 2. ff. de acquir. hæred.

Quartum argumentum est, quia omne grauamen, & omne onus, & conditio legitimæ adiecta reijcitur à lege, & pro non scripta habetur, l. quoniam in prioribus, C. de inoff. testam. Ergo & illud grauamen, de quo agitur, est reijciendum, vt nimirum filius legitimam suam consequi non possit, nisi hæreditatem acceptet. Respondeo, illud non esse grauamen aliquod legitimæ adiectum, sed iuris esse præclaram & iustam constitutionem, qua cauetur, neminem posse pro parte adire hæreditatem, & pro parte repudiare; quia hæreditas est indiuidua, & nemo potest pro parte decedere testatus, & pro parte intestatus & pro parte hæredem habere, & pro parte non habere. Sic enim pro parte defuncti persona repræsentaretur, pro parte non. Item, onera hæreditaria pro parte subirentur, pro parte non subirentur, induceretur que maxima confusio & iniquitas, quam legum autores magnopere conati sunt euitare.

CAPVT LXVI.

Vtrum testamentum vires assumere possit à substitutione vulgari tacita, quæ in expressa pupillari continetur, pupillo post mortem testatoris decedente sine aditione.



INter omnes constat, testamentum uires ex substitutione vulgari expressa assumere, ex l. 3. §. vlt. ff. de lib. & postum. l. 2. C. de hæred. instit. l. vnica, §. in primo, & §. in nouissimo, C. de cad. tollend. l. Thais, §. Spendophorus, ff. de fideic. libert. Sed vtrum etiam ex tacita, quæ in expressa pupillari continetur, non est eadem omnium sententia. Affirmant aliqui, alij negant, vt videre licet ex commentarijs Ripæ, ad l. 1. ff. de vulg. & pupill. nume. 162. Vasquio de Successionum progressu, lib. 2. §. 2. num. 22. & 23. Corneo in consi. 199. nume. 24. lib. 2. Alexandro Trentacinq. de Substitutionibus, par. 1. cap. 10. num. 14. & seq. Mantica de Coniecturis vltimarum volunt. lib. 5. tit. 5. num. 7. & seq. Ego verò sic statuo, neutram opinionem aliqua lege probari. Adferuntur enim pro sententia affirmante, l. neque enim, §. vlt. ff. de milit. testam. & l. si pater filium, ff. de vulg. & pupillari quæ quidem leges de tacita hac vulgari, quæ in expressa pupillari continetur, nullam faciunt mentionem. Rursus pro negante adferuntur, l. ita tamen, §. à patre, ff. ad Trebell. & l. apud Iulianum, § idem Iulianus ff. eo. ti. quæ prorsus nihil ad rem dicunt, quam ob rem ratione aliqua ex legibus petita hanc quæstionem decidi oportet. Illa verò hæc est: In expressa pupillari substitutione tacitè vulgaris continetur, ex iusta quadam interpretatione voluntatis defuncti. Nam si substitutum succedere filio suo adeunti hæreditatem, & in pupillari ætate morienti voluit; creditur etiam voluisse eundem succedere filio non adeunte. Est enim eadem ratio, & hæc est coniectura voluntatis lege approbata, iuxta l. iam hoc iure, ff. de vulg. Ergo si pupillus nō adierit, nihil prohibet, quo minus substitutus succedat: is enim intelligitur esse in eum casum substitutus, quo filius hæres non erit. Atqui hæres non est, vt in quæstione proposita, ergo substitutus admittendus est.

At contra substitutio pupillaris hæreditate non adita vitiatur, l. 2. §. adeò, ff. de vulg. ergo & tacita vulgaris in illa comprehensa. Respondeo, negando consequentiam: Si enim locum haberet, expressa pupillaris, euanesceret vulgaris substitutio tacita; quod tamen nemo dixerit. Immò vero tacita vulgaris, quæ inest, ita demū effectum habet, si pupillus non adierit; quia hoc velle testator intelligitur, vt substitutus admittatur vtroque in casu: in eo scilicet, quo expressus est, si impubes decesserit, & in altero, si hæres non erit: quare vulgaris hæc tacita, licet insit in pupillari, non tamen ab ea sic pendet, vt pupillari uitiata, ipsa quoque euanescat. Valeat ergo illud generale brocardicum: Vitiato expresso, vitiatur tacitum, l. si sponsus, §. 1. ff. de dona. inter virum, & vxor. & si brocardicis agendum est, huc afferatur illud, vitiato expresso, non uitiatur tacitum æquè principale, l. fideiussor, & ibi Bart. de leg. 1.

CAPVT LXVII.

Vtrum idem sit statuendum, quod in præcedenti capite conclusum est, si filius ante patrem testatorem decesserit.



EXistimo etiam in ea specie testamentum à vulgari tacita, quæ in pupillari expressa substitutione continetur, vires assumere, qua decessit ante pupillum testator. Et ratio mea est; quoniam lex ita illam substitutionem interpretatur, ac si testator dixerit, filium meum hæredem instituo, & si is hæres non erit, vel hæres erit, & in pupillari ætate decesserit, Titium substituo; Sic enim fieri solet substitutio pupillaris, l. 1. ff. de vulgar. & pupil. Ergo si pupillus hæres non fuerit, substitutus erit hæres. Sed decedente ante testatorem pupillo, non est hæres, pupillus, vt patet, ergo substitutus erit hæres. Euenit enim casus substitutionis, vt Doctores loquūtur. Quam ob rem ne testamentum fit in causa caduci, planè dicendum est illud valere, & ab ipsa substitutione robur accipere, atque ita docuerunt Alexand. in l. 1. num. 32. ff. de vulg. Socin. ibid. num. 36. Ias. num. 59. Fernandus Vasq. alios citans, de Successionum creatione, libro 3. §. 21. nume. 242.

Contrariam sententiam habuerunt multi ex antiquis interpretibus, in d. l. 1. ff. de vulg. & præter eos Angelus in consil. 40. Reperitur inter liberos. Oldradus in consil. 20. Quidam hæres. Fridericus Senensis, in consil. 266. Rescribatis mihi. Bald. in consil. 151. in 4. volum. & 170. lib. 5.

Fundamentum est præcipuum in l. quod si filius, ff. de captiuis & postlim. reuersis. Papinianus: *Quod si filius antè moriatur in ciuitate, nihil est quod de secundis tabulis tractari possit. sine quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur,* &c. Si moriente filio ante patrem, de secūdis tabulis, id est, de pupillari substitutione tractari non potest;

testi; ergò nec de vulgari, quæ inest, ac tacitè intelligitur in ea comprehendi. Respondeo, non posse tractari de secundis tabulis in eum finem, vt locus sit pupillari substitutioni: Illa enim locum habet, si prius pater decedat, deinde filius in pupillari ætate; sed quantum ad vulgarē attinet, illa mortuo ante testatorem impubere locum habebit, quamobrem de illa textus non loquitur: neque enim vulgaris substitutio nomine secundarum tabularū venit, cum per eam non pupillo succedatur, sed testatori. Nec bona est collectio. Vitiatur pupillaris ipsa substitutio, ergo & vulgaris, quæ illi inest. Nam non ita inest, vt ab ea dependeat, vel accessorij vicem sustineat, sed ut principalis & ipsa ex legis interpretatione considerari debeat, quasi duo hæc uoluisse testator uideatur: vnum, vt moriente filio hærede intra pubertatem substitutus esset hæres. Alterum, vt filio hærede non existente succederet substitutus. Ideo non si vnum ex his uitiatur, idcirco alterum vitiari debet.

Cæterum Barto. in Commentarijs d.l.1.num.32.ff.de vulg. illam distinctionem adhibuit; vt si quidem testator filio defuncto mutare potuit testamentum & non mutauit, tunc vulgaris substitutio euanescat, secus si mutare nō potuit, vt quia statim & ips[...]on uus est, vel causam non mutandi habuit, quia forte existimauit filium suum viuere: tunc enim locus erit substituto. Sequuntur eandem sententiam Ripa, in eodem loco, nu. 167. Corn. consil. 207. lib. 1. Castren. in cons. 13. lib. 1.

Fundamentum est primo in l. tractabatur, ff de milit. testamen. vbi eadem distinctio adhibetur, & in l.3. C. de inoff. testam. Respondeo, latum esse inter hæc discrimen, & quæstionem propositam. Nam quod attinet ad l. tractabatur, agitur ibi de fideicommisso, quod ab hęrede restituendum erat; & quoniam illud deficit, si hæreditas non adeatur, ideo, vt sustineatur coniectura voluntatis opus est; illa verò est, quoties hęres moritur ante aditam hæreditatem ignorante id testatore, vel post mortem testatoris ipse hæres moritur, priusquam hæreditatem adierit: tunc enim, quia testator non habet causam testamentum mutandi, intelligitur hoc uelle, vt hæreditas restituatur per fideicommissum, si fuerit adita; si verò adita non fuerit, vt sit locus substituto. At in quæstione nostra tali coniectura non est opus; quoniam ipsa vulgaris substitutio suum obtinet effectum per mortem filij ante testatorem. Tunc enim cum hæres ille non fit, ideo substitutus hæres erit, quemadmodum testator ab initio designasse ac voluisse intelligitur.

Quod vero attinet ad l.3. C. de inoff. testam. ibi perpēdit textus, matrem mutare potuisse testamentum ad effectum, vt filium, quem viuere sciebat, & non instituerat, præterijsse intelligeretur, quæ res cum quæstione hac nostra commune nihil habet.

CAPVT LXVIII.

Vulgaris substitutio separatim facta personis imparibus, an contineat tacitam pupillarem.

SI vno ex filijs pubere, altero impubere existente eos pater instituat, atque inuicem substituat, certum est, vulgari tantum non etiā pupillari substitutioni locum esse: incongruum enim esset, vt in altero duplex substitutio intelligeretur, in altero autem vna tantum vulgaris, l. iam hoc iure, ff. de vulg. Cæterum, si separatim substitutio fiat, vtrum idem respondendum sit, non est eadē omnium sententia. Etenim Doctores Vltramontani in l. quamuis, C. de impub. & aliis substit. Idem iuris esse dixerunt, necnon Cynus ibidem, & hanc sententiam ueriorem uideri dicebat Ripa, in l. 1. nume. 170. ff. de vulg. Sed contrarium Itali Doctores omnes docuerunt in d. l. 1. ff. de vulgar. vt Ripa testatur loco proximè citato, & Alexander Trentacinquius de substitutionibus parte 1. cap. 11. num. 5. quibus adstipulatur etiam Zasius de sub-
A stit. in princ. tractatus in sexto effectu vulgaris substit. limitat. quinta, necnon & Duarenus in Commentarijs ad tit. de substit. cap. de effectu vulgaris substit. Et istis ego assentior.

Probatur hæc sententia ex d. l. iam hoc iure, ff. de vulgar. illis verbis: *Hoc itaque casu singulis separatim substituere pater debebit: vt si pubes hæres non extiterit, impubes ei substituatur; Sin autem impubes hæres extiterit, & intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem cohæredis substituatur. quo casu in utrumque euentum substitutus videbitur; ne si vulgari modo impuberi quoque substituat, voluntatis quæstionem relinquat, vtrum de vna vulgari tantummodo substitutione in vtriusque persona sensisse intelligatur, ita enim in altero vtraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur. vel certè euitandæ quæstionis gratia specialiter in vtrumque casum impuberi substituat fratrem*, &c.

Nec quicquam mouet argumentum Gallorum in eo
B positum, quod videatur incongruum esse, vt in persona vnius duplex locum habeat substitutio, in persona verò alterius una duntaxat. Et hæc ratio legis locum habeat, siue coniunctim, siue separatim substitutio fiat. Nam, vbi separatim fit substitutio, quælibet seruat suam naturam: Et ideo cum impubes puberi substituitur, intelligitur esse substitutus in casum vulgaris substitutionis tātum; ratio est: quia vulgaris substitutio tunc continere non potest tacitam pupillarem, cum ille, cui substitutio fit, sit pubes. Cum verò pubes impuberi substituitur, intelligitur substitutus in casum pupillaris substitutionis: Et quoniam pupillaris substitutio vulgarem tacitè continet, hinc fit, vt & in casum vulgaris substitutus esse uideatur.

Nil moratur etiam, quod respondetur ad textum, qui pro Italorum opinione affertur, nempe Iurisconsultum loqui, quando separatim substitutio fit pupillaris ipsi impuberi filio, non autem, cum vulgaris sit substitutio, ut
C patet ex illis verbis tex. *Sin autem impubes hæres extiterit, & intra pubertatem decesserit*, &c. Et rursus ex illis uerbis: *Ne si vulgari modo impuberi quoq; substituat*, &c. Quibus uerbis significare uidetur aliter esse cōstitutum, si impuberi fiat vulgaris substitutio.

Respondeo, in eo textu tria contineri. Primum, illud de pupillari substitutione separatim facta impuberi, quòd vulgarem contineat, & istud non facit ad rem. Alterum, de vulgari, nempe; si impuberi separatim substituat testator vulgari modo, uoluntatis quæstionem fore. Et istud ad rem nostram pertinet, quia non dicit tex. uoluntatis futuram quæstionem absolutè: quasi uidelicet tunc vulgaris pupillarem non contineat, nisi appareat eā fuisse mentem ac uoluntatem testatoris: sed tex. dicis relinqui posse uoluntatis quæstionem, quia ex coniecturis aliquibus dubium esse poterit, an testator voluerit tacitam pupillarem in vulgari contineri, vt patet ex uerbis sequentibus: *Ita enim in altero vtraque substitutio intelli-*
D *gitur, si voluntas parentis non refragetur.* Quibus uerbis indicat Iurisc. pupillarem tacitam comprehendi quidem in vulgari separatim facta: sed tamen quæstionem oriri posse uoluntatis testatoris: & ideo subdit tertium, nēpe, ad euitandum uoluntatis quæstionem, consultum esse specialiter in utrumque casum impuberi substituere.

CAPVT LXIX.

Quid si duobus impuberibus separatim substitutio fiat, vni vulgaris, alteri pupillaris, an tunc vulgaris contineat pupillarem.

SEd rursus controuersia est. Ambo filij sunt impuberes, alterum alteri separatim testator substituit, sed non eodem modo. Nam unum alteri vulgari modo substituit: Alterum uerò pupillariter, utrum in substitutione vulgari contineatur pupillaris? Affirmant Alexander in l. iam hoc iure,

A nu.7.ff.de vulg. & Soc.ſen.in l.1.num 8. verſ.decimo & vltimo limitat.ff.eo tit.poſt Gulielmum Cunium, quem citant. Negant Ripa, in d.l.1.ff.de vulg. nu.171. & Alex. Trentacinq. de Subſtitutionibus par.1. cap.11.nu.6. Et hæc poſterior ſententia uidetur mihi probabilior eo argumento, quòd ſubſtitutio facta in altero caſu, in vtroque caſu facta intelligitur, ſi voluntas parentis non refragetur, vt inquit Iuriſc. in l.iam hoc iure, ff.de vulgar. Sed hic refragari uidetur; quia in vnius perſona paterfamilias vulgari modo ſubſtitutionem fecit, in alterius verò perſona pupillariter ſubſtituit: Si enim voluiſſet in vtriuſque perſona locum eſſe pupillari etiam ſubſtitutioni, facilè potuiſſet exprimere, ſicut in alterius perſona expreſſit, cum non expreſſerit nec voluiſſe præſumitur, argum. l.vnicæ, § ſin autem ad deficientis, C.de cad.tollend.

Pro contraria ſententia adferri ſolet tex. in d.l.iã hoc iure, ff de vulg. quatenus ibi in vtrũque caſum factam intelligi ſubſtitutionem, ſi ſeparatim fiat, Iuriſconſ. reſpondit, licet in perſona vnius vulgarem tantummodo ſubſti- B tutionem fecerit. Sed hoc teſtimonium nihil ualet, quia in ea ſpecie Iuriſc. loquitur, in qua vnus filiorum erat pubes, alter verò impubes; & conſequenter non potuiſſet teſtator, etiamſi voluiſſet, pupillarem ordinare ſubſtitutionem in perſona vtriuſque, ſed duntaxat in perſona impuberis; cum impuberibus, non autem puberibus pupillariter ſubſtitui poſſit.

CAPVT LXX.

An vulgaris ſubſtitutio contineat pupillarem, ſi ſtatuto municipali cautum ſit, verba in teſtamentis accipienda eſſe ad literam, prout iacent, abſque vlla interpretatione.



Ontrouertitur præterea, ſi lege municipij caueatur, vt teſtamenta ad literam, prout ia- C cent, intelligantur, vtrum vulgaris ſubſtitutio contineat pupillarem. Tres ſunt Doctorum ſententiæ. Vna, continere. Fundamentum eſt; quia eiuſmodi Statutum non cenſetur omnem interpretationem reijcere, ſed tantum friuolam & cauilloſam, non autem iuſtam & legitimam, ita docent Innocentius in c.Rainucius, de teſtam. Ripa, in l.1.num.172. ff.de vulg. & alij quos commemorat Simon Pretus, de interpretatione vltim. voluntat. lib.1. interpret.1.dub.1. ſolut.4.num.8.

Secunda eſt opinio, non continere, eo nixa fundamento, quod litera dicatur, quæ legi poteſt oculis corporeis, non autem quæ ex coniecturis intelligi poteſt, argum. l.1.§.1.ff.de his quæ teſtam.delen. l.1.ff.ſi tabul.teſtamen. extab. c.exiit, § pen.de verb.ſignif. lib.6. ita docent Bal. & Alexan. in l precibus, C.de impub. & aliis ſubſtit. Iaſ. in l.iam hoc iure, ff.de vulg. & l.quamuis, C.de impub. Corneus in conſi.14.num.8.& 224 num.2.lib.2. Alex. Tren- D tacinq. de ſubſtit.par.1.c.2.nu.8. Simon Pretus, loco proximè citato.

Tertia eſt opinio diſtinguens in hunc modum. Aut ſtatutum reijcit ſimpliciter omnem interpretationem, & mandat teſtamentum intelligi, prout verba eius iacent, & tunc vulgaris continet pupillarem; quia non videtur iuſta interpretatio reiecta: Aut verò mandat ad literam intelligi, & tunc ſecus. Ita Socin. ſen. in d.l.1.col.50.ff.de vulg. Trentacinq. vbi ſup. nu.7.

Ego ſanè hic video magnam difficultatem: Nam verba Statuti locum habere non poſſunt, niſi iuris lædatur diſpoſitio, ac iuſta interpretatio. Rurſus, locus eſſe non poteſt iuſtæ interpretationi, niſi lædantur verba Statuti. Si Statuto ſit locus, vt iacet, lites multæ ceſſabunt, quæ ex ſubtili Doctorum interpretatione ſuſcitantur: neque enim diſputationi locus eſſe poterit, ſed è contrario illud incommodum naſcetur, quia omnis iuſta interpretatio ſublata erit, & conſequenter contra ius, contra rationem

A & æquitatem ſæpè iudicabitur. Quis ergo iuriſprudentiæ profeſſor atque amicus præferenda eſſe Statuti verba rectæ rationi, æquitati, iuſtitiæ, exiſtimauerit? Adde quod Statutum eiuſmodi non ualebit tanquam iniuſtum, cap.erit autem lex, 4.diſtinct. Quod ſi lites in Repub. naſcentur ex nimia Iuriſconſultorum ſubtilitate, id vero non legibus ſed hominibus adſcribendum erit, quorum varia & curioſa ingenia intra iuris ac iuſtitiæ cancellos continere, ita, vt nullus ab ea diſcrepet, nullus alteri negocium faceſſat iniuſtè, nulla vnquam legum quantumuis iuſtiſſimarum forma, nulla Principum ac Magiſtratuum cura & vigilantia obtineri poterit, ſed vnius Dei beneficio & gratia.

CAPVT LXXI.

Vtrum vulgaris ſubſtitutio filio facta tollat ſuitatem.

B



Aulus ſcribit in l.11.ff.de liber.& poſthumis: *In ſuis hæredibus euidentius continuationem eo rem perducere, vt nulla videatur hæreditas fuiſſe, quaſi olim hi domini eſſent, qui etiam viuo patre quodammodo domini exiſtimabantur. Itaque poſt mortem patris non hæreditatem percipere videntur, ſed magis liberam bonorum adminiſtrationem conſequuntur.* Atque hæc eſt ſuitas. & cauſa cur filij appellentur hæredes ſui, vt declarat Iuſtinianus in §.ſui, in Inſtit. de hæredum qualitat. & different. Iam igitur eſt controuerſia, vtrum effectus ille ſuitatis, atque adeo ſuitas, ex ſubſtitutione vulgari filio facta, ſublata eſſe intelligatur: Et quidem affirmarunt multi ſublatam eſſe, multis adductis legibus, quæ hoc non dicunt, nec argumentum vllum ſolidum, ex quo id probetur, præſtant, quam ob cauſam eas conſultò prætermitto; neque enim otioſe perſequi ſoleo ea quæ prolixam quidem, ſed parum vtilem C diſputationem requirunt.

Exiſtimo tamen per vulgarem ſubſtitutionẽ tolli ſuitatem illam, de qua diximus, hoc argumento: Cum pater filio hæredi inſtituto alium vulgari modo hæredem ſubſtituit, hoc vult atque declarat, vt ſi filius hæres inſtitutus vel nolit, vel non poſſit hæres eſſe, alius, quem ſubſtituit, hæres exiſtat: ergo in conſequentiam vel filium hæredem eſſe, ſi uoluerit; quia ſi nolit, alium ſubſtituit. Hæc autem res ſuitati, de qua diximus, maximè repugnat: illa enim hunc operatur effectum, vt filius ipſo iure hæres eſſe intelligatur, & hæreditas in eum continuari videatur, cui argumento reſpondere oportebat Tholoſanum in Syntagmate, lib.42.cap.13.nu.3. ſicut alijs reſpondit argumentis. Quamobrem affirmanti huic ſententiæ calculum præbeo, quam amplexi fuere Barto. Angel. Imola, Alexan. & Iaſ. in l.ſi filius hæres, ff.de liber. & poſtumis. Socin. in l.1.nume.47. ff.de vulgar. & in conſil.20.num.18.lib.primo, Gulielmus Benedictus alios ci- D tans, in cap. Rainucius, de Teſtam. in verbo, Mortuo itaque, 2.nu.190. & Alex. Trentacinquius, de Subſtitutionibus par.1.c.14.

Contrariæ ſententiæ argumenta ſic diluimus. Primũ argumentum eſt ex l.Papinianus, §.quarta, ad finem, ff. de inoff.teſtam. in illis uerbis: *Niſi fortè hic filius, ſi non fuit in poteſtate patris, a patre hæres inſtitutus, meritò omittet hæreditatem, & ad ſubſtitutum tranſmittens querelam inofficioſi teſtamenti inſtituet*, &c. Argumentum à contrario ſenſu ſumitur: quia ſi filio emancipato data videtur eſſe poteſtas omittendi hæreditatem ex eo, quod fuit à teſtatore alius vulgariter ſubſtitutus, argumento eſt, ſecus eſſe in filio conſtitutum, qui ſit in poteſtate patris.

Reſpondeo, non dicit textus datam fuiſſe poteſtatem filio emancipato omittendi hæreditatem ex eo, quod datus ei fuerit ſubſtitutus. Habet enim emancipatus facultatem omittendi hæreditatem, vtpote iure ciuili non cognitus, nec vocatus, §.emancipati, in Inſtitut. de hæred. quæ ab inteſt. defer.

Secun-

Secundum eſt ex l. ſi ſolus, ff. de acqnir. hæred. ſed nihil valet hoc argumentum; nihil enim aliud dicit, niſi, ſi ſolus hæres ex pluribus partibus quis inſtitutus fuerit, vnam partem omittere non poſſe, nec intereſſe, in quibuſdam habuerit ſubſtitutum, nec ne, meritò: neque enim licet vnam partem hæreditatis accipere & aliam repudiare, l. 1. & 2. ff. de acquir. hæred. quæ res nihil cum quæſtione noſtra commune habet.

Tertium argumentum eſt ex l. Lucius, ff. de vulg. ſed reſpondetur, in ea ſpecie aditam fuiſſe hæreditatem infantis nomine; ideo vulgaris ſubſtitutio expirat, & filio impubere defuncto ad matrem eius pertinet ſucceſſio. Id patet; quia Iuriſconſultus ibi quærit, an ea ſubſtitutio cõprehendat tantum vulgarem, an verò etiam pupillarem; Et dicit pupillarem non contineri. Et ideo non ad ſubſtitutum, ſed ad matrem legitimi filii hæreditatem ab inteſtato pertinere.

Quartum argumentum eſt ex l. quod ſi minor, §. Scæuola, ff. de minoribus, quatenus ibi Iuriſconſultus de filio in poteſtate loquens, cui datus erat ſubſtitutus, præſupponit eum poſſe omittere hæreditatem. Nam ſi ſuitas eſſet ſublata, non diceretur omittere, ſed repudiare hæreditatem. Reſpondeo, etiam extraneo congruere illud verbum omiſſionis hæreditatis, vbi per negligentiam non adiuit, l. prima, §. vltimo, ff. vt in poſſeſſ. leg.

Poſtremum argumentum eſt ex l. vlti. ff. de conditio. inſtitut. quæ lex ideo non offendit ſententiam noſtram; quia loquitur de filio inſtituto ſub conditione poteſtatiua, quæ ſola per ſe ſuſpendit ſuitatem, vt bene declarat Trentacinquius loco annotato in reſponſione ad vltimum argumentum.

CAPVT LXXII.

Vtrum vulgaris ſubſtitutio pluribus facta copulatiuè vno adeunte expiret.

Teſtator duobus hæredibus inſtitutis, Titio & Caio, vulgarem adiecit ſubſtitutionem in hunc modum; Si Titius & Caius hæredes non erunt, Sempronius hæres eſto. Alter eorum hæredum adiuit, alter repudiauit hæreditatem; quæritur an ſubſtitutus admittatur ad portionem repudiantis. Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ. Altera eſt, non admitti. Ita Bartolus, ad l. 1. numero 48. ff. de vulga. & eodem in loco Ripa, numero 188. Ruin. in conſilio 52. libro tertio, & alii, quos refert & ſequitur, Trentacinquius de ſubſtitu. parte prima, cap. 17.

Adferuntur hæc argumenta. Primum eſt ex l. quamuis, C. de impub & aliis ſubſtit. illis verbis: *Cum tamen proponas ita ſubſtitutionem factam eſſe. ſi mihi Firmianus filius & Aelia vxor mea (quod abominor) hæredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus hæres eſto. manifeſtum eſt in eum caſum factam ſubſtitutionem, quo vtrique hæredum ſubſtitui potuit.*

Sed re vera nihil probat ille textus. Eſt enim ſenſus; ſubſtitutionem factam videri in eum caſum, qui non ſolum impuberi filio, ſed etiam vxori conuenire poſſit, & conſequenter in eum caſum, quo filius impubes, & teſtatoris vxor hæredes non eſſent. Vtrum autem neceſſe ſit, vt ſubſtituto ſit locus, vtrumque hæreditatem repudiare, non declarat ille textus: Hoc enim tantum vult, ſubſtitutionem illam non porrigi ad eum caſum, quo filius impubes hæres eſſet, & in pupillari ætate decederet, licet aliàs regulariter porrigatur, vt ex verbis tex. quæ præcedunt, patet. Sic enim habent: *Quamuis placuerit ſubſtitutionem impuberi, qui in poteſtate teſtatoris fuerit a patre factam, ita: Si hæres non erit, porrigi ad eum caſum, quo poſteaquã hæres extitit, impubes deceſſit, ſi modo non contrariam defuncti voluntatem extitiſſe probetur. Cum tamen proponas,* &c.

Secundum argumentum eſt ex l. quidam teſtamento, A ff de vulg. ibi: *Eam videri voluntatem patrisfamilias fuiſſe, vt tertio gradu ſcriptos hæredes ita demum ſubſtituerit, ſi tota hæreditas vacaſſet,* &c. Cæterum, ex verbis, quæ ſtatim ſequuntur, apparet, id non ea ratione fieri, quod ea ſit natura ſubſtitutionis hoc modo factæ, ſed quia teſtator plures quam duodecim vncias inter ſubſtitutos diſtribuiſſet. Sic enim verba ſequentia habent: *Idque apparere euidenter ex eo, quod plures quàm duodecim vncias inter eos diſtribuiſſet, & idcirco,* &c.

Tertium argumentum eſt ex eo, quod ea ſit natura coniunctiuæ orationis, vt concurſus vtriuſque requiratur, l. ſi quis ita, ff. de verbor. oblig. Scæuola: *Si quis ita ſtipulatus fuerit: decem aureos dabis, ſi nauis venerit, & Titius Conſul factus ſit, non aliàs dabitur, quàm ſi vtrumque factum ſit.* Sed in verborum obligatione, quæ ſtrictè accipienda eſt, argumentum hoc procedit, conſiderata ipſorum verborum natura.

Altera eſt ſententia, quam & ipſe probabiliorem eſſe B iudico, quo ad repudiantis partem ſubſtituto locum eſſe. Ita Alexand. in l. quidam teſtamento, ff. de vulg. Iaſon in l. 1. num. 67. ff. eodem tit. Politus de ſubſtitut. in materia vulgaris, q. 25.

Fundamentum eſt ex l. falſa, §. vlt. ff. de condit. & demonſtrat. & in l. hęredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell. ex quibus legibus Doctores dicunt; Pluralem orationem in ſuas reſolui ſingularitates. Et quanquam non deſit reſponſio ſi quis diſputare velit: Videtur tamen mihi pro hac ſententia magnoperè pugnare voluntas teſtatoris. Si enim is voluit ſubſtitutum ſuccedere vtrique hęredi, ſi vterque repudiaſſet: videtur etiam voluiſſe alteri tantum eum ſuccedere, ſi alter repudiaſſet, quam coniecturam etiam Iuriſconſultus perpendit in ſpecie dicti §. cum ita. Et cum in conditionibus primum locum ſibi vindicet teſtatoris voluntas, l. in conditionibus primum ff. de condit. & demonſtrat. nihil me moratur verborum natura, quæ vtriuſque hęredis repudiationem exigunt, C quoniam in his magis voluntas ſpectari debet quam verba. Et ideo ad regulam, quæ adſertur ex l. ſi quis ita, ff. de verbor. obligat. reſponſio patet. Procedit enim illa ſecundum verba, non ſecundum mentem, vt dictum eſt.

CAPVT LXXIII.

Vtrum minore adeunte hæreditatem, & aduerſus aditionem in integrum reſtituto, vulgaris ſubſtitutus admittatur.

Exiſtimo veram eſſe communem Doctorum ſententiam, quæ docet, ſubſtitutum vulgarem admittendum eſſe quoties inſtitutus hæres adiuit, & tanquam minor aduerſus aditionem reſtitutus eſt. Hæc eſt enim in integrum reſtitutio, in priſtinum ſta- D tum repoſitio, l. quod ſi minor, §. Reſtitutio, ff. de minoribus, & tradunt omnes teſte Oddo ex communi ſententia, de reſtitut. in integr. parte prima, quæſt. 1. articu. 4. Ergo eſt perinde, ac ſi hæres non adierit, & conſequenter ſubſtitutus ſuccedit. Quamobrem Iuriſconſultus Scęuola, ex abſtenſione pupillæ præſupponit hęreditatem ad ſubſtitutum perueniſſe, licet illa prius adiuiſſet, in l. ex contractu, ff. de re iudic. *Ex contractu paterno* (inquit) *actum eſt cum pupilla tutore autore, & condemnata eſt* (infertur ex hoc aditam fuiſſe hæreditatem) *poſtea tutores abſtinuerunt eam bonis paternis, & ita bona defuncti ad ſubſtitutum, vel ad cohæredes peruenerunt,* &c.

At contrariam ſententiam Duarenus tuetur in commentariis ad Tit. ff. de vulg. & pupillari ſubſtitutione, in c. de effectu vulgaris ſubſtitutionis, autoritate l. ait prætor, 7. §. ſed Papinianus, ff. de minoribus: *Species* (inquit Duarenus) *tractata eſt in eo loco de ſeruo ſubſtituto. Quæſtio eſt de eo, qui minorem viginti quinque annis inſtituit*

A *& ei substituit seruum, qui est necessarius heres. Proponitur minorem, qui institutus est in primo gradu, adiisse hereditatem; deinde impetrata restitutione in integrum eam repudiasse, & quaeritur, an ea repudiatio faciat locum seruo substituto. Refertur sententia Papiniani ab Vlpiano, qui existimabat, seruum substitutum haeredem esse non posse. Existimabat Papinianus expirare substitutionem vulgarem adita haereditate, & quamuis restitutus fuerit minor in integrum, & restitutione impetrata haereditatem repudiauerit, non ideo conualescere substitutionem, quae semel expirauerat, hoc est, dictum Papiniani, quod Vlpianus ait esse verũ. Sed non per omnia, quibus verbis significat Vlpianus, id quamuis verum sit, non esse tamen accipiendum sine distinctione. Nam si haereditas soluendo non sit, hac repudiatio minoris locum facit substituto: si soluendo sit haereditas tunc non admittetur substitutus. Cum hac distinctione Vlpianus censet dictum illud Papiniani esse intelligendum, qui dixerat, non posse seruum substitutum haeredem existere. Sed quaeritur quid in aliis casibus dicendum sit? Ait Vlpianus* B *tunc locum esse substitutioni vulgari, cum seruus est substitutus, cumque haereditas soluendo non est. Pone igitur non seruum esse substitutum, sed alium, qui voluntarius tantũ haeres est, non necessarius, pone haereditatem soluendo esse, quid dicemus? an locus erit substitutioni vulgari? In hac quaestione mihi videtur, secundum Vlpiani sententiam atque etiam Papiniani, in eo loco non admittendum esse substitutum, & si vulgò dissentiant interpretes, & dicant, aditam haereditatem pro nulla habendam esse, propter restitutionẽ. Idq; obscurum non est dici ab eis aduersus sententiam Vlpiani & Papiniani, ex his, quae à nobis dicta sunt. Videtur enim haec sententia esse Papiniani & Vlpiani, quasi expirare substitutionem aditione haereditatis, & substitutum excludi. Obiicitur huic sententiae l. ex contractu, 44. ff. de re iud:* Et post pauca: *Sed mihi videtur nullum argumentum duci posse ex eo Scaeuolae loco aduersus hanc Vlpiani sententiam. Apud Scaeuolam dicitur abstentam fuisse à tutori-* C *bus suis puellam, & bona ad substitutum peruenisse. Itaque potest dici peruenisse bona ad substitutum; quia fortè haereditas non erat soluendo, secundum distinctionem Vlpiani, & hoc satis credibile est. Proponitur enim mulierem fuisse pupillam habentem, qui eam abstinuerunt a bonis paternis: Boni tutoris non est pupillam abstinere a bonis paternis, si haereditas soluendo sit. Credibile igitur est haereditatem soluendo non fuisse, atque ita peruenisse haereditatem ad substitutum restitutione impetrata. Nec illud aliter exprimere opus fuit. Nam non quaerebatur, an possent bona peruenire ad substitutum, an non: sed quaerebatur de vi & effectu rei iudicatae. nam sententia lata erat aduersus pupillã, antequam se abstineret, quaestio erat, quo casu peruenerunt bona, & ex qua caussa peruenire potuerunt & debuerunt, an actione iudicati, quae competebat aduersus pupillam, posset agi aduersus substitutum; non erat quaestio, an bona peruenire potuerint ac debuerint ad substitutum. Constabat peruenire potuisse ac debuisse. Quod igitur argumentum duci potest ex ea lege ad impugnandam sententiam Vlpiani &* D *nostram? nullum prorsus.*

Hactenus Duarenus, cuius fundamentum est in d §. sed quod Papinianus, vt patet. Respõsum affert Ant. Faber lib. 3. coniecturarum iuris, cap. 4. solidum ac subtile; *Aliam esse rationem haeredis serui necessarii, aliam alterius substituti: Cum enim necessarius ille sit, qui omninò, & protinus post testatoris mortem haeres est, vt Iustinianus definit, in §. 1. in Instit. de haered. qualit. & diff. apparet seruũ, qui non nisi necessarius haeres esse potest, postquam alter haeres extitit, ex substitutione haeredem esse non posse: Cum is, qui prius haeres fuit, per restitutionem haeres esse non desinat. Vnde Papinianus rectè dicebat, semper substitutum seruum excludi, nec eum casum excipiebat, si haereditas soluendo non sit. Sed quoniam, quae ratio facit, vt contra iuris regulam iustum possint serui necessarii, licet cum iis testamenti factio non sit, vt scilicet ipsorum potius quàm dominorum bona veneant, eadem locum habet, cum haeres scriptus post* A *aditionem restituitur; quia cum eo creditores agere non possunt, diui Impp. Pius & Seuerus rescripserunt, permittendum hoc casu seruo necessario, vt ex substitutione haeres esse possit, quasi vtiles actiones non tam habere, quam excipere videatur. Alioqui non potest Praetor vtiles actiones seruo decernere, cuius persona prorsus iure Praetorio incognita est, quemadmodum & iure Ciuili, nisi hactenus, vt haeres necessarius esse possit. At bonorum possessor necessarius esse non potest: Ergo quod de seruo Papinianus putabat, non idẽ de aliis dici potest, quos Praetor vtiles bonorum possessores efficit vt actiones vtiles habeant, quemadmodum in fi. d. §. Vlpianus ait.* Hactenus ferè Anton. Faber. Ex cuius verbis argumentum diluitur à Duareno allatum, & tota eius disputatio corruit. Argumenta multa pro vtraque sententia adferuntur à Doctoribus nostris, in l. 1. ff. de vulg. & omnium latissimè ab Alexandro Trentacinquio, parte prima, de Substitutionib. c. 18. Sed nec ad rem pertinere illa visa sunt, & ex penore eorum preciosa haec attulisse, B & meam de more sententiam adiunxisse satis fore putaui: eos qui minus necessaria non contemnenda tamen intelligere, aut se plenius informatos hac de re optant, ad eos autores relego, qui scripserunt in d. l. 1. Commentaria, & ad Trentacinquium loco annotato.

CAPVT LXXIIII.

Pupillus, cui substitutus datus à patre non est, an dicatur intestatus decessisse in terminis statuti de intestati successione loquentis.

VLpianus. *Intestati propriè appellantur, qui cum possent testamentum facere, testati non sunt:* Et paulo post: *Planè qui testari non potuit, propriè non est intestatus; puta impubes, furiosus, vel cui bonis interdictum est. Sed hos quoque pro intestatis accipere debemus,* l. 1. ff. de suis & le- C gitimis haered.

Licet clara sit haec Vlpiani sententia; impuberem non dici propriè intestatum, quia testari non potest, sed tamẽ pro intestato accipiendum esse; in controuersia tamen id positum est, circa Statuti interpretationem de intestato loquentis; an videlicet pupillus dicatur propriè intestatus decedere, aliquibus, puta vigintinouem Doctoribus, affirmantibus, quos refert & sequitur Menoch. in consil. 569. lib. 6. Aliquibus verò, puta viginti tribus, id negantibus, quibus adde Alexand. Trentacinquium de substitutio, par. 2. c. 3.

Sed affirmantibus ego me lubens socium adscribo Vlpiani autoritate, vt caetera iuris loca iam praeteream, in quibus pupillus intestatus appellatur, l. in testamento, C. de testam. milit. ibi: *Eo mater quidem intestata filia,* &c. in l. 2. C. de impub. & aliis substit. ibi: *Haereditatem quidem defuncti intestati filii,* &c. in l. pater, §. vlt. ff. ad leg. Falc. in l. qui duos, ff. de reb. dub. in l. sciant, C. de legit. in D l. omnem, C. ad Tertyl. & alibi.

Nam si pro intestatis accipere debemus etiam impuberes, & alios, qui testari non possunt, ex Vlpiani sententia, nihil proponi video, cur non etiam in Statutorum interpretatione eos pro intestatis accipere debeamus; aut certè non ex iure petenda est interpretatio Statutorum, sed aliunde, quod est absurdum.

At dicunt contrariae sententiae autores. Verba Statutorum propriè accipiẽda sunt. Propriè autem intestatus non dicitur is, qui testari non potest. Sed quaero: an ita sint propriè verba Statutorum accipienda, vt excludatur cõis ex iure interpretatio, communis vsus, stylus, sententia: Si non; Ergo nihil obstat argumentum; quia, ut maximè repugnet verbi proprietas, adstipulatur tamẽ vsus siue interpretatio Iurisc. sic enim Vlp. ait: *Sed hos quoque pro intestatis accipere debemus.* Si dicatur omnem excludi interpretationẽ, & solam verbi proprietatem sequendã, respondebo, quis hoc dicit? Amplius (sed nouum forsan videbitur iis, qui iurant in brocardica dicta) nego regu-

lam

Iam fine dictum, quod affertur; nempe, verba Statutorũ propriè accipienda esse.

Profertur l.3.§.hæc verba, ff.de neg.gest.l.1.§.si is, qui nauem, ff.de exercit. actio. legantur textus, nullum verbum de statutis, nulla coniectura, nullum argumentum. Non verba hic adijciam, sed videantur & animaduertere licebit, quàm inanis ea sit allegatio. Hoc fundamentum si corruat (apud veritatis autem amatores corruet) omnia corruunt, quæ super eo ædificantur.

CAPVT LXXV.

Si testator filio hæredi instituto absque liberis decedenti, aliquem substituat, & alienationem prohibeat bonorũ, antequam ad 25. annum perueniat; vtrum eidem videatur post 25. ætatis annum alienationem permittere in præiudicium substituti.



Nsignis controuersia est. Pater hæredem instituit filium, eique sine liberis decedenti aliquem substituit, ac omninò vetuit, ne ante 25. ætatis suæ annum alienaret bona hæreditatis; Vtrum filius post 25. annum alienare possit liberè, ita vt reuocari non possit alienatio, neque bona vindicari ab ipso substituto.

Et quidem filium alienare posse liberè post 25. annũ, & sic substitutum excludere, responderunt Alexander in consil.55.num.7.& 8. lib.3. Iason in consil.173. lib.2. Decius in cons.513.nu.4.Ruinus in consil.76.lib.2.consil.112.& 132.eodem lib. Parisius in cons.25.n.13.lib.2. Socin. iun.in cons.163. nu.33.lib.2.& 188. nu.12.& 13. eodem lib. Dominus meus Decianus, in consil.78.num. 25.lib.3.Menochius in cons.151.nu.27.& cons.152.nu. 60.lib.2.Mantica de coniect.vlt.volunt.lib.3.tit.17.n.11.

Contrariam sententiam, nempe, alienare non posse in præiudicium substituti, secuti sunt Paul.Castrens.in cõsil.263.num.3.lib.3.Decius in cons.386.Parisius in consil.31.num.37 lib.2.& 25. num.30.lib.3. Socinus iun.in cons.131. num.12. lib. 1.& 188. in fine, lib. 2. Alciatus in cons.42.num.12.lib.9.& 136. nu. 3. eod.lib. Ferdinand. Leaz, ad l.filiusfam.§.diui, num.25. de leg.1.Ruin.in consil. 117. num.27.lib.2. & 121. num.9.lib.3. Hieron. Gabriel.in cons.132.num.6. D. Cephal. in cons.153. nu.42. Osascus, decis.85.nu.13. Thobias Nonius, in consil.90. num. 8. Alciat.in cons.495. num.6. Hieron. Manfredus de Attentatis, lib.1.par.6.num.5.

Argumenta prioris sententiæ hæc sunt. Expressa hominis dispositio facit cessare tacitam legis dispositionem, l.cum ex filio, §.1.ff.de vulg. Ergo expressa prohibitio testatoris hoc in casu operatur, vt tacita legis prohibitio cesset, qua videlicet res restitutioni subiectæ alienari nõ possunt, vt in Auth.res quæ, C.commun. de leg. Consequenter nil proponitur, cur cessante tacita legis prohibitione, res alienari non possint ab hærede post 25.annum.

Secundum argumentum; Testatoris dispositio ita debet intelligi, ne sit inanis, & superuacanea, l.si quando, de legatis primo. Sed inanis esset, & superuacanea testatoris prohibitio, nisi post 35. annum hæredi liceret liberè alienare res hæreditarias; igitur hæres alienare poterit.

Tertium; Specialis dispositio derogat, vel saltem limitat generalem dispositionem, l.cohæredi, §. qui patrem, ff.de vulg.l.vxorem, §.felicissimo, de leg.3.l.quæsitum, §. vlt.ff.de fundo instr. Sed legalis dispositio, qua res alienari prohibentur, quæ restitutioni sunt obnoxiæ, generalis est: illa verò prohibitio, nè ante 25. annum alienatio ab hærede fiat, specialis est; Ergò hæc generali derogat, eamque limitat, vt locum habeat tantùm vsque ad 25. annum.

Quartum argumentum; Cùm præcedens vel sequẽs Clausula suam habet claram determinationem; tunc Clausula vel præcedens, vel sequens, non refertur ad illam, l.cum vulgari, ff. de dote præleg. l.cohæredi, §. qui patrem, ff. de vulgar. sed in proposita specie Clausula sequens, qua testator prohibuit alienationem ante 25. annum, suam habet separatam determinationem, ergò illa generalis, quæ ex substitutione inducitur, non refertur ad hanc sequentem, ne alienatio fieret ante vigesimumquintum annum.

Quintum argumentum est; quia cùm prohibitio facta fuerit alienationis ante 25. annum, non extenditur vltrà dictum tempus; & consequenter post illud tempus à contrario sensu videtur permissa alienatio, l.si ita quis, ff.de vulg.l.epistola, §.vlt.ff.de pact. l. Imperator, ff. de postulando, l.in hoc iudicio, §. si conueniat, ff. commun. diuid. l.pater filium, §. fundum, de leg. 3. l.4 ff. de seruitut. l. statu liberum, §.vltimo, de leg. 2. l. si minor, ff. de verborum obligationibus, l. 1. & 2. C. de his qui in exilium dantur, lib. 10. cap. præsentium, de clerico percussore.

Et hoc argumentum maximè procedit, cum testator ita disposuit, vt hęres non possit alienare, nisi post 25. annum; quia dictio illa, *nisi*, importat, vt post illud tempus possit alienare, arg.l.quibus diebus; §.quidam Titio, in fine, ff.de cond.& demonst.

Postremum argumentum est; quia in dubio sumi debet illa interpretatio, qua hæres minùs grauatus sit, l.vnũ ex familia, §.si rem, de leg.2. Sed hac interpretatione admissa, minùs censetur grauatus hæres, vt patet; quia poterit alienare post 25.annum; ergò hæc interpretatio recipienda est.

Posterioris autem sententiæ argumenta sunt ista. In hac facti specie duplex est prohibitio; vna testatoris, & altera legis; quia res restitutioni subiectæ alienare non possunt. Auth. Res quæ, C. Comm. de legat. vel si alienentur, eueniente conditione, irrita est alienatio, & vindicari possunt, l.vlt.§. sin autem. C.eodem tit. Ergò licet prohibitio testatoris cesset post 25. annum, non tamen cessat legis prohibitio.

Secundum argumentum. Non debet illa recipi interpretatio, quæ repugnantiam inducat: tunc enim non valeret dispositio l. vbi repugnantia, de regu.iur. & quia non præsumitur quisquam sibi ipsi contradicere, l. nam ad ea.ff.de cond. & demonst. Sed si dixerimus, illam interpretationem valere, quæ dat hæredi potestatem alienandi post 25. annum, repugnantiam inducimus; quia hæc repugnant, quod res alienari possit, & quod restitutioni subiecta sit. Ergo talis interpretatio adhibenda non est.

Tertium argumentum. Inducta ad vnum effectum, non debent contrarium operari. l.legata inutiliter, ff. de adim. legat.. Sed prohibitio, ne ante vigesimum quintum annum alienatio fiat, inducta est ad restringendam alienandi potestatem; ergo contrarium operari non debet, vt nimirum post vigesimum quintum annum alienatio sit permissa.

Quartum argumentum. Vbi sunt duo impedimenta, tunc vno cessante, non tamen cessat alterum, §. affinitatis, in Instit. de nupt. sed hìc sunt duo impedimenta; Alterum testatoris, alterum verò Legis; Ergò, licet vnum cesset, puta testatoris, non tamen cessat alterum, nempe, Legis.

Ego in proposita specie animaduerto duplicem interpretationem adhiberi posse, quemadmodum ex duabus contrarijs sententijs iam relatis colligitur; sed omnem difficultatem in eo esse positam; vtra ex dictis interpretationibus obtinere magis debeat. Prima interpretatio est, hanc esse testatoris mentem ac voluntatem, vt post 25. annum alienatio sit hæredi permissa, & simul consistat fideicommissum hoc modo; vt videlicet fideicommisso sit locus, si alienatio facta non fuerit; & hanc interpretationem adhibent prioris sententiæ autores. Altera est interpretatio, vt post 25. annum alienatio sit hæredi permissa, & simul fideicommissum consistat hoc modo; nempe, vt alienationi sit locus, eaque valeat & effectum habeat, si non eueniat conditio fideicõmissi, quatenus

anter-

interpretationem adhibent posterioris sentētiæ autores. Igitur in hac re, in qua disputationis cardo vertitur, magis probabilem esse iudico posteriorem interpretationē ac sententiam. Et fundamentum meum est: quoniam certum est testatoris hanc esse voluntatem, vt hærede defuncto absque liberis, substitutus succedat; consequenter certum est, eiusdem testatoris hanc esse voluntatem, vt bona alienata vindicare possit: & eo casu adueniente, alienatio reuocetur iuxta claram legis constitutionē. Implicat enim repugnantiam quandam, quod hæres restituere grauatus sit, & simul alienare possit: ita, vt restitutioni locus esse intelligatur, si non fiat alienatio. Hæc est insolita, & nullo iure subnixa fideicommissaria ordinatio, regulis iuris maximè repugnans & contraria, quibus cauetur fideicommissi conditione eueniente, in irritum deduci omnem alienationem, bonaque vindicari posse, d. l. vlt. §. sin autem, C. Commun. de legat. Quomodo verò propter prohibitionem ad 25. annum restrictam idē testator post illud tempus alienationē permittere voluerit, incertum planè, & obscurum est, Vtrū liberè, an non; Vtrum ita, si non venerit conditio fideicommissi. Quare in hac obscuritate, æquum bonum est, eam coniecturam accipere, qua salua voluntate defuncti in eo, quod clarum & exploratum est, intelligatur data esse facultas alienandi eo in casu, quo id iure permissum erit. Quasi testator ante 25. annum modis omnibus alienationem vetuerit; & sic etiam conditione deficiente fideicommissi, illam irritauerit hæredis adolescentiæ prospiciens, vel alias ob causas ita volens; post 25. autē annum non vetuerit, sed permisisse intelligatur, prout à lege permissa est. Hanc esse censeo probabiliorem sententiam, quia iustius est, vt ex ijs, quæ clara sunt, declarentur obscura, quàm contrà ex obscuris & incertis clara & certa in discrimen vocentur.

Nec difficile est respondere ad argumenta prioris sententiæ. Nam ad primum nego pronunciatum generale, quod proferunt, verum esse. Nego illud colligi ex l. cum ex filio, §. 1. ff. de vulg. Verba textus hæc sunt: *Filio impuberi in singulas causas alium atque alium hæredem substituere possumus; veluti vt alius, si sibi nullus filius fuerit, & alius, si filius sit, & impubes mortuus fuerit, & hæres sit.*

Videas lector an ex his verbis colligi possit generale illud Pronunciatum; certè non mihi videtur; nullum enim verbum eò tendit. Cùm autem testator casus distinguit, & in singulos casus alium atque alium hæredē substituit, nihil mirum, si vnus casus alium non complectitur; quia in alio casu alius est substitutus; & ideo tunc vulgaris non continet pupillarem tacitè. Sed licebitne generale hinc argumentum sumere, semper, & generaliter tacitam legis prohibitionem cessare, vbi adest expressa testatoris prohibitio, quæ non excludat tacitam? Certè non licebit apud eos, qui ex fontibus ipsis legum, non ex riuulis Brocardicorum Axiomatum, iudicare solent.

Ad secundum argumentum respondeo, negando minorem: neque enim prohibitio inanis erit, & superflua: primum, quia post vigesimum quintum annum cessabit; deinde, quoniam alienatio permissa esse intelligetur, si videlicet conditio substitutionis non euenerit; & denique, quia sufficit tempus prohibitioni adiectum id significare, vt post illud prohibitio locum non habeat.

Quod attinet ad tertium, concedo Generi per speciem derogari; sed hoc intelligitur secundum formam, quæ continetur in specie, non autem vltrà ac præter eam; ac proinde, cùm specialis prohibitio sit, ne fiat alienatio ante vigesimum quintum annum, illa præualebit generali prohibitioni, quæ oritur ex fideicommisso: ita scilicet, vt etiam generali illa prohibitione cessante, puta ex morte substituti ante grauatum, vel ex conditionis defectu, non tamen specialis & expressa cesset prohibitio. Cæterùm post vigesimum quintum annum non loquitur testatoris prohibitio; ideo locus est generali prohibitioni tacitæ, quæ tunc intrat, nec reperit ob-

A staculum aliquod; silet enim prohibitio specialis. Et si dicatur permissam tunc esse alienationem à contrario sensu, respondetur, id colligi ex generali ac tacita quadam interpretatione, quæ locum haberet, nisi obicem inueniret ex fideicommisso, quo tacitè alienationis prohibitio continetur.

Ad quartum respondeo, non hoc ex sententia, quam approbamus, induci, vt sequens prohibitio ante vigesimum annum determinet generalem illam ac separatam prohibitionem, quæ oritur ex fideicommisso. Vna enim aliam non impedit prohibitionem. Itaque ante annum vigesimum quintum specialis prohibitio sibi locum vindicabit à testatore expressa. Post annum 25. locus erit tacitæ, quam lex introduxit, prohibitioni.

Ad quintum respondeo, argumentum à contrario sensu hoc efficere, vt post vigesimum quintum annum cesset prohibitio testatoris, ac proinde alienatio permissa esse censeatur; eo tamen modo, quo non derogetur te-
B statoris dispositioni circa substitutionem; neque enim tacita illa interpretatio, quæ colligitur à contrario sensu, tollere potest expressam voluntatem testantis.

Nec verbum illud (*nisi*) quidquam plus operatur, quàm argumentum à contrario sensu: Videtur enim testator non prohibere, & consequenter permittere alienationem post 25. annum: si tamen hoc fiat saluo iure fideicommissi, & non illud destruatur.

Ad vltimum argumentum dico, in dubio quidem illam accipiendam esse interpretationem; sed tamen hic sumi non posse, quia voluntas testatoris est clara: & illa interpretatio præualere debet, quæ repugnantiam tollit, & illibatam seruat testatoris ordinationem.

CAPVT LXXVI.

Vtrum si ex Galli Aquilij consilio nepos hoc modo institutus: si filius meus me viuo morietur, tunc qui ex
C *eo natus erit, hæres esto, censeatur filius ipse hæres institutus?*

COmmunem amplector sententiam, cuius mihi fidem facit Franciscus Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum lib. 3. tit. 1. num. 17. filium institutum non videri, cùm testator Galli Aquilij formulam secutus, ita loquitur: *Si filius meus me viuo morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, siue qua neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nataue erit, hæredes sunto.* Et idcirco testamentum nullum esse iure ciuili: cui sententiæ nouissimè accedit & Duarenus in Commentarijs ad Tit. qui testament. facere possunt: super explicatione §. in omnibus, l. Gallus, ff. de lib. & posthum. Vtor autem argumento, quod rem sanè clarissimam ac manifestam reddit ex textu d. l. Gallus, §. in omnibus, vbi Scæuola: *In omnibus (inquit) iis*
D *speciebus illud seruandum est, vt filius dumtaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit hæres institutus. Nam frustra exhæredabitur post mortem suam.*

Ex hoc loco sic argumentor. Si Galli Aquilij formula tacitam contineret filij institutionem, vel, vt alij arbitrantur, filius tacitè vocatus ad legitimam successionē intelligeretur, frustrà nos Scæuola admoneret, in omnibus speciebus illud seruandum esse, vt filius instituere tur hæres ex aliqua parte. Quia verò non ignorabat testamentum nullius esse momenti, in quo filius præteritus est, l. 1. ff. de iniusto rupto & irrito testamen. idcirco monet filium instituendum; neque enim exhæredatio sufficeret, *Nam frustrà* (inquit) *exhæredabitur post mortem suam*. Cuius sententiæ illa est ratio, quia exhæredatio vim non habet, nisi adita hæreditate ab hærede, l. filium, §. sed cum exhæredatio, ff. de bonorum possess. contra tab. Hæreditas autem adiri non potest à nepote hærede, nisi post mortem filij, ex ipsa verborum formula. Ergò frustrà exhæredatio post mortem eius fieret. De-

clarat

chato: Testator dicit. Filium meum exhæredo, & si is viuo me morietur, nepotem instituo. Hæc nepotis institutio locum non habet, nisi post mortem filij, vt pater: Ergò tunc adire nepos hæreditatem potest: Et tunc vires habere incipit exhæredatio. Sed frustrà, quia filius iam decessit. Huc accedat text. in l. si quis eum, §. vlt. ff. de vulg. vbi Pomponius: *Si secundum testamentum ita fecerit pater, vt sibi heredem instituat, si viuo se filius decedat, potest dici non rumpi superius testamentum; quia secundum non valet, in quo filius præteritus fit.*

Iure autem Prætorio testamentum sustinetur, quo filius præteritus viuo testatore decessit, si legitimi hæredes, qui ab intestato vocantur, instituti fuerint, vt in l. postumus, versic. idem & circa, ff. de iniusto rupto testamen. Quamobrem & in specie ista sustinebitur, sed Iure Ciuili aliter respondendum omninò mihi videtur, vt iam dixi.

Quæ autem ab Alciato, & alijs pro contraria sententia adferuntur, nisi planè confutauero, tota causa, vt cadam, æquo animo feram.

Primum, adsertur text. in l. cum in testamento, 37. ff. de hæred. instit. Iulianus: *Cùm in testamento ita scribitur: Si filius meus me viuo morietur, tunc nepos ex eo post mortẽ meam natus, hæres esto. duo gradus hæredũ sunt,* &c.

Si duo sunt gradus hæredum, ergò in primo gradu filius institutus esse videtur, & nepos in secundo.

Respondeo, hunc Iuliani locum declarandum esse ex loco Scæuolæ, vt videlicet tunc duo hæredum gradus esse intelligantur, cùm filius à testatore hæres institutus fuerit. Non enim Iuliano propositum ibi est declarare, vtrum in formula illa filij institutio comprehendatur, sed supponit eam comprehendi: deinde docet, nullo casu vtrumque scilicet filium & nepotem ad hæreditatem admitti: *Ex quo* (inquit) *apparet, si nepoti Titius substitutus fuerit, & filius patri hæres extiterit, non posse Titium vnà cum filio hæredem esse; quia non in primum, sed in secundum gradum substituitur.*

Secundum argumentum est ex l. si quis ita hæres instituatur, ff. de hæred. instit. Scæuola: *Si quis ita hæres instituatur, si legitimus hæres vindicare nolit hæreditatem meam, puto deficere conditionem testamenti illo vindicante.* Quibus verbis Iurisconsultus præsupponit testamentum valere.

Respondeo, nos loqui de filio in potestate constituto, qui nominatim instituendus est, nec præteriri potest, & dicitur esse suus hæres; vt in Instit. de hæredum qualit. & different. alia ratio est hæredis legitimi, qui differt à suo: & ideo ponitur ad differentiam sui hæredis, in tit. de suis & legitimis hæredibus. Quamuis & suus potest dici legitimus.

Tertium argumentum est, quia tunc videtur esse nullius momenti testamentum, in quo filius est præteritus, quando pater facit illi iniuriam pręteritione: Sed hic nulla fit iniuria filio præterito, quia eo in casu est præteritus, quo viuente testatore mortuus est.

Respondeo, iniuriam fieri; quia non instituitur hæres, vt institui debet in testamento: Et licet nepotis institutio ita locum habeat, si filius moriatur viuo testatore, non tamen tollitur præcedens iniuria ex præteritione. Debuit enim pater illum instituere, & tunc nepotem sub ea conditione substituere.

Quartum argumentum est ex l. Etiam si ius annulorum, §. Libertus si patronum, ff. de bonis libertor. Vlpianus: *Si libertus patronum suum ita hæredem scripserit; si filius meus me viuo morietur, patronus hæres esto, non male videtur testatus.*

Respondeo, non malè videri testatum, quia subdit textus: *Nam si decesserit filius, poterit hic existente conditione accipere bonorum possessionem.* Suprà autem exposuimus iure Prætorio testamentum reuiuiscere, & ex eo bonorum possessionem peti posse, si filius præteritus viuo testatore moriatur. At nostra quæstio est, quid Iure

A Ciuili dicendum sit; non autem quid Iure Prætorio.

Quintum argumentum est ex l. conficiuntur, ff. de iure Codicillor. vbi qui succedit ab intestato, dicitur succedere ex tacita voluntate defuncti. Respondeo, nihil obstare: quia argumentum procedit, & loquitur, vbi nullũ est conditum testamentum.

Postremum argumentum est Alciati lib. 3. Parodoxor. cap. 6. quia videlicet, si dixerimus filium hoc in casu tacitè censeri vocatum ab intestato, cessabit argumentum, quod contra formulam Galli Aquilij adducebatur, illud nimirum, quod fisco olim acquireretur hæreditas & caduca fieret institutio, hærede instituto ante testatorem moriente: & consequenter ad nepotem hæreditas pertinere non possit.

Respondeo, legem Papiam non habuisse locum in filijs vsque ad tertium gradum. Vnde etsi filius hæres institutus decessisset viuo adhuc patre, non ideo eius hæreditas caduca efficiebatur, vt habetur in Instituto. Vlpia-
B ni, tit. de Caducis tollend. & sequent. *Hodie* (inquit Vlpianus) *ex Constitutione Imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur, sed seruato iure antiquo liberis & parentibus.* Apud Cuiacium in fragmentis Vlpiani, tit. 17. & idem habes ibi tit. sequen.

CAPVT LXXVII.

Vtrum institutio filiorum à testatore facta extendatur ad filios, quos se habere ignorabat; quia mortuos esse putabat.



ETsi multi, ijque grauissimi autores crediderint, filiorum institutionem à testatore factam non esse extendendam ad eos filios, quos se habere testator ignorabat; vt videre licet ex Mantica de Coniectur. vltimar. voluntat. lib. 3. tit. 2. & Menoch. de Præsumption. lib. 4.
C præsumpt. 16. nu. 19. & nu. 23. Eorum tamen sententiã, (ij nec pauci, nec obscuri nominis fuint) qui contrarium docuerunt, magis amplector. Hanc enim interpretationem ac sententiam suadet mihi rei æquitas, ac verisimilitudo. Quis enim non intelligit parentem omnes filios suos hæredes facere voluisse, nec eum, quem viuere ignorabat, omissurum, si extare putasset, nisi iustam aliquam præteritionis eius causam proponas? Aut quis æquum esse dixerit, impedimentum illud, & casum ignorantiæ testatoris nocere debere, ac non potius per coniecturam paternæ pietatis emendandum? Ita Seuerus & Antoninus de matre rescripserunt, quæ duobus filijs hæredibus institutis, tertio post testamentum suscepto in puerperio decesserat, nec testamentum mutare potuerat, *repentini casus iniquitatem per coniecturam maternæ pietatis emendandam esse*, & sic tertium quoque filium cum alijs institutum videri, vt in l. 3. C. de inoffic. testam.

Scribit Alciatus lib. 3. de verb. sign. ita constitutũ fuis-
D se, propter iustam impedimenti causam; & quia nullum inde filijs damnum oritur, atque etiam odio querelæ. Quod si ita est (existimo enim maternæ pietatis coniecturam omnibus alijs circumstantijs præferendam) negari non potest, quin etiam in hac specie, qua de agitur, iusta sit impedimenti causa propter iustam, ac probabilem ignorantiam testatoris, an filius viueret. Nullum quoque alijs filijs præiudicium inde oritur; quia & huic filio portio hæreditatis debetur: & denique querelę odij ratio locum etiam habet in hac specie.

Adsertur pro contraria sententia in primis textus in l. si quis ita, §. si quis cum ignoraret, ff. de testam. tutel. Vlpianus: *Si quis cùm ignoraret se Titium filium habere, filiis tutorem dederit, vtrũ ijs solis dedisse videbitur, quos in potestate scit, an ei quoque quem ignorans se habere. Et magis est, vt huic dedisse non videatur, licet nomen filiorũ admittat & ipsum: sed quia de ipso non sensit, dicendũ est cessare in persona eius dationem.*

Respondeo,

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Neque verò coniectura pietatis paternę in ſpecie Vlpiani eam vim habere poteſt, quam habet in cauſa hæreditatis, & ſucceſſionis; cum ratio naturalis votumque paternum filijs hæreditatem adijciat, l. ſcripto, ff. vnde lib. l. cum ratio, ff. de bonis damnator. onus autem tutelæ filiorum à lege deferatur, nec ſemper à parentibus teſtamento inſeratur.

Secundò adfertur generale quoddam pronunciatum: Actus agentium non operantur vltra eorum intentionem, l. non omnis, ff. ſi cert. petatur. Sed hic teſtator non ſenſit de filio quem viuere ignorabat, Ergo, &c. Reſpondeo, de eo quidem teſtatorem non ſenſiſſe, ſed inſtitutionem extendi ad caſum omiſſum, nempè ad filium illum ex coniectura pietatis paternæ.

Tertiò adfertur aliud pronunciatum: Teſtatoris voluntas interpretanda eſt ſecundum eius intentionem, ac opinionem, non autem ſecundum rei veritatem, l. quo loco, §. 1. ff. de hæred. inſtit. Ergò hic eſt habenda ratio opinionis teſtatoris circa mortem filii, non autem veritatis. Reſpondeo, omnem Definitionem in iure periculoſam eſſe; ratum eſt enim, vt non ex circumſtantiis ſubuerti poſſit, l. omnis Definitio, ff. de reg. iur. præſertim verò in his Brocardicis Pronunciatis; Quare aſſero pietatis paternæ coniecturam præualere Brocardico Axiomati.

Quartò adfertur ſolidius argumentum; quia videlicet hæredis inſtitutio non inducitur ex coniecturis. Nã hæredes palam inſtituendi ſunt, l. hæredes palam, ff. de teſtam. l. iubemus, C. eod. tit.

Reſpondeo, hic non induci inſtitutionem ex coniecturis, ſed inſtitutionem, quæ facta eſt, extendi ad alium filium ex coniectura pietatis paternæ, quod nouum non eſt, vt in d. l. 3. C. de inoff. teſtam.

CAPVT LXXVIII.

Si teſtator coniunctim inſtituat hæredes, filium & nepotem, vtrum intelligantur ordine ſucceſſorio inſtituti, hoc eſt, vt poſt mortem filij cenſeatur nepos inſtitutus, an verò ſimul.

TRactant hanc quæſtionem inter Doctores controuerſam omnes, qui Commentaria ſcripſerunt in l. Gallus, §. quidam rectè, ff. de lib. & poſtum. & poſt eos Couuar. ad capit. Rainucius, §. 2. de teſtam. Mantica de Coniectur. vlt. volunt. lib 4. titu. 8. Menochius de præſum. lib. 4. præſum. 70. & communior ſententia eſt videtur, ordine ſucceſſorio inſtitutos videri, & ſic filium in primo gradu, & nepotem in ſecundo. Fundamentum eſt in eo poſitum, quia vt hæc interpretatio locum habeat, poſtulare videntur hæc tria, Ordo Legis: Ordo charitatis, & Ordo neceſſitatis. Ordo quidem Legis; quia lex vocat primò filium, deinde nepotem ad ſucceſſionem; Ordo charitatis; quia Pater plus diligit filium, quàm nepotem, ideoque cenſetur prius hæreditatem filio deferre, tum nepoti. Ordo neceſſitatis denique, quia lex mandat filium hæredem inſtitui prius, quàm nepotem, & vt teſtamentum valeat, illud eſt conſilium Galli Aquilii, vt pater filium inſtituat, & ſi eo viuente moriatur, inſtituat nepotem, iuxta d. l. Gallus, ff. de lib. & poſthum. quo caſu certum eſt, filium, in primo gradu, nepotem in ſecundo inſtitutum cenſeri, l. cum in teſtamento, ff. de hæred. inſtit. Atque hic inculcari ſolent generalia quædam Pronunciata, nempe, Aliquando dictionem coniunctiuam in disiunctiuam reſolui; Item, teſtatorem in dubio ſe conformare huic legum diſpoſitioni. Item, qui actum aliquem facit, ſi aliqua extat neceſſaria cauſa, ea adductus magis præſumitur, quàm cauſa merè voluntaria, & id genus alia, quæ nec ſolida ſunt, nec perpetuò ſibi locum vindicant; & vt ingenuè fatear, nullis etiam legibus probantur, niſi aliqua voluntatis coniectura ſub

A ſit, quæ vel ex verbis colligatur, vel ex ipſis facti, & perſonarum, ac totius rei geſtæ circumſtantiis eluceat; qualis in propoſita ſpecie nulla eſt prorſus.

Mihi ſanè diligenter tum in iuris regulas; tum in omnem argumentorum & coniecturarum vim intuenti, probabilior contraria ſententia videtur, quam non pauci, nec obſcuræ autoritatis ſecuti ſunt Iuriſconſulti.

Illud autem argumentum me potiſſimum mouet; quoniam vbi verba teſtatoris ſunt clara, & in eis nulla eſt ambiguitas, non eſt habenda voluntatis quæſtio, l. ille aut ille, §. cum in verbis, ff. de leg. 3. Nec aliter à verborum ſignificatione recedendum, quàm ſi appareat contraria teſtantis voluntas, l. non aliter, ff. eod. tit.

Sed hic verba ſunt clariſſima, & nulla in eis eſt ambiguitas, quin ſignificent teſtatorem velle, vt tam filius, quàm nepos in eodem gradu ſuccedant; ergò non eſt habenda voluntatis quæſtio.

Aſſumptio hæc probatur; quoniam teſtator eos inſti-
B tuit hæredes in eodem gradu coniunctim, vt proponitur, quo caſu quilibet inſtitutus eſſe intelligitur in portione ſua, l. vltima, C. de Impub. & aliis ſubſtitut. & nemo inficiari poteſt, quin ea ſit verborum natura, & ſignificatio.

Dices, ergò ſemper verbis inhærendum, nunquam ſectanda teſtatoris voluntas? Reſpondeo, immò ſequẽdam, eamque primum locum ſibi vindicare, ac planè dominari; ſed vnde illam hic habes? Ex ordine legis: At hic Ordo nihil mouet, quia res eſt clara; In obſcuro quidem teſtatoris verba interpretamur ſecundum legis diſpoſitionem: ſed hic res eſt clara ex verbis, quid facere teſtator debuerit, lex nobis indicat, quid autem ordinauerit, ac ſeruari mandauerit, verba teſtamenti demonſtrant, quibus eſt parendum.

Ordo, inquis, charitatis. Sed non ſeruauit hunc ordinem teſtator, qui potuiſſet eum, ſi voluiſſet, obſeruare, filium prius inſtituendo, deinde nepotem, quod non
C fecit.

Ordo neceſſitatis. Vbi eſt Ordo hic neceſſitatis? Potuiſſet quidem teſtator conſilio vti Galli Aquilii, & eius formula in inſtituendo filio, & nepote, ſed quid eum, vt eo vteretur, compellere poterat? An quia prodidit illam formulam Aquilius, idcirco teſtatores eam ſequi tenentur (conſilium nemo, & cautelam, ſic vocant, ſequi tenetur, ſi nolit) aut ſi non eam formulam adhibuerit, adhibuiſſe nihilominus videbitur? Nouam rem audio, Gallus formulam inuenit, quam ſi teſtatores adhibeant, teſtamentum non rumpitur, Doctores volunt ea etiam non adhibita non rumpi. Cur ita? Quia videtur adhibita, licet non ſit adhibita. Fruſtrà ergo adhibebitur; quia tacitè ineſt. At hæc nimis ſunt aliena, & iuri diſſona.

Quid ad generalia pronunciata? nihil ferè; quia nec reſponſum merentur. Non probantur enim legibus, nõ ſunt perpetua, non habent locum in claris; quia in eis
D coniecturis locus non eſt.

Quid, obſecro te, commune cum hac quæſtione habet textus qui adfertur ad Pronunciatum ſtabiliendum in l. in iis, §. ſed & ſi fortè, ff. de ſolution. Audi eius verba: *Sed ſi fortè vſuræ non ſunt debitæ, & quis ſimpliciter ſoluerit, quas omninò non erat ſtipulatus; Imperator Antoninus cum Diuo patre ſuo reſcripſit, vt in partem cedant, quod generaliter cõſtitutum eſt prius in vſuras nummum ſolutum accepto ferendum, ad eas vſuras videtur pertinere, quas debitor exoluere cogitur, &c.*

CA-

CAPVT LXXIX.

Vtrum reciproca ſubſtitutio pupillaris facta eſſe cenſeatur inter filios impuberes, quando eorum vltimo morienti datus eſt ſubſtitutus in tota hæreditate, matre exiſtente in medio.

TEſtator ita dixit: Titium, Caium & Seium filios meos hæredes inſtituo, & vltimo eorum in pupillari ætate decedenti Sempronium ſubſtituo in tota hæreditate. Quæritur, ſi mater ſuperſit; quia ſecundum Conſtitutionem Iuſtiniani ſuccedit filio vnà cum fratribus defunctis, vt in Authen. defuncto, C. ad Tertyl. vtrum inter filios impuberes facta videatur reciproca ſubſtitutio pupillaris; ita, vt in conſequentiam matre excluſa, ſolus ſubſtitutus totam obtineat hæreditatem. Controuerſia eſt hac de re inter veteres, ac recentiores Interpretes. Nam veteres exiſtimarunt reciprocam ſubſtitutionem non videri factam inter filios impuberes: Recentiores autem videri, vt teſtatur Alciatus in Commentarijs ad l. vel ſingulis, ff. de vulg. & pupil. & nouiſſimè Iacobus Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 61. nu. 3. & 4.

Fundamentum veterum illud eſt; quoniam directa ſubſtitutio non debet ex coniecturis induci, argumento l. iubemus, C. de Teſtam. licet fideicommiſſaria hoc in caſu inducatur, vt in l. Titia Seio, §. Seia libertis, ff. de leg. 2. Ex coniecturis autem induceretur in hac ſpecie, quia teſtator in tota hęreditate ſubſtituit vltimo morienti, & conſequenter filios inuicem ſubſtituit, vt ſic tota hæreditas ad eum, qui vltimus moreretur, perueniret: Neque enim aliter peruenire poteſt, quàm ſi ſubſtitutus eſſe intelligatur.

Fundamentum verò recentiorum interpretum in eo ponitur, quod ſi teſtator vult in tota hæreditate ſuccedere eum, quem vltimo morienti ſubſtituit, neceſſariò etiã velle intelligitur, vt inter filios facta eſſe intelligatur reciproca ſubſtitutio; quia per eam vnus alteri præmorienti ſuccedet, & ſic ad nouiſſimum tota perueniet hæreditas, cui demum ſubſtitutus ſuccedet.

Ad argumentum antiquorum reſpondent negando directam ſubſtitutionem ex coniecturis non induci; immò verò inducitur, vt patet ex l. iam hoc iure, ff. de vulgari.

Ego ſanè non dubito, quin ex coniectura voluntatis directa pupillaris ſubſtitutio inducatur, quoniam video eam tacitè in vulgari expreſſa cõtineri, vt in d. l. iam hoc iure, ibi: *Vt cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in vtrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur*, &c. Ex quibus verbis patet, ex tacito quodam intellectu pupillarem induci. Nec me mouet textus in l. iubemus, C. de Teſtam. quoniam de hæredis inſtitutione loquitur, non de ſubſtitutione. Sed ut uerum fatear, quo minus recentiorum ſententiæ ſubſcribam, facit matris in medio exiſtentis fauor; Si enim tacita pupillaris, quæ alioqui in expreſſa vulgari locum habet, matre exiſtente nõ habet locum, ne illa excludatur à luctuoſa filii hæreditate, vt explicaui ſuprà hoc eodem libro cap. 40. Cur hoc in caſu locum habere valeat, non ſatis video. Nec enim mihi placere poteſt, quod Alciatus dicebat in d. l. vel ſingulis, matrem hoc in caſu videri grauatam, vt cum nouiſſimus morietur, reſtituat. Qui enim grauata illa videri poſſit, quæ à teſtatore uocata non eſt? l. ab eo, C. de fideicommiſſ.

Quod ſi veterum recipiatur interpretatio, in quam ipſe ſum procliuior, ſic ſtatuendum erit; teſtatorem nouiſſimè decedenti ſubſtituentem inter ipſos liberos ius legitimarum hæreditatum conſeruare voluiſſe, vt Iuriſconſultus reſpondit in d. l. vel ſingulis, ff. de vulg. ac perinde voluiſſe, ut ſi tota hæreditas ad filium qui nouiſſimè decederet, perueniret, illa pertineret & ad ſubſtitutum. Tota vero hæreditas ad vltimò decedentem tunc

A pertineret, cum mater prius (quod ſanè pater futurum probabiliter credidit) moreretur. Ex quo perſpicuum fit, non eſſe firmum recentiorum interpretum fundamẽtum, quoniam aliter quàm per reciprocam ſubſtitutionẽ inter filios tacitè intellectam hæreditas tota ad eum, qui vltimus moritur, peruenire poteſt.

CAPVT LXXX.

De eadem reciproca ſubſtitutione non directa, ſed fideicommiſſaria, an inter plures hæredes præſumatur, quoties eorum vltimo morienti ſubſtitutus datus eſt in hæreditate.

CVm in tota hæreditate ſit ſubſtitutio fideicõmiſſaria ei ex hęredibus, qui nouiſſimus morietur, inter omnes conuenit reciprocam inter ipſos hæredes ſubſtitutionem factã cen-
B ſeri, vt ſic ad illum, qui poſtremus moritur, tota perueniat hæreditas, eaque ſubſtituto reſtituatur. Cæterum, ſi non fuerit facta ſubſtitutio *in tota hæreditate*, ſed ſimpliciter ac indefinitè *in hæreditate*, vtrum idem ſtatuendum ſit, non eſt eadem omnium ſententia, ſunt enim qui affirmant, ſunt qui negant, nec deſunt, qui ſibi ipſis parum conſtantes modò affirmauerint, modò negauerint. In eorum numero Alciatus mihi videtur eſſe, is enim in Commentarijs l. vel ſingulis, ff. de vulg. & pupilla. negat idem ſtatuendum eſſe, ſed contrarium reſpõdit in conſ. 567. nu. 9. nec non etiam Socinus iunior, quoniam in conſ. 176. nu. 2. lib. 2. & alibi, affirmat, ſed in Cõmentarijs ad l. hæredes mei, §. cum ita, nu. 17. ff. ad Trebell. negat.

Videre etiam licet aliquos dubitantes aliquid in hoc articulo affirmare, veluti Ripa facit in Commentarijs d. §. cum ita, nu. 18. & alios affirmantis ſententiæ autores citari, qui tamen potius neganti adſtipulantur, vt Alex.
C in conſ. 91. lib. 1. Denique alios animaduerti hac de re nihil dicere, qui tamen citantur, vt Oſaſcus deciſ. 110. nu. 10. & Gloſ. in l. Lucius, de leg. 1.

Scriptis itaque Doctorum ex fontibus ipſis, non ex relatu aliorum inſpectis, autores inuenio affirmantis ſententiæ Curtium iuniorem, ad l. penult. C. de impub. & alijs ſubſtitut. & in conſil. 43. num. 2. 3. Viglium in §. uel ſingulis, in Inſtitut. de pupill. ſubſtitut. Didacum Couuar. ad cap. Raynucius, §. 8. num. 3. de Teſtam. D. meum Cephal. in conſil. 166. num. 26. lib. 2. D. meum Decian. in conſ. 5. num. 70. lib. 1. Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 62. num. 2.

Contrariæ autem ſententiæ Ruin. in conſil. 126. nu. 7. & 134. nu. 2. lib. 3. Socin. iun. in d. l. hæredes mei, §. cum ita, nu. 17 ff. ad Trebell. & Socin. ſenior, in conſil. 69. circa finem, lib. 3. Manticam de coniect. ult. uolunt. lib. 7. tit. 5. num. 10. uerſic. Sed tamen contrariam, ubi tamen num. 12. uerſic. Fatendum, una cum Socino iuniore ab
D hac ſententia diſcedendum putat, cum ex uerbis conijci poteſt, teſtatorem ſenſiſſe de tota hæreditate, ueluti ſi dixerit, ultimus qui deceſſerit ſine liberis, reſtituat hæreditatem meam Titio, nam pars ultimi decedentis non rectè dicitur hæreditas teſtatoris, ſed pars hæreditatis teſtatoris.

Fundamentum prioris ſententiæ poſitum eſt primò in generali quadam regula; Indefinita æquipollet uniuerſali, l. ſi pluribus, de legat. 2. l. ſi plures, de leg. 3. cum itaque ultimo morienti ſubſtitutio ſit facta in hæreditate, eſt perinde, ac ſi facta eſſet in tota hæreditate, quo caſu omnes conueniunt, reciprocam ſubſtitutionem intelligendam eſſe inter hæredes inſtitutos.

Secundò in l. Titia Seio, §. Seia libertis, de leg. 2. Paulus: *Seia libertis ſuis fundum legauit, fideique eorum ita commiſit. Fidei autem veſtra, Verè & Sapide, committo, ne eum fundum vendatis, eumque qui ex vobis vltimus deceſſerit, cum morietur, reſtituat Symphoro liberto, & ſucceſſori meo, & Berillo & Sapido, quos infrà manumiſi, quive ex*

iis

iis tunc superuinent. Quæro cum nec in prima parte testamenti, qua fundum prælegauit, eos substituerit, in secunda autem adiecerit verbum, qui vltimus decesserit, an pars vnius defuncti ad alterum pertineret. Paulus respondit testatricem videri in eo fideicommisso, de quo quæritur, duos gradus substitutionis fecisse; vnum, vt is, qui ex duob. prior moreretur, alteri restitueret: Alterum, vt nouissimus iis restitueret, quos nominatim postea enumerauit.

Hic Iurisconsultus docet reciprocam substitutionem intelligendam esse inter vocatos, ex eo, quòd vltimo morienti dati sunt substituti in fundo simpliciter, ac indefinitè; Ergo idem & in proposita quæstione nostra respondendum videtur.

Ternò, quoniam vt dicebat Couu. quorsum substitutio fieret vltimo morienti in fundo, & hæreditate, si in eius tantum parte testator voluisset substitutum admitti? Vnde vero similius est, etiam in aliorum hæredum, aut legatariorum partibus factam videri reciprocã substitutionem, & eam fideicommissariam, vt tota hæreditas ad nouissimum pertineret, & ab eo ad substitutum.

Fundamentum posterioris sententiæ illud est; quia cum testator substituerit vltimo morienti in hæreditate, hæc verba commodissimè accipi possunt de parte hæreditatis ipsius vltimi morientis, arg. l. si Titius ex parte, de leg. 3. Caius: *Si Titius ex parte hæres rogatus sit Mæuio hæreditatem restituere*, &c. Hæc verba sine dubio ibi accipiuntur pro parte hæreditatis ipsius Titij, non autem pro tota hæreditate.

Quod verò dicebatur, indefinitam orationem æquipollere vniuersali, præterquam quod non semper verum est (Brocardicum quippe est) ideo non obstare respondent; quia intelligi potest illa oratio vniuersaliter, quantum ad partem totam vltimi defuncti, cui datus est substitutus.

Quod attinet ad l. Titia Seio, §. Seia libertis, de leg. 2. respondent ibi de fundo agi, quem testator alienari prohibuit, ac deinde restitui ab vltimo moriente mandauit. Quamobrem necesse est intelligere totum fundum restituendum esse, sicut de toto fundo prohibitio alienationis intelligitur. Quare non rectè ex re particulari inferri potest ad hæreditatem.

Ego aliter in proposita specie respondendũ puto: Sic enim statuo non videri reciprocam substitutionem factam inter hæredes institutos, sed hanc fuisse mentem testatoris, vt si hæreditas tota perueniret ad eum, qui vltimus moreretur, eam substituto restitueret. Peruenire autem poterat ex legitima successione, & hoc est, quod dicit Iurisconsultus, in l. vel singulis, ff. de vulg. cum vltimo morienti substituitur, testatorem voluisse ius legitimarum successionum inter filios integrum conseruari. Si verò tota hæreditas ad eum, qui nouissimus moreretur non perueniret, tunc suam portionem hæreditatis restitueret, quia nihil proponitur, cur hæreditatis appellatio ad vnum ex hæredibus relata, non de portione eius tantum intelligenda sit.

Et pro huius sententiæ confirmatione vnum perpendo, quod mihi omnem difficultatem uidetur auferre, nimirum, quod habetur in d. l. si Titius ex parte, de leg. 3. *Diuus Antoninus consultus rescripsit, non debere restituere, quia appellatione hæreditatis neque legata, neque fideicommissa continentur.*

In ea specie alter ex hæredibus rogatus erat suã partem cohæredi Titio restituere: Titius autẽ Mæuio rogatus erat hæreditatem restituere. Quæsitum est, an Titius Mæuio restituere deberet non solum partem suam hæreditatis, verùm etiam partem cohæredis, quam ex fideicommisso consecutus erat, & respondetur, non debere restituere; quia Titius rogatus erat hæreditatem Mæuio restituere; vt in principio legis. Appellatione autem hæreditatis fideicommissa non continentur.

Ex hoc loco sic argumentor ad rem nostram. Testator vltimo morienti mandauit, vt hæreditatem restitueret substituto. Ergò non intelligitur mandasse, vt partẽ

A hæreditatis cohæredis sui (etiam si reciproca esset inter eos fideicommissaria substitutio facta) restitueret; quia hæreditatis appellatione fideicommissum non continetur: Si sic est, ergò frustrà fingimus atque imaginamur inter hæredes à testatore factam esse reciprocam substitutionem ad hunc effectum, vt ex fideicomisso tota hæreditas perueniat ad nouissimum, & ab eo ad substitutum. Frustrà, inquam, id conamur asserere, quoniam etsi facta esset reciproca substitutio, appellatione tamen hęreditatis restituendæ fideicommissum nõ contineretur, quod ad vltimò morientem ex reciproca illa substitutione perueniret.

Dices, si hæc vera sunt, etiam ab omnibus receptam sententiam falsam esse, qua dicitur reciprocam intelligi factam, cum vltimò morienti facta est substitutio in tota hæreditate; quia semper illa ratio viget. Appellatione hæreditatis fideicommissa non contineri. Respondeo, aliud esse in oratione vniuersali constitutum; tunc enim B appellatione hæreditatis etiam fideicommissa continentur, l. cum virum, C. de fideicommiss. ibi: *Etiam legata huiusmodi fideicommisso contineri, id est, vbi hæres rogatus fuerit, quicquid ex hæreditate ad eum peruenerit post mortem restituere.*

CAPVT LXXIX.

Alia Controuersia de reciproca substitutione, an præsumatur facta, cum pluribus hæredibus institutis, post mortem omnium, testator aliquem substituit.



Ed rursus controuertitur; testator pluribus institutis hæredibus, post mortem omniũ, aliquem substituit, vtrum videatur ipsos hæredes inuicem subituere? Communior est sententia, non videri, ut patet ex notatis per Gabrielium, lib. 4. Comm. Concl. tit. de Substitutio- C nib. Concl. 1. nu. 1. Manticam de Coniectur. vltimar. volunt. lib. 7. titu. 5. num. 6. Menochium de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 62. num. 30. Couuar. ad cap. Rainucius, §. 8. num. 4. de Testam.

Sed contrarium docuit Castrens. in l. Titia Seio, §. Seia libertis, de leg. 1. & in cons. 404. Duo videnda, lib. 1. & 271. Quamquam multa, lib. 2. Curtius iun. in cons. 11. nu. 5. vers. Secundo principaliter, & alii, à Gabriel. Menoch. & Mantica citati locis annotatis.

Fundamentum communis sententiæ positum est in aliquibus legibus, quæ iudicio meo id non dicunt, ad quę allegantur, in l. pater filium, §. ult. ff. ad l. Falcid. in l. qui duos, ff. de vulg. in l. Lucius, §. Caio, ff. ad Trebell. legantur, nihil probant.

Sed uerissima tamen mihi uidetur ipsa cõior sententia, ea ratione, qua vsus est Alba, in cons. 31. fideicõmissum censeri onus, l. si arrogator, ff. de adopt. l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. ac proinde non esse præsumendũ, D nisi verba id contineant, vel necessaria, aut valde vrgens coniectura id suadeat, l. Titia, §. Caius, l. Lucius Titius, §. pen. de leg. 2. Cùm ergò nec verba testatoris in proposita specie reciprocam contineant fideicommissariã substitutionem, nec coniectura talis subsit, meritò dicendũ est, reciprocam substitutionem præsumendam non esse.

Coniecturam talem non subesse patet ex eo, quòd cum substitutio fit post mortem omniũ, existimare possumus factam hoc modo, vt singuli hæredes videantur portionem suam grauati post mortem restituere, substituto, & pluralitas resoluatur in singularitates, iuxta l. falsa, §. vlt. ff. de cond. & demonst. l. 2. ff. de cond. instit. ad finem.

Nec difficilè est ad argumenta respondere, quib. contraria sententia nititur. Primum argum. est ex l. Codicillis, de vsufr. legat. vbi post mortem plurium domus fuit relicta Reipub. & tamen fideicommissum ei non debetur, donec aliquis superfit, ibi: *Respondi quoad aliquis, eorum viuat fideicommissum Respublica non deberi*, quod argum. est, inter ipsos reciprocum esse fideicommissum.

Respon-

A Respondeo, in ea specie ita constitutum fuisse, quia testator ita ordinauit, *vt qui ab his decesserit* (sunt verba textus in d. l. codicillus) *portio eius reliquis accrescat, ita vt ad nouissimum pertineat*, &c.

Et licet illa verba testatoris ad fundum referantur, tamen rectè etiam domui adaptantur, de qua statim testator mentionem fecit, dicens: *Hoc amplius libertis libertabusq; meis habitationes in domo, quamdiu viuant*: &c. *Quam domum post mortem eorum ad Rempublicam pertinere volo*. Ex quo apparet, similiter hoc testatorem voluisse, vt si vnus decederet, portio eius in domo alijs accresceret.

Secundum argumentum est, cum sit substitutio post mortem plurium, est perinde, ac si vltimo morienti fieret, vt probatur in l. qui duos, ff de vulg. Sed cum fit vltimo morienti, intelligitur reciproca substitutio, l. Titia Seio, §. Seia libertis, de leg. 2. Ergo etiam intelligitur reciproca substitutio, cum fit post mortem plurium.

B Respondeo, negari posse maiorem propositioné; quoniam illa lex id non dicit, & non de fideicommissaria substitutione, sed de directa loquitur; Hoc tantum vult ibi Iurisconsultus substitutum pupillariter ea conditione: *Si ambo filii impuberes mortui essent*, si pueri diuersis temporibus vita decedant, non obtinere amplius, quam sex vncias; quia videlicet vltimo defunctus ab intestato successit priori, qui defunctus erat; nec substitutus admitti poterat, nisi post mortem omnium, quia testator inter eos voluit seruare ius legitimarum successionum.

Sed nec minor illa propositio satis probatur ex dicto §. Seia libertis. Neque enim loquitur in hęreditate, sed in re particulari, nempe, in fundo, quem alienari testator prohibuerat, & post nouissimi mortem voluerat substitutis restitui. Non poterat autem à nouissimo restitui totus, nisi is partem præmorientis accepisset. Alia ratio est in hæreditate, in qua rectè sumi potest interpretatio, vt singulis hæredibus testator, quoad eorum portiones, substituere intelligatur, C eosque rogare, vt substituto restituant, post mortem, quod exequi omnes possunt, licet aliorum præmortuorum portiones minimè consequantur.

Tertium argumentum est, quia cum fideicommissa inducantur ex coniecturis, l. cum proponebatur, de leg. 2. hęc videatur esse legitima coniectura, vt quandoquidem non voluit testator, vt hæreditatem substitutus haberet prius, quam omnes morerentur hæredes, idcirco voluisse credatur, reciprocam inter ipsos hæredes substitutionem inducere: vt sic hæreditas ab vno hærede ad alium perueniat, & demum eis defunctis ad substitutum.

Respódeo, sumi quidem posse eam interpretationem, eamque coniecturam non omnino alienam esse: sed tamen, quia rectè etiam alia sumi potest interpretatio, verbis ipsis, & naturæ rei consona, hanc potius certam, & perspicuam sequendam esse, quam obscuram & incer- D tam. Est autem illa interpretatio verbis & ordinationi defuncti patrisfamilias consentanea, ut uoluerit in proposita specie substitutum succedere post mortem omnium, quemadmodum expressit, citrà onus reciprocæ substitutionis inter grauatos, quia id non expressit. Quamobrem altero decedente ad eius portionem vocabitur substitutus, etiam non expectata aliorum morte, argum. l. Lucius, §. Caio, ff. ad Trebellian. Qua in re notandus est lapsus Iacobi Mandelli in consil. 31. numero septimo, existimantis hoc in casu substitutum non succedere, nisi post mortem omnium; atque interea portiones decedentium in pendenti esse, & ad succedentes ab intestato transire, ut demum omnibus defunctis substituto restituantur. Non est ita. Nam cum reciproca substitutio non intelligatur esse facta inter grauatos uno mortuo, statim in eius portione substitutus succedet; ut in d. l. Lucius, §. Caio, & declarat optimè Couua. dicto c. Rainucius, §. 8. nu. 4. de Testamen.

A

CAPVT LXXXII.

Quid si in ea specie, de qua disseruimus in præcedenti capite, persona subsit magis dilecta, & quæ ex præsumpta mente testatoris substitutum excludat?



AMplius & illud controuertitur: si persona subsit, quæ ex præsumpta mente testatoris substitutum excludat, vtpote, magis dilecta: nunquid tunc inter uocatos hæredes reciproca substitutio præsumatur, & consequenter is, qui post mortem omnium substitutus est, tūc demum succedat, cum omnes hæredes fuerint defuncti & quoad aliquis eorum superest, excludatur, altero hærede alteri inuicem succedente ex quadam tacita reciproca substitutione? Affirmant multi, & multi negant, B substitutionem reciprocam intelligi inter hæredes ipsos grauatos; sed in eo conueniunt omnes, substitutum nō nisi post mortem omnium succedere posse, ut uidere licet ex Couuar. ad cap. Rainucius, §. 8. nume. quarto. de Testamen. Alba, in dicto consil. 31. & 32. & alijs quam plurimis à Menochio citatis, lib. 4. de præsumpt. in 62. præsump. num. 35.

Qui reciprocæ substitutioni fauent, adducuntur in hanc sententiam, ex eo, quod habetur in l. pen. C. de impuber. & alijs substitut. in l. cum auus, ff. de condi. & demonstr. in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. in l. si is qui ducenta, §. Item si pater, ff. de reb. dub.

Qui uero aduersantur huic sententię tria, potissimum mihi uidentur adferre. Primum, si habenda esset ratio personæ magis dilectæ, raro accidere posse, ut communioris & uerioris sententiæ ratio habeatur, quam in pręcedenti capite asseruimus, nempe, cum post mortem omnium siue plurium hæredum substitutus vocatur, C non censeri factam inter grauatos reciprocam substitutionem. Nam uix vnquam accidere potest quin hæredum personæ, qui primo loco sunt instituti cariores existant testatori, quin etiam plerumque sint maiori necessitudinis uinculo coniuncti, aut filij, aut nepotes, aut cognati. Secundo dicunt semper militare argumentum illud, quo supra usi sumus, nempè substitutionem tanquam fideicommissum, & per consequens onus continentem inducendam non esse, nisi expressum sit à testatore, aut coniecturis legitimis deprehensum.

Tertiò allegant, & hoc unum me in eorum sententiam impellit, leges, quę pro contraria sententia adferuntur ad reciprocam substitutionem probandam nequaquam pertinere; sed hoc tantum demonstrare, substitutum non nisi post mortem omnium succedere posse. Hoc, inquam, me potissimum mouet, ut polleriori huic sententiæ calculum adijciam meum: Animaduerti enim contrariam illam sententiam originem traxisse ex D traditis à Bartolo ad l. hæredes mei, §. cum ita, in prima colum. ff. ad Trebell. qui leges supra dictas ad hoc tantum attulit, vt ostenderet substitutum non admitti, nisi post mortem omnium grauatorum hæredum, non autem ad eum finem, vt reciprocam illam substitutionem imaginariam introduceret.

Quod sanè ita est: Nam audi verba l. pennl. C. de impub. & alijs substit. *Nos eiusdem Sabini veriorem sententiam existimantes, non aliter substitutionē admittendam esse censemus, nisi uterque eorum in prima ætate decesserit.* Nullum hic uerbum de reciproca substitutione.

Ecce textum in d. l. si is qui ducenta, §. item si pater, ff. de reb. dub. *Sed proclivius est sententiam testatoris sic esse interpretandā. siue filius, siue filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur.* Hic nullum uerbum ad rem nostram.

Porro cōiectura, quæ in fauorem nepotum magis dilectorū substituto à Papiniano perpensa est, in l. cū auus, ff. de condi. & demonstrat. cuius meminit Imperat. in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. non eò pertinet,

vt videatur ipſos nepotes teſtator parentibus ſubſtituiſ- A ſe, ſed ita demum ſubſtitutum voluiſſe admittere, ſi filij vel nepotes abſque liberis morerentur. Nam ſi morerentur liberis relictis, *fideicommiſſi conditionem fecisse, quod minus ſcriptum, quam dictum fuerat, inueniretur*. Quare res cum reciproca ſubſtitutione, quam Doctores venati ſunt, nil profectò commune habet.

CAPVT LXXXIII.

Si teſtator ſecundum hanc formulam ſubſtituat, vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum, ſit ne in electione ſubſtituti, ſuccedere ex quacun que velit ſubſtitutione.

Ileat controuerſia & contentio Doctorum in l. Centurio, ff. de vulga. & alijs in locis, quos refert copiosè Menochius de præſum ptio. libro quarto, præſumpt. 63. vtrum ele- B ctionem habeat ſubſtitutus ſuccedendi, ex qua velit ſubſtitutione, cum ea formula vſus eſt teſtator. Vulgariter, pupillariter & per fideicommiſſum. Sileat, inquam, hęc diſputatio, quoniam apertis legibus definita eſt ac deciſa. Concurrere non poſſunt eodem tempore vulgaris & pupillaris ſubſtitutio, quia aut hæreditas eſt adita, aut non; ſi adita eſt, vulgaris expirat, l. poſt aditam, C. de impuber. Si adita non eſt, pupillaris locum habere non poteſt; quoniam illa locum habet, cum hæres adiuit, & in pupillari ætate deceſſit. Quod ſi patris hæreditas adita non fuerit, & ſic hæres non adiuit, pupillare teſtamentum (id eſt pupillaris ſubſtitutio) euaneſcit, l. ſecunda, §. adeo, ff. de vulgar. Quamobrem tractari non poteſt, vtrum ſubſtituto competat electio ſuccedendi ex vulgari, an verò ex pupillari. Electio enim competit quoties plura ſunt remedia, non ſi vnum duntaxat ſit refugium.

Concurrunt autem commodè vulgaris & fideicom- C miſſaria. Item pupillaris & fideicommiſſaria, & in his aperto iure vtimur, ac proinde quid ſtatuendum ſit, iure in dubium vocari non poteſt: ſi vulgaris & fideicommiſſaria ſubſtitutio concurrant, electionem ſubſtituto dari, autor eſt Vlpianus, in l. recuſate, §. Titius, ff. ad Trebell. his verbis: *Titius hæres inſtitutus, Sempronio ſubſtitutus (vulgariter) rogatus eſt ipſi Sempronio hæreditatem reſtituere.* (Vides hic fideicommiſſariam ſubſtitutionem) *quæritur, an cogendus ſit adire, & reſtituere hæreditatem?* (eſt ac ſi quæratur, vtrum ſubſtituto competat electio ex fideicommiſſo ſuccedenti) *& deliberari poteſt, ſed verius eſt cogendum eum: quia intereſſe Sempronij poteſt ex inſtitutione, quam ex ſubſtitutione habere hæreditatem, vel legatis, vel libertatibus eneratam ſubſtitutione.*

Idem probat text. in l. vlt. C. de codicill. quod ſi pupillaris & fideicommiſſaria ſimul concurrant, manifeſtum eſt, electionem ſubſtituto non dari; neque enim ſubſtitutus eligere poteſt hanc viam, vt in bonis patris succe- D dat per fideicommiſſum, & non in bonis filij per pupillarem ſubſtitutionem, Vlpianus in l. ſed ſi plures, §. filio impuberi, ff. de vulg. *Filio impuberi, inquit, hæredi ex aſſe inſtituto, ſubſtitutus quis eſt: extitit patri filius hæres: an poſſit ſubſtitutus ſeparare hæreditates, vt filij habeat, patris non habeat. Non poteſt, ſed aut vtriuſque debet hæreditatem habere, aut neutrius; iuncta enim hæreditas cœpit eſſe.*

Certè, ſi electio detur ſubſtituto, poterit patris tantum hæreditatem petere ex fideicommiſſo, eo enim facultates filij non continentur, l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulgar. Sed non poteſt, vt Vlpianus docet, ergo nec electio talis ei competit.

CAPVT LXXXIV.

Vtrum in fideicommiſſis filius ingrediatur in locum patris.



Ileat iam quæſo inter eos, qui æqui & boni notitiam profitentur, omnis contentioſa diſputatio. Vtrum in fideicommiſſis filius ingrediatur locum patris: ſic enim ratiocinemur. Hic agitur de teſtatoris voluntate, qui fideicommiſſum ordinauit, interpretanda; Vtrum videlicet ea fuerit voluntas, vt filius loco patris defuncti ſuccederet. Ergo eam interpretari debemus iuxta legem præſcripta, legis autem ſententia hæc eſt. Modeſtinus in l. cum ita, §. in fideicommiſſo, ff. de lega. 2. *In fideicommiſſo, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionem eius admitti poſſunt, qui nominati ſunt, aut poſt eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo teſtator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati ſint; niſi ſpecialiter defunctus ad vlteriores voluntatem ſuam extenderit.*

Primo gradu autem (eſt idem quod proximus, immò litera communis habet proximo) is dicitur, quem nemo antecedit, l. proximus, 92. ff. de verbor. ſign. nec intereſt vnus ſolus ſit, an ex duobus prior pluribuſve, an duo plureſvè ab eodem gradu venientes, qui vel cæteros antecedant, vel ſoli ſint. l. 2. §. legitima, ff. de ſuis & legit. hæred. Ergò is, quem nemo antecedit, tanquam proximior vocatus intelligitur, ſiue vnus, ſiue plures ſint.

Ergò filius in locũ patris admittitur, quia is defuncto patre, in locum eius ſuccedit, & nemo illum antecedit, quia locum patris tenet, cum agitur de ſucceſſione aui, vel patrui, & ſimilium. §. cum filius, in Inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. deferunt. §. reliquum, in Auth. eod. titu. & in Auth. Vt fratrum filij, in principio.

Et quoniam iſta repræſentatio patris, ac in locum eius ſucceſſio, collata eſt filijs ſolum, cum agitur de aui vel patrui hæreditate, vt in locis allegatis expreſſum eſt, ſequitur, vt ſi de aliorum hæreditate, ac ſucceſſione agatur aliter exiſtimandum ſit, nempe, filium in locum patris non ſuccedere in fideicommiſſis, ſicut nec in cætera inteſtan hæreditate. Obſtrepant hic, quantum velint, qui vel de defuncti affectione diuinant, vel mille Doctorũ nomina comminiſcuntur: ego paucis his ex fontibus mihi puram iuſtitiam haurio, qui non eſt contentus, legat Manticam de coniect. vltim. volunt. lib. 8. tit. 9. & Menochium de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 95. nu. 14.

CAPVT LXXXV.

Vtrum in fideicommiſſis, in quibus à teſtatore proximiores vocantur, intelligantur vocati proximiores ipſius teſtatoris; an verò grauati?



Aepe accidit, vt teſtatores hæredibus inſtitutis, ac ſubſtitutis mandent bona ſua in familia conſeruari, & proximioribus deferri. Quamobrem in controuerſiam venire ſoleta vtrum proximiores defuncti teſtatoris vocati eſſe cenſeantur, an verò proximiores grauati, qui videlicet poſt mortem fideicommiſſum reſtituere tenetur. Et quoniam relatis quidem copiosè autoritatibus, rationibus autem leuiter perpenſis tractatur hæc controuerſia à Mantica de coniectur. vltim. volunt. libro octauo, tit. decimo. & ab Anton. Teſſauro, deciſ. Pedemont. 65. conabor ipſe argumentorum in vtramque partem vim, ac momenta diſcutere: & ex his ſententiam meam pro viribus ſtabilire.

Qui grauati hæredis proximitatem ſpectandam eſſe cenſuerunt, adducti in eam ſententiam fuere his potiſſimum argumentis. Primum eſt ex l. cum ita, §. in fidei commiſſo, de leg. 2. Modeſtinus: *In fideicommiſſo, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionem eius admitti poſſunt, qui*

qui nominati sunt ; aut post eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore, quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sunt, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.

Ex sententia igitur Modestini ad fideicômissum Primò admittuntur nominati. Secundò loco proximiores (scilicet nominatis) & ex his, qui in primo gradu sunt.

Sed non hic est sensus verborũ Modestini ; hoc enim vult, vt primò admittantur nominati, secundò illi, qui ex familia defuncti fuerunt, cùm testator moreretur, & ij non omnes, sed dumtaxat ij, qui primo gradu procreati sunt. Si igitur qui erant proximiores ex familia testatoris, cum is moreretur, secundo loco admittuntur: sequitur dicendum non esse rationem habendam proximitatis grauati, sed proximitatis testatoris: & sic proximiores intelligi vocatos, scilicet testatoris proximiores, non autem grauati.

Secundum argumentum est ; Testatoris voluntas sic interpretari debet, vt iuri sit conformis, vt notatur in l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebel. Sed ius ita disponit, vt aliquo moriente, is, qui proximior eius est, succedat, l. 2. §. legitima, ff. de suis & legitim. hæred. Ergo & voluntas testatoris sic interpretari debet, vt vocatus esse censeatur proximior eius, qui grauatus est.

Responderi potest non esse bonam consequentiam ; quoniam potius concludi debet ; sic interpretandam esse voluntatem testatoris, vt succedat ex fideicommisso is, qui proximior est ipsi testatori, non autem grauato ; neque enim per fideicommissum testator successores constituit grauato, sed sibi. Et quod dicitur, hæreditatem alicui quæsitam, eo mortuo, deferri eius proximiori, ad rem non pertinet, quia in specie nostra hæreditas absolute quæsita nõ est grauato, sed cum onere eam restituendi proximiori ex fideicommisso testatoris, ac proinde restituere debet proximiori ipsius testatoris.

Tertium argumentum est ex cap. 1. de natura success. feudi. vbi ita cõstitutum est, vt si feudum paternũ, quod deuoluitur ad descendentes masculos, iuxta cap. 1. de success. feudi, per diuisionem uni ex fratribus obuenerit, donec superest aliquis ex linea ipsius fratris, pertineat ad superstitem ex ea linea, licet alij extent ex linea alterius fratris proximiores primo acquirenti.

Sed nihil ad rem facit, quia ibi de feudo agitur, quòd absolute, & absque onere restitutionis deuenit ex diuisione ad vnum ex fratribus ; nos autem loquimur de re, quæ ad grauatum peruenit non absolutè, sed cum onere restituendi, vt dictum est.

Quartum argumentum. Hæres vocatus, grauatusque in fideicommisso prædilectus est à testatore alijs, qui vocati non fuere, vt patet. Igitur & eius descendentes censentur etiam prædilecti, argum. l. cum auus ; ff. de condi. & demon. & l. cum acutissimi, C. de fideicommiss.

Sed responderi potest, ex dictis legibus non rectè sumi propositionem illam generalem, quia loquuntur in casu illo speciali, ne videatur testator suæ soboli alienam anteponere, & nihil inde concludi: quia hic testator expressit, ad quos voluerit bona peruenire post mortem vocatorum, nempe, ad proximiores, quod intelligendũ est, scilicet ipsius defuncti testatoris.

Quintum argumentum ex eo deducitur, quod plerunque accidit, vt post grauati mortem extent proximiores defuncto testatori, qui tempore mortis eius non extabant ; ac proinde tanquam nec nati, nec concepti tempore mortis non succederent, iuxta l. lege duodecim tabularum, C. de legit. hæred. quamobrem nec à testatore videri potest habita eorum ratio fuisse: nullam enim erga eos affectionem habuit, ideo potius respexisse videtur ad successionem sanguinis, vt sic grauato decedente succederet proximior eius, qui ad successionem ab intestato vocatur.

Sed responderi potest, hęc esse dissimilia: Nam verum quidem est non natos, nec conceptos tempore mortis intestati defuncti ad successionem non admitti, sed tamen

A est, quia tunc alij extant, qui ad successionem vocantur, ac succedunt. Sed hic tempore mortis grauati, quo tempore ex fideicomisso delata est successio proximioribus, extant proximiores vocati à testatore, & nullus alius eos antecedit, ergo admitti debent. Etsi enim affectionem particularem erga hunc vel illum testator non habuerit, in genere tamẽ habuisse videtur ex generali fideicommisso in familia relicto. Itaque ad proximitatem suam respexit, non autem hæredis grauati.

Postremum argumentum sumitur ex l. Codicillis, ff. de vsufructu leg. sed quoniam friuolum prorsus est, cùm illa lex ad rem istam nõ pertineat, vt declarat Menoch. in consil. 124. num. 51. lib. 2. ideo nec confutatione indigere videtur.

Quod igitur proximitas defuncti in proposita quæstione spectãda sit, longe probabilius mihi videtur. Probatur primò hæc sententia ex d. l. cum ita, §. in fideicommisso, de leg. 2. ibi: *Qui ex nomine defuncti fuerunt*
B *eo tempore, quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sunt*, atque idem ferè probant, licet non tam clarè, l. peto, §. fratre, ff. eodem titu. & l. vlt. C. de verb. signific.

Respondet Roland. à Valle, in consil. 100. num. 23. lib. 1. ex hoc non inferri testatoris proximitatem esse spectandam ; quia ille textus sibi contradiceret, si hoc vellet, cum immediate velit proximitatem vltimi decedentis admissi ad fideicommissum esse inspiciendam: debet igitur (inquit Rolandus) textus intelligi, quod tempus mortis in eo inspiciatur, vt ij soli vocentur, qui tempore mortis erant in familia ; sed inter eos dicendum est, quod admittendi veniant, qui erant proximiores nominatis. Hactenus ille.

Sed non rectè ; quia quod supponit, non probatur, nempe textum velle, proximitatem vltimi decedẽtis admissi ad fideicommissum esse spectandam. Vbi quæso textus hoc dicit? Nullibi sanè, nisi textum inducas, vt su
C pra in primo argumento contrariæ opinionis responsum est, sed iam ibi ostensum est; non rectè id fieri.

Secundò hæc sententia probatur ; quia in fideicommissis succeditur defuncto testatori, non autem hæredi grauato. Ergo inspicienda est proximitas ipsius, nõ autem grauati. Antecedens probatur ex l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. Consequens autem patet, quia si nõ succeditur in bonis grauati, cur deberet haberi ratio proximitatis eius? Ratio enim proximitatis habetur respectu eius, de cuius successione agitur, l. 28. proxima, ff. de suis & legitimis hæredibus, & satis certum & indubitatum est.

Respondet Socinus iunior, in consil. 126. nu. 49. lib. 1. negando veram esse propositionem illam: In fideicommissis succeditur testatori, aut iure probari. Nam textus, qui adfertur in l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. nihil aliud dicit, nisi proprias filij facultates fideicommisso nõ teneri. Veram autem non esse patet ; Nam cum bona
D defuncti testatoris ad grauatum deuenerint, fideicommissarius dicitur illi succedere in dictis bonis ex dispositione scilicet testatoris.

Secundò respondet ; Id quod dicitur fideicommissarium testatori succedere, intelligendum esse mediante persona grauati (vtor eius verbis) de cuius manu accipit, & cui immediate dicitur succedere, nec inconuenit sic dicere, cùm hæres hæredis testatoris, & primi morientis sit hæres, l. vlt. C. de hæred. instituend.

Replicari potest, immo veram esse propositionem, quę in argumẽto assumitur ; nempe fideicommissarium testatori succedere. Si enim propriæ grauati facultates fideicommisso nõ tenentur, vt in d. l. cohæredi, §. cum filię, sequitur non succedere fideicommissarium ipsi grauato, sed potius testatori ; si enim grauato succederet, in eius bonis succederet. Sed probatur eadẽ sententia, quoniã fideicõmissarius bona ex manu grauati cõsequitur ex fideicõmisso testatoris, igitur ex ipso testatore illa cõsequi videtur, arg. l. vnũ ex familia, §. 1. de leg. vbi Papin. ait; electũ

ab eo, cuius fidei teſtator id commiſit, cenſeri electum A ab ipſo teſtatore. Sed quid opus eſt emendicatis hac in re ſuffragijs? nonne Trebelliano Senatuſconſulto cautum eſt, vt ei & in eum, qui hæreditatem recipit ex fideicommiſſo, vtiles actiones competant, quaſi heredi & in hæredem, l. prima, ff. ad Trebellian. §. reſtituta, in Inſtit. de fideicommiſſ. hereditat. Ergo fideicommiſſarius eſt loco heredis defuncti teſtatoris, & ſic cum ſuccedat teſtatori, actiones ei, & in eum dantur, quę alias heredi & in heredem darentur, & quæ defuncto & in defunctum competunt. Quis hic negare audeat eum teſtatori ſuccedere? aut quis affirmare non erubeſcat eum ſuccedere grauato, quoniam ex eius manu accipit bona? Verius dixeris ſuccedere poſt grauatum tanquam ſubſtitutum ipſi teſtatori.

Quod autem ſubdit fideicommiſſarium teſtatori ſuccedere mediante perſona grauati; vt verum ſit, quid ſanè ad rem facit? *De cuius manu* (inquit Socin. iun.) *accipit, & cui immediatè dicitur ſuccedere*. Hoc poſtre- B mum nego, de eius quidem accipit manu hæreditatem, ſed non ei dicitur ſuccedere, verum teſtatori, qui eum vocauit: *Nec inconueniens*, inquit, *ſit dicere: cum hæres hæredis teſtatoris ac primus morientis ſit hæres*. Imò non conuenit ſic dicere; quia verum non eſt, & non eſt hæres hæredis fideicommiſſarius, id eſt, hæres ipſius grauati. Hæres grauatus reſtituit quidem ex fideicommiſſo bona, ſed ea reſtitutio non facit eum, cui reſtituuntur, hæredem eius, qui reſtituit, ſed quoad vtiles actiones teſtatoris defuncti; Ipſius autem reſtituentis, nec quoad vtiles, nec quoad directas, reſpectu bonorum teſtatoris defuncti.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum in pupillari ſubſtitutione, frater vtrinque coniunctus, præferatur fratri conſanguineo.

TEſtator duos filios habens ex prima vxore, C & duos ex ſecunda, eos hæredes inſtituit, ac inuicem ſubſtituit, vulgariter, pupillariter, & per fideicõmiſſum, vt fieri plerunque ſolet in Italia. Vnus eorum moritur, quæſtio eſt, qui ex ſubſtitutione ei ſuccedat, ſoluſnè frater eius vtrinque coniunctus, an verò omnes æqualiter, etiam conſanguinei vnà cum fratre vtrinque coniuncto ſuccedant? Et ſiquidem ex ſubſtitutione vulgari ſuccedatur, inter omnes cõuenit, omnes fratres æqualiter ſuccedere, tam vtrinque coniũctum, quam cæteros ex vno latere tantum coniunctos. Cæterum, ſi ex pupillari ſuccedatur, non eſt eadem omnium ſententia: Etenim ſolum fratrẽ utrinque coniunctum ſuccedere, ac reliquis præferendum Bartol. ſenſit, ad l. re coniuncti, nume. 62. de lega. 3. Bald. in conſil. 424. lib. 5. Socin. ſen. ad l. ſi cognatis, num. 38. verſ. quarta concluſio, ff. de reb. dub. Ruin. in conſil. 90. nu. 8. & 107. nu. 6. lib. 2. Curt. iun. in conſ. 125. nu. 3.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Aretinus, Ri- D pa, & Alciatus, ad l. Lucius, circa finem, ff. de uulg idem Alciatus ad l. cohæredi, §. qui diſcretas, nu. 5. ff. eod. tit. & alij, quos cõmemorat Menoch. in conſ. 198. nu. 3. 4. lib. 2. & de præſumpt. lib. 4. præſump. 75. nu. 12.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia frater utrinque coniunctus eſt potior in ſucceſſione inteſtati fratris, ac præfertur conſanguineo, ut in Auth. Itaque, C. commun. de ſucceſſ. Eſt ergo iuſtum & æquum, ut & in ſubſtitutione iſta præferatur; quia teſtatoris uoluntas ac diſpoſitio interpretari debet, ut ſit iuri conſentanea, l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell. & notatur in l. cum ita, §. in fideicommiſſo, ff. de leg. 2. & hic agitur de ſuccedendo ipſi pupillo defuncto, ut patet.

Poſterioris autem ſententiæ illud eſt fundamentum, quod in pupillari ſubſtitutione non ſit habenda ratio perſonæ pupilli, ſed affectionis ac volũtatis teſtatoris. Nam ſi ratio pupilli hac in re habenda eſſet, pupillaris ſubſtitutio, matrem non excluderet pupilli, quam tamen excludit, ut ſupra concluſimus hoc eod. lib. cap. 42. Et ratio eſt quæ colligitur ex l. Papinianus, §. ſed neque impuberis, ff. de inoſ. teſt. quia ſcilicet pater eſt, qui teſtamentũ fecit.

Sed mihi hanc ſententiam magis probat id, quod habetur in l. qui liberis, §. hæc verba, ff. de vulga. in illis verbis: *Partes quoque eadem ad ſubſtitutos pertinent, quas in ipſius patrisfamilias habuerunt hæreditate*. Si enim ſubſtitutio interpretanda eſt ex inſtitutione, vt ſubſtituti eaſdem partes habeant ex ſubſtitutione, quas habuerunt ex inſtitutione, manifeſtum eſt omnes fratres æqualiter ex ſubſtitutione admittendos eſſe, quemadmodum æqualiter fuerunt inſtituti; quod ſanè argumentum vir doctiſſimus non perpendit Iacobus Menochius loco ſupra citato.

Excipio tamen ab hac ſententia illam ſpeciem, in qua teſtator tam filios ex prima vxore ſeparatim inſtituit, ac ſubſtituit, quam etiam filios ex ſecunda vxore; tũc enim vno decedente ex eis, alter ei coniunctus ſuccedet, vt in dicta l. cohæredi, §. qui diſcretas, ff. de vulga. vbi præclarè Papinianus: *Qui diſcretas portiones coniunctis pluribus ſeparatim dedit, ac poſt omnem inſtitutionis ordinem ita ſcripſit: Quos hæredes meos inuicem ſubſtituo. Coniunctos primo loco vice mutua ſubſtituere videtur*. &c.

Quod attinet ad argumentum contrariæ opinionis, illud haberet locum, ſi de inteſtati pupilli ſucceſſione ageretur; ſed cum agatur de pupillo, cui teſtamento patris datus eſt ſubſtitutus, iam non ex regula inteſtatæ ſucceſſionis, ſed ex voluntate ac ſententia patrisfamilias interpretatio ſumi debet.

Non obſtat, quod dicitur patrisfamilias ſententiam ac voluntatem ita eſſe interpretandam, vt legi ſit conſentanea. Nam id locum ſibi vindicare poteſt, vbi teſtatoris verba ſunt obſcura & ambigua; Sed cum in propoſita ſpecie nullo diſcrimine adhibito omnes filios æquè ſubſtituerit, nulla eſt dubitatio, quin eos æqualiter ſuccedere voluerit, qui erant omnes æqualiter filij, æqualiter coniuncti teſtatori, & æqualiter ab eo ab in inſtitutione honorati.

CAPVT LXXXVII.

Quid ſi retenta præcedenti facti ſpecie agatur de fideicommiſſaria ſubſtitutione.

DVo ſunt potiſſimum argumenta, ex quibus euincitur idem & in fideicommiſſaria ſubſtitutione reſpondendum eſſe, quod ſupra in præcedenti capite de pupillari reſponſum eſt; nempe, ſubſtitutione facta inter filios tã ex primo, quam ex ſecundo matrimonio, & altero eorũ abſque liberis defuncto ad ſucceſſionem admittendos omnes fratres æqualiter, tam vtrinque coniunctum, quã ex vno latere tantum. Primum argumentum eſt ex l. vlt. ff. ad Trebell. Paulus: *Iulius Phœbus teſtamento facto cum tres liberos hæredes inſtitueret, Phœbum & Heracliam ex eadem matre, Polycratem ex alia æquis portionibus, petiit à Polycrate minore fratre, vt accepto certo precio hæreditatem fratribus concederet, & inuicem eos, qui ex eadem matre erant, ſi quis eorum hæres non fuiſſet, ſubſtitueret*, (hæc erat vulgaris, quæ nil ad rẽ.) *Polycrati, ſi intra pubertatem deceſſiſſet, ſecundas etiam tabulas fecit, quas matri eius commendauit aperiendas, ſi impubes obiſſet*. (Nec illa pupillaris ad rem pertinet.) *Deinde petiit à prioribus* (hæc ad rem) *vt ſi quis eorum ſine liberis decederet, portionem ſuam exceptis bonis maternis eorum, & auitis, ei, vel eis, qui ſupereſſent reſtitueret. Heraclia ſoror mortua ſine liberis fratrem ſuum Phœbum inſtituit hæredem. Polycrates fideicommiſſum petierat & obtinuerat apud Aurelium Proculum Proconſulem Achaia. Appellatione facta cum ſolus Phœbus egiſſet, victus eſt, quia ei, vel eis verba vtrumque fratrem complecterentur*, &c.

Igitur & in propoſita ſpecie idem reſpondendum videtur, quoniam cum teſtator inuicem filios tam primi,

quam

quam secūdi matrimonij per fideicommissum substituit omnes filios, & sic tam fratrem defuncti vtrinque coniunctum, quam ex vno latere tantum comprehendit. sicut ergo apud Paulum ea interpretatio non admittitur, vt frater vtrinque coniunctus præferatur, ita nec admitti debet in hac nostra specie: quanquam non diffiteor aliam fuisse à Paulo circumstantiam perpensam voluntatis testatoris, ex eo, quod exceperat bona eorum materna, vt ibi dicitur.

Alterum est argumentum, quoniam per fideicommissariam substitutionem succeditur testatori, vt superius ostensum est, capit.85. Ergo non est alia habenda ratio, quam proximitatis testatoris; Omnes autem filios constat testatori æqualiter esse coniunctos, quamobrem nil refert, an defuncto filio alter frater altero sit coniunctior.

Huc accedit regula, quam in præcedenti Capite commemorauimus ex l. qui liberis, §. hæc verba, ff. de vulgar. & idē probat l. 1. C. de institutionibus, & substitut. & aliæ similes, nempe, substitutionem ex institutione interpretandam esse ac metiendam. Quare cum omnes filij fuerint æqualiter instituti, videntur etiam æqualiter substituti. Atque ita docent Ruinus in cons. 107. num. 6. lib. 2. Decius in cons. 304. num. 2. Alciatus ad l. cohęredi, §. qui discretas, num. 5. ff. de vulg. & ad l. Lucius, num. 48. eod. tit. Crauetta in cons. 43. nu. 1.

Contraria vero sententia, quam secuti sunt Socinus senior ad l. si cognatis, numero 40. ff. de rebus dub. Ruin. in consilio 166. numero quinto, lib. 2. Curtius iunior in consil. 125. numero 4. 5. & 6. & si qui sunt alij, illo satis infirmo nititur argumento, quod in fideicommissis spectanda sit proximitas grauati, non autem testatoris; & ea inspecta, tunc successionem deferendam eo ordine, qui à lege constitutus est, vt sic testatoris dispositio ex eo videatur interpretationem accipere. Sed cum hoc fundamentum corruat ex his, quæ supra latè disseruimus, cap. 85. vt omnis, qua hæc sententia sustinetur, machina simul ruat, necesse est.

CAPVT LXXXVIII.

In fideicommisso conditionali, vtrum nati post conditionis euentum admittantur, vt concurrant cum ijs, qui euenientis conditionis tempore extabant, & admissi fuerunt.

VT vocati per fideicommissum conditionale, tempore euenientis conditionis extent necesse esse, inter omnes constat ex l. cum pater, §. hæreditatem, de leg. 2. l. interuenit, ff. de legat. præstand. & ex alijs locis: & hæc est celebris illa sententia Ioannis Andręæ in additione ad Speculat. tit. de Testament. quam ab omnibus probari respondit Alciatus in consilio 594. num. 1. Tiraquell. de retractu consang. §. 1. Glos. 9. num. 97. Curt. iun. in cō sil. 58. num. 5. & alij passim.

Cęterum, quandoque accidit, vt voluntas testatoris in familia ordinantis fideicommissum, ac inter descendentes posteros & agnatos, etiam quandocunque natos & existentes admittat; quod cum certum est, neminem puto iure dubitaturum, quin superior illa regula & conclusio deficiat; quoniam in conditionibus primum locum sibi vindicat voluntas testatoris, l. in conditionibus, ff. de cond. & demonstrationibus, ac sanè, hac in re nulla ferè controuersia est. Illud maximè dubium mihi & controuersum videtur: In ea specie, in qua constat etiam nascituros post conditionis euentum, ex voluntate testatoris admittendos esse, vtrum admitti debeant, si tempore conditionis euenientis alij extabant, qui tanquam proximiores admissi fuerint, ac fideicommissum vindicauerint, ad eum effectum, vt postea nati, si priores gradu existant, auferre possint bona fideicommisso subiecta ijs, qui ea iam vindicassent ex fideicommisso; aut si in pari

A

gradu sint, cum eis concurrant, & participare debeant fideicommissum.

Est, inquam, hac de re controuersia non ignobilis, siquidem contraria extant responsa magni nominis Iurisconsultorum Hyppoliti Riminaldi in cons. 564. lib. 4. & Iacobi Menochij in cons. 413. lib. 5.

Et quanquam de ea consultatione, cuius veritas ex alijs circumstantijs pendet, mihi animus non est aliquid statuere, præsertim cum in Ciuitate Placentina sub Iudice sit adhuc indecisa. tamen, ut in hoc articulo, quem proposui, iudicium interponam meum, quando vltimarum voluntatum controuersias tractandas suscepi, faciēdum esse iudicaui.

Quod igitur postea nati admittendi sint, vt concurrant cum iam natis & admissis, vt supra, respondit Paulus Castrens. in cons. 247. In causa quæ vertitur Saucnę lib. 1. vbi inter cętera sic ait: *Nam testator nō censetur plus sensisse de illis, qui reperirentur nati tempore alienationis,*

B

quam post, cum ad omnes parem habuerit affectionem. Præterea, si aliqui fuissent nati, fateor, quod ipsi soli fuissent admissi ad reuocandum, sed alijs postea nascentibus tenerentur participare cum illis, nam si legarem eis, & aliqui essent nati tempore testamenti vel mortis, aliqui nascerentur post, quis dubitat, quod omnes participare deberent. si constaret, q de nasciturus sensit l. si duobus, § si & l. seq. de leg. 1. &c.

Castrensem secuti sunt Ruin. in cons. 22. lib. 2. Natta in cons. 675. nu. 6. Rolan. à Valle in cons. 70. nu. 47. lib. 3. alios citat Hyppol. Riminal. in d. cons. 564. lib. 4.

Contrarium autem responderunt Alciat. in d. consil. 594. num. 6. Alexander in cons. 13. lib. 4. Castrens. in consil. 16. lib. 2. sed clarius his Alba, in consil. 106. & Petrus Antonius Angusciola, lib. 6. cons. 67. & post hos Menochius d. cons. 413. lib. 5.

Posterioris sententiæ argumenta sunt ista: Primum, Dominium rerum in pendenti esse nō potest, l. si ex duobus, §. Sed & Marcellus, ff. de in diem addict. l. vlti. in fi-

C

ne, ff. communia pręd. Sed si postea nati admitterentur, dominium staret in pendenti: quia priores, qui tempore existentis condōnis aderant, illud non haberent firmiter & certo, sed ex futuro euētu, si videlicet alij nō nascerentur, id penderet: ergo postea nati admittendi nō sunt.

Secundum argumentum est, quia si postea nati admitterentur, auferrent partem, vel totum illis, qui iam admissi fuissent, & rursus, si alij nascerentur, aliam partem auferrent, & sic semper incerta esset portio admissorum, & sæpius fieret variatio in eodem negotio, quæ omnia videntur absurda.

Tertium, in conditionibus habetur ratio primę existentiæ, non autem eius, quod postea superuenit, l. si quis heredem, C. de instit. & substit. Ergò, si tempore euenientis seu existentis conditionis aliqui vocati existunt, eorum est habenda ratio, nec mutari res debet ex eo, quod postea alij nascuntur, & sint in pari vel priori gradu.

Quartum argumentum. Cum hic agatur de substitu-

D

tione, quæ iam effectum habuit in persona natorum & admissorum, qui successerunt, ea dicitur esse iam prorsus extincta & sublata, argum. l. si mater, §. 1. ff. de vulga. & l. cum in testamento, ff. de here. instit. Consequenter alij postea nati, qui eiusdem substitutionis uigore petūt se admitti, minimè admittendi sunt.

Quintum argumentum est ex l. cum ita, §. in fideicōmisso, de leg. 2. vbi ad fideicommissum primo admittuntur, qui erant tēpore testamenti, & post eos, qui tpe mortis erant; ergo sic & in proposita specie, prius admitti debēt illi, qui nati erant tpe euenientis conditionis: & post eos extinctos illi, q postea nati sunt. Quod si inter natos tpe euenientis cōdōnis admittitur is solū, qui proximior est, vt ibi dr, multo magis debet natus pręferri nō nato.

Verum istis nil morantibus, contrariam sententiam probabiliorem esse iudico & amplector: & quanquā scio multa adferri argumenta, & inter alia adferri textum in l. Peto, §. Fratre, de lega. nihil tamen illa me mouent. Nam text. in §. fratre, admittit quidem proximum, qui

existit tempore conditionis, si paratus sit cauere se familiæ restituturum, sed hoc intelligi post eius mortem potest, vel post alienationem, quia proximus iam est admissus, & consequenter alij de familia sequuntur, non autem præcedunt vel concurrunt, quare & textus dicit: *Nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum lædi debet, sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cauere,* &c. Quamobrem locus ille ad quæstionem nostram non pertinet.

Argumentum igitur, quod me mouet, est Pauli Castrensis in d. consi. 547. lib. 1. quod tamen ego clarius deducam in hunc modum: Si testator legatum uel fideicommissum relinquat tam nato, quàm postumo nascituro post eius mortem, sine dubio postumus quandocunque natus, partem suam habebit, & concurret cum eo, qui iam natus & admissus fuit, l. si duobus, §. vlt. & l. sequenti, ff. de leg. 1. Sed in proposita specie ita est in facto, quia fideicommissum relinquitur omnibus de familia, secundum gradus prærogatiuam & ordinem, tam natis, quàm nascituris: ergo nascituri quandocunque partem suam habebunt, & concurrent cum ijs, qui iam admissi fuerunt, aut totum habebunt, si proximiores erunt ipsi postea nati: sicut enim partem vindicant, si sint in pari gradu, ita & totum uindicabunt, si fuerint in priori gradu.

Et ideo illud potissimum perpendi debet in hac specie, vtrum scilicet testator noluerit eum, qui natus non sit tempore euenientis conditionis, puta alienationis vel mortis, admitti. Nam si voluerit admitti, nil nocere ei potest, quod alter, qui erat tempore mortis, vel alienationis admissus fuerit, quia ille totum habebit, si alij non fuerint postea nati, vt in d. l. si duobus, §. vlt. sin autem nati fuerint, partem duntaxat habere debebit, aut etiam penitus excludi, si postea natus erit proximior. Ratio est, quia hæc duo se inuicem consequuntur, vt si testator proximiores vocauerit ad fideicommissum tam natos, & existentes tempore conditionis, quàm postea nascituros, & extituros; istud etiam voluisse intelligatur, vt postea nati concurrant cum iam natis & existentibus. Et hoc est, quòd dicebat Paulus Castrens. in verbis quæ supra nos retulimus. Cui sanè argumento responsum à nemine vidi ex his, qui contrariam sententiam amplexi fuere.

Nec difficile est ad argumenta in contrarium respondere. Nam quod attinet ad primum, respondeo, in hac materia fideicommissorum nouum non esse, vt dominia aliquo modo sint in pendenti, ad hunc videlicet modũ, vt vni reuocabiliter dominium rei acquiratur. Id est, vt reuocari possit, & ab alio post diem vel conditionem reuocari, l. pen. §. sin autem sub conditione, C. commun. de leg. Et in hoc ipso, de quo agitur articulo, nonne constat postumo relinqui posse legatum & hęreditatem, l. placet, ff. de lib. & postum. Ergo antequam nascatur, nonne in suspenso erit in hoc sensu dominium rei relictæ?

Ad secundum respondeo, absurdum nõ esse, vt natus det suam portionem postumo, cum natus erit, vt probatur in d. l. si duob. §. vlt. & l. seq. de leg. 1.

Ad tertium respondeo, regulariter id verũ esse, quod in argumento assumitur, & nos etiam vltrò id fatemur, postea natos excludi, quia tempus euenientis conditionis inspicitur, sed supponimus ita uoluisse testatorem, vt & futurorum, & quandocunque natorum, etiam post conditionem ratio haberetur.

Ad quartum respondemus, substitutionem effectum suum & consummationem habuisse, quo ad existentes, & natos tempore conditionis pro parte ex portione eorum, non autem pro futurorum portione, aut ad eorum exclusionem, ac præiudicium: Eorum enim causa lædi non debet, propter natos tempore conditionis; alioqui, si locus esset argumento, illud concluderet, prorsus excludendos esse nascituros etiam post extinctos iam natos: quod tamen est absurdum.

Ad quintum respondeo, præferendos quidem esse eos,

A qui soli extant tempore testamenti, vel etiam tempore euenientis conditionis secundum iuris Regulas; sed nõ vbi testator parem eorum rationem habuit, atque existẽtium tempore conditionis; tunc enim etiam postea nati suam obtinere debent portionem, & si proximio in gradu sint, totam sibi ex fideicommisso uindicare successionem. Ita censeo in hac difficili controuersia, nec meæ me pœnitet sententiæ.

CAPVT LXXXIX.

Ventre instituto hærede, an is filius, qui ex ea natus est vxore, quæ erat tempore testamenti, institutus esse intelligatur; an verò, qui ex alia etiam vxore natus erit?

TEstator ventrem vxoris suæ instituit; quæri-
B tur vtrum institutus esse intelligatur filius, qui ex ea vxore, quam tunc habuit, nasceretur; an verò etiam is, qui ex alia vxore, quã postea duxisset, procreatus esset? Et quidẽ interpretes nostri in discrepantes abierunt sententias. Nam eum duntaxat institutum uideri, qui ex vxore illa prægnante nasceretur; non autem ex alia docuerunt Paulus Castrensis, Raphael Cumanus, & Aretinus ad l. placet, ff. de lib. & postumis. Quorum illud est fundamentum, quod his verbis: *Ventrem vxoris meæ,* &c. videatur testator de postumo, siue de filio ex certa persona nascituro, intellexisse, quo in casu certum est institutionem non posse extendi ad eum, qui ex alia persona nasceretur, l. filius, §. si quis ex certa, ff. de liber. & postum. Triphonius: *Si quis ex certa vxore natum scribit hæredem in periculum rumpendi testamentum deducit ex alia suscepto liberis.* Etenim venter dicitur, quæ prægnans est, l. ventre, ff. de acquir. hæredit. l. prima, §. inspiciendo, ff. de
C ventre inspicien. Ergò, dum testator instituit ventrem vxoris suæ, instituere videtur filium, qui ex ea prægnante nasciturus est, non autem ex alia, perinde ac si diceret; Instituo postumum meum, vel postumum, quem habeo, quo casu non trahitur institutio ad filium ex alia vxore natum, ut dicebat Glos. in l. quinta, ff. de liber. & postum.

Cæterùm, in proposita quæstione omnem postumum etiam ex alia vxore natum, institutum uideri, responderunt Alex. & Soc. in d. l. placet. ff. de lib. & postum. & alij quos refert & sequitur Mantica de coniecturis vlt. vol. lib. 4. ti. 9. nu 6. & Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumptio. 21. num. 14.

Fundamentum est in l. placet, ff. de liber. & postum. illis verbis: *Nam & cum maritus postumum hæredem scribit, non vtique is solus postumus scriptus videtur, qui ex ea, quam habet vxorem, ei natus est, vel qui tunc in vtero est, verum is quoque, qui ex quacunque vxore nascatur.*
D Et licet in quæstione nostra testator ventrem instituerit, est tamen idem, ac si postumum instituisset, argumento l. 3. §. nominatim, ff. de iniusto, rupto, ac irrito testam.

Ad argumentum contrariæ opinionis respondent, ita ventris accipiendam esse institutionem, vt ad tẽpus mortis referatur, quasi testator eum instituerit, qui tempore mortis in uentre erit, & nascetur: & ideo nil refert, siue ex ea nascatur vxore, quam testator tunc habet, siue ex alia.

Ego posteriorem hanc sententiam amplector, & pro eius confirmatione perpendo Vlpiani responsum in d. l. placet, in hunc modũ: Certum est Vlp. de postumo loquẽtem, accipiendũ esse generaliter, siue postumus sit in ventre vxoris, quam tunc habet testator, siue nõ sit. sic enim ait Iuriscons. *Cum maritus postumum hæredem scribit,* &c. Si dicamus ergo vxorem esse prægnantem, & testatorẽ postumum instituere, sine dubio videtur se referre ad postumum ex ea uxore, quæ prægnans est, nasciturum, & tamẽ, *non vtique is solus postumus scriptus videtur, verum*

is quoque, qui ex quacumque vxore nascatur, inquit Triphonius. Ratio est, vt testamentum sustineatur, ne ex alia vxore natus præteritus videatur; atque ideo testamentum fit irritum.

Nec dicatur; vt dicebat Paulus Castrensis, Triphonium non esse intelligendum de testatore sciente vxorē esse prægnantem, quasi tunc videatur se restringere ad eum tantum postumum. Quoniam hæc interpretatio vim facit verbis, & merum continet vaticinium: Immo absurda est hæc interpretatio; quia plerunque accidit, vt qui vxorem habet, & ventrem siue postumum instituit, sciat vxorem esse prægnantem, aut certè ita imaginetur, & iudicet. Cur enim ventrem quis institueret, si non cogitaret vxorem prægnantem, quam habet? Quare secundum illam interpretationem Iurisconsultus eo tantum casu accipiendus esset, quo testator ventrem, vel postumum instituens, non tamen cogitaret de filio ex ea vxore, quam tunc haberet nascituro; quod sanè absurdum est.

Ad textum verò l. filius, §. si quis ex certa, respondeo, locum habere, cùm nominatim fit institutio filij nati ex certa vxore, puta ex Titia vel Seia; nos verò loquimur de ventre instituto vxoris testatoris, nulla certa persona nominata.

CAPVT XC.

Quid si testator postumum, siue ventrem vxoris instituerit, si prægnans esset.

CAeterum cùm testator ventrem non simpliciter instituit, sed ea conditione adiecta; si vxor prægnās esset, videtur manifestè loqui de filio, qui nascetur ex ea vxore, quam tunc habuit, & ideo non intelligitur is hæres scriptus, qui ex alia vxore nascetur, argum. d. l. filius, §. si quis ex certa, ff. de liberis & postum. atque ita respondit Angelus in consil. 51. Simon notarius. Sed hanc sententiam reprobat Alexand. in d. l. placet, ff. eod. tit. Purpuratus latè in consil. 518. num. 3. lib. 2. & alij a Mantica citati, de Coniect. vltim. volunt. lib. 4. tit. 9. num. 6. & Menochio de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 21. num. 20. versic. sextus est casus, quibus & ipse assentior: Placet enim, vt valeat testamentum, benignam adhibere interpretationem, vt & alibi adhiberi solet, in l. vlt. C. de postum. hæred. instit. in l. Titius, §. Lucius, ff. de lib. & postum. atque ita dicendum erit testatorem instituisse eum ventrem, qui tempore mortis suæ prægnans esset, & postumū eum, qui tunc nasceretur. Quare siue ex ea vxore nascatur, quam tunc habuit, siue ex alia, quam post conditum testamentum duxit, talis postumus hæres institutus esse videbitur, iuxta l. placet, ff. eod. tit.

CAPVT XCI.

Si testamentum fratris, in quo turpis persona est instituta, contineat Clausulam Codicillarem; vtrum frater, qui tanquam præteritus illud rescindit, teneatur scriptis hæredibus restituere hæreditatem legitima sibi retenta; & quid de legatis.

COntrouersia est; si fratris testamentum, in quo turpis persona instituta est, rescindatur; Vtrum frater hæreditatem nihilominus scripto hæredi restituere teneatur, legitima sibi retenta, propter Clausulam Codicillarem in testamento adiectam, & negant Paulus Castrensis, ad l. si patroni, §. vlt. ff. ad Trebell. Decius in consil. 561. & alij, quos cōmemorat Valquius de Successionum creatione, §. 10. & alij multi, quos commemorat Anton. Tessaurus, decis. Pedemont. 128. Fundamentum est, quia tale testamentū videtur esse factum à demente, & consequenter nec legata, nec fideicōmissa valent, l. Titia, ff. de inoffic. testam.

A Et cùm frater prohibeatur præterito fratre turpem, & infamem personam hæredem instituere, non debet illi concedi via quadam indirecta, nempe, per Clausulā Codicillarem testamento adiectam, cap. cum quid vna via, de reg. iur. lib. 6.

Sed contrariam sententiam amplexi fuere Alexand. ad d. l. si patroni, §. vlt. & Cagnolus in l. 1. num. 13. ff. de inoffic. testam. & alij ab Anton. Tessauro citati loco annotato, & ita decisum est apud Afflict. decis. 125. nempè, fratrem vigore Clausulæ Codicillaris restituere oportere hæredi scripto hæreditatem, retenta sibi legitima portione.

Probatur hæc sententia; quia hoc operatur Clausula Codicillaris, vt directa institutio conuertatur in fideicommissariam, l. quærebatur, ff. de milit. testam. l. ex ea, §. 1. ff. de testam. Quam ob rem etiam in testamento, quod est nullum ob præteritionem filij, id receptum est, vt filius præteritus, teneatur hæredibus scriptis restituere hæ-
B reditatem, retenta sibi legitima; & hoc vigore Clausulæ Codicillaris testamento insertæ, vt tradunt Bartol. in l. 1. num. 9. ff. de iure Codicillor. & alij, vt per Iulium Clarum, §. testamentum, quæst. 46. & Anton. Gabriel. Com. Concl. tit. de Clausulis, Concl. 7. quanto magis ergò & in fratre idem erit respondendum, cui certum est plus iuris non competere in bonis fratris, quàm filio in bonis paternis, immo minus?

Nec valet illa responsio, aliam esse rationem in filio; quia pater instituto filio in legitima, potest reliquam hæreditatem relinquere, cui velit, in fratre autem id nō procedit; quia omninò prohibetur instituere turpem personam, & fratrem præterire, nec eum in legitima tenetur instituere; quoniam fratri legitima non debetur. Replicatur enim; immo fratri legitimam deberi, quando turpis persona instituta est. Id probatur ex §. 1. in Authent. de Hæred. & Falcidia, vbi Imperator ita scribit. *Primùm itaque illud est cogitandum, quia testantibus alijs quidem*
C *imponit lex necessitatem distribuere quandam partem personis quibusdam, tanquam hoc secundum ipsam naturam eis debeatur, quale est filijs, & nepotibus, & patribus atque matribus. Interdum verò etiam fratribus.* Glos. ibi in verbo, *fratribus, vt si frater meus*, inquit, *instituit turpem personam.*

Sicut ergo liceret fratri instituto fratre in legitima sibi debita reliquam hæreditatem, cui vellet, relinquere, & frater eo in casu testamentum impugnare non posset, (Nam nec filius in legitima institutus illud impugnare potest, vt in Authent. Vt cum, de appel. cognosc. §. aliud quoque capitulum, l. omnimodo, C. de inoffic. testam.) ita nec conqueri poterit, si suam legitimam consequatur, licet reliquam hæreditatem ab intestato per fideicommissum hæredi scripto restituat.

Ad argumentum respondent negando videri factum à demente testamentum, & propter Clausulam Codicillarem sustineri dicunt ea, quæ defunctus ordinauit, licet
D intestatus videatur decessisse. Et regula illa generalis huc pertinere non potest; quia nec totam hæreditatem obtinet turpis persona, nec illud quod ex hæreditate cōsequitur, ex testamento dicitur obtinere, verùm iure fideicommissi, vt dictum est, propter Clausulam Codicillarem, quæ id ipsum operatur.

Sed his non obstantibus contrariam sententiam veriorem esse iudico, & fundamentū meum est in his, quæ superius deduxi, hoc eodem lib. cap. 11. cum de patris testamento inofficioso differerem, quod tanquam a demente factum; & ideo in vim fideicommissi non valere dixi, ex l. Titia, ff. de inoffic. testam. Hæc autem ratio locum habet etiam in fratris testamento inofficioso. Nam & illud videri à demente conditum, probari potest ex generali regula, quam ponit Scæuola in l. patronus, §. vlt. de leg. 3. ibi: *Claudius notat. Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset: quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse*, &c. Idem probat l. 2. iuncta l. 1. ff. de inoffic. testam.

testam. Cum igitur ille color, vt quasi a demente factum præsumatur, hoc efficiat, vt nihil ualeat, quod in eo testamento scriptum est; sequitur dicendum, nihil operari clausulam codicillarem.

Non obstat, si dicatur nouo iure ex Nouella Iustiniani, vt cum de appell. cognosc. hæc esse sublata, dum constituit, vt testamento rescisso propter exhæredationem, vel præteritionem, nihilominus legata & fideicommissa valerent: Quoniam, vt concedamus eam Nouellam etiam ad fratris testamentum, de quo non loquitur, trahi posse, nihil tamen obstat; quia non loquitur de institutione hæredis, sed de cæteris legatis & fideicommissis, quæ in testamento continentur. Illa valere & præstari mandat Imperator, quia testator in eo non peccauit, sed vt etiam ipsa institutio conseruetur ex clausula codicillari, in qua testator maximè peccauit, non potest ex eo inferri, cum sit res diuersa & dispar ratio, nec id eo in loco Iustinianus statuerit.

Est etiam magna controuersia de legatis, in eo testamento relictis, quod fratris querela propter turpem personam institutam rescissum est; vtrum sint præstanda, vt videre licet ex Anton. Tessauro, qui nouissimè autores prolixè commemorat, d. decis. Pedemont. 128. nu. 6. In summa; difficultas omnis in eo uersatur, quod Iustinianus Imperator in Nouell. vt cum de appell. cognosc. dum præcepit Legata & Fideicommissa præstari ex testamento rescisso propter exhæredationem vel præteritionem, non de testamento fratris inofficioso locutus sit, sed parentum & filiorum; ac proinde in testamento fratris inofficioso antiquæ leges manere uideantur incorrectæ, quibus probatur legata & fideicommissa non ualere, iuxta l. Titia, ff. de inoffic. testam. Sed iusta sanè & menti Iustiniani consentanea mihi uidetur interpretatio, vt idem etiam in testamentis fratrum statutum esse intelligatur, quasi minus scriptum & plus dictum fuerit: Nam nulla est ratio diuersitatis. Et ratio legis in testamento etiam fratris militat, & ex lege quæ de inofficioso testamento parentum ac filiorum loquitur, etiam fratrum testamenta inofficiosa, normam & formam accipere, æquum est.

CAPVT XCII.

De reuocatione testamenti prioris continentis clausulam derogatoriam, controuersia vna.

Hermogenianus in l. 22. de legat. 3. scribit in hunc modum: *Si quis in principio testamenti adscripserit: Cui bis legauero, semel deberi volo, postea eodem testamento vel codicillis sciens sæpe eidem legauerit, suprema voluntas potior habetur. Nemo enim eam sibi legem potest dicere, vt à priori voluntate ei recedere non liceat. Sed hoc ita locum habebit: si specialiter dixerit prioris voluntatis se pœnituisse, & voluisse, vt legatarius plura legata accipiat.*

Ex hoc textu docent interpretes nostri, testamentum, quod clausulam derogatoriam continet, ad alia testamenta (ita enim ipsi loquuntur) non reuocari per aliud posterius testamentum, nisi mentio specialis fiat prioris testamenti, & clausulæ derogatoriæ: vt puta, testator protestatus est se velle, vt primum suum testamentum ualeat, etiamsi aliud fecerit testamentum, & vt plerumque adijcitur, nisi posterius contineat hæc vel illa verba. Prius ergo testamentum posteriore non reuocatur, nisi fiat specialis mentio clausulæ derogatoriæ, quod perinde valet, ac si cum Iurisconsulto dixerimus, *nisi specialiter prioris voluntatis* eum penituerit, & voluerit valere posterius testamentum, reuocato priore.

Cæterum, est controuersia; quando uideatur esse facta specialis mentio prioris testamenti, vt proinde reuocatum esse intelligatur. Et controuersiæ status est in eo positus, qui unum duntaxat testamentum fecit & non plura. Nametsi clausulam derogatoriam contineat, si tamen aliud fiat, posteriori censetur reuocatum, licet nulla specialis mentio prioris fiat, sed tantum generalem prioris testamenti posterius reuocationem contineat, ita docuit Barto. in dicta l. si quis in principio, numero 9. de legat. 3. quem multi alij sunt secuti, quos commemorat Mantica de coniecturis vltimarum volunt. lib. duodecimo, titu. 8. nume. 8. Sed contrarium docuere Angelus, Paulus Castren. Alexãder, & alij, ad l. secundam, ff. de liber. & posthum. Couuar. ad Rubr. de Testam. in secunda parte, num. 19. vers. Tertium, & alij, quos citat Mantica loco superius allegato. egregiè Dominus meus Cephalus in consil. 375. lib. 3. nouissimè alios citans Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 166. num. 25. 26. in secunda parte.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. 2. ff. de lib. & posthum. Vlp. *Nominatim exhæredatus filius & ita videtur: Filius meus exhæres esto, etsi nec nomen eius expressum sit, si modo vnicus sit.*

Ex hoc textu colligitur argumentum; Specialem mentionem factam videri generalibus verbis, quoties generalia verba ad unum duntaxat referri possunt. Cum itaque vnicum testamentum præcessit, Generalis reuocatio ad illud tantum relata esse intelligitur, & proinde specialis reuocationis uim obtinet.

Respondent contrariæ sententiæ autores; si hoc argumentum aliquid valeret, nunquam necessariam fore specialem reuocationem testamenti clausulam derogatoriã habentis, licet plura quis testamenta confecisset, quia & si plura conficiat quis testamenta, vnum tamen solùm valet, & semper prius tollitur à posteriore, Hoc autẽ uidetur omnino falsum, quòd nunquam specialis reuocatio requiratur.

Cæterum, huic responsioni replicant, qui Bartolum secuti sunt, ac priorem illam sententiam, fieri quidem non posse, ut mortuo testatore, plura testamenta ualeãt: Vnum enim duntaxat ualere debet, & non plura: sed tamen, eo uiuente, non ita certum esse, quod potissimũ ex pluribus testamentis ualere debeat. Etsi enim posteriore tollatur prius, fieri tamen potest, vt prius adhuc confirmetur posteriore sublato. Quam ob rem, dum testator viuit, ratio omnium testamẽtorum haberi debet, ideoq; rectè conclusum, cum plura extant testamenta, requiri specialem illam reuocationem, secus, si unum tantũ præcesserit testamentum, quia generalis reuocatio facta, de illo tantum intelligitur, cum de nullo alio intelligi possit. Adserunt & quædam alia pro refutatione dictæ responsionis; sed videtur mihi omnium clarissima hæc replicatio.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est in d. l. si quis in princ. cuius legis verba superius retulimus.

Et in hanc sententiam posteriorem ego sanè sum procliuior. Illud enim in Iuris quæstionibus decidendis obseruare soleo, & seruandum existimo, vt, cum lex & ratio extat, quæ specialiter ad quæstionem propositam pertineant, eis sanè adhærendum potius, quàm generalibus quibusdam vel Regulis, vel Pronunciatis ad aliam materiam pertinentibus, putem. Iam verò, cum textum habeamus ad rem nostram pertinentem, ex eo potius ius à nobis statuendum reor. Hoc vult Iurisconsultus, ut quoties testator aliquid protestatus est in futurum, non aliter ualeat, quod aduersus eam protestationem fit, quàm si appareat specialiter eum prioris uoluntatis pœnituisse, & uoluisse, vt omnino posterior voluntas locum habeat, posthabita priore uoluntate. Huc enim pertinent illa uerba textus. *Si specialiter dixerit prioris voluntatis se pœnituisse, & voluisse, vt legatarius plura legata accipiat.* Erit ergo prior uoluntas reuocanda, & omnino declarandum à testatore, se velle, ut posterius testamentum locum habeat: priore voluntate seu testamento cum suis protestationibus, & clausulis infirmato.

Argu-

Argumentum porrò contrariȩ opinionis hoc tantum probat; ex generali reuocatione teſtamenti prioris, actū cenſeri de teſtamento illo, quod Clauſulam habet derogatoriam, quoties illud duntaxat, & non aliud teſtamentum præceſſit: Sed hoc non ſufficit ad tollendum illud primum teſtamentum, ſed requiritur, vt ſpecialiter appareat teſtatorem prioris teſtamenti pęnituiſſe, & vt hoc dixerit teſtator, quod fit per ſpecialem, non autem per generalem derogationem teſtamenti prioris. Confirmatur hæc interpretatio. Nam cum teſtator in principio teſtamenti dicit, & quodammodo proteſtatur, *Si ena bis legauero, ſemel deberi volo.* Et poſtea in eodem teſtamento, vel Codicillis ſępiùs legat, ſine dubio hæc, tanquam vltima voluntas, videtur eſſe præferenda priori; ſed tamen, quia prior voluntas ſequenti derogauit, requiritur, vt ſpecialiter dicat, ſe prioris voluntatis pœnituiſſe, & voluiſſe, vt plura legata darentur. Quamobrem ſola prioris voluntatis reuocatio non ſufficit, ſed neceſſe eſt, vt appareat teſtatorem id velle, vt valeat poſterior voluntas, & non prior; & ſic ſpeciali opus eſt derogatione, non autem generalis illa ſufficit; ſicut nec Iuriſconſulto ſufficit prioris voluntatis teſtatorem pœnituiſſe, (hoc ſanè æquiualet generali reuocationi teſtamenti prioris) ſed requirit etiam, vt teſtator voluerit contrarium eius, quod prius ordinauerat, nempe, plura legata dari, licet antè dixiſſet, *ſemel deberi volo.* Et hoc eſt, quod paucioribus verbis dixit Couuar. loco ſuperius annotato, cum dixit, non ſolum neceſſariam eſſe mentionem teſtamenti prioris, ſed etiam Clauſulæ derogatoriæ in eo contentæ, quod non eſt neceſſarium inquit in l. 2. ff. de lib. & poſtumis: quia ſcilicet nulla præceſſerat derogatoria diſpoſitio teſtatoris.

CAPVT XCIII.

Vtrum frater fratris teſtamentum tanquam inofficioſum impugnare poſſit, ſi in eo ſpurium inſtituerit.



Væ paulò antè de fratris teſtamento inofficioſo diximus, in memoriam reuocant aliā inter Doctores Controuerſiam, quæ vt ſilentio prætereatur, æquum non eſt: Si frater teſtamento facto ſpurium aliquem hæredem inſtituerit, fratre præterito; vtrum liceat fratri teſtamentum impugnare tanquā inofficioſum? Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ: Altera, non poſſe. Altera verò, poſſe. Prioris autores ſunt Cagnolus ad l. 1. num. 14. ff. de inoffic. teſtam. Illuſtriſſimus & Reuerendiſſimus Cardinalis Paleotus de nothis, & ſpurijs, capit. 55. num. 5. Rolandus à Valle, in conſ. 87. lib. 3. Poſterioris Azo in Summa, Tit. Ex quib. cauſ. infamia irrogetur, nu. 4. Bart. Bald. & Alex. ad l. etſi pepercerit, ff. de lib. & poſtum. Iaſon in conſil. 154. nu. 5. lib. 1. & alij, quos commemorat Anton. Teſſaurus, deciſ. Pedemontana, 127. Sed longè latius Hartmannus Piſtorius quæſtio. Iuris Romani, lib. 1. cap. 30.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt; quia tunc frater impugnare poteſt fratris teſtamentum tanquam inofficioſum, cum in eo turpis vel infamis perſona inſtituta eſt, l. fratres, C. de inoff. teſtam. Sed Spurius non eſt infamis, neque turpis perſona: Ergo teſtamentum, in quo Spurius inſtitutus eſt, impugnari non poteſt.

Aſſumptio probatur multis teſtimonijs. Primum ex l. Spurij, ff. de Decurionib. Papinianus: *Spurij Decuriones fiunt, & ideo fieri poterit ex inceſto quoque natus; Non enim impedienda eſt dignitas eius, qui nihil admiſit.* Secundò ex l. crimen, ff. de pœnis, Calliſtratus: *Crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere poteſt.* Tertiò ex l. legem, C. de naturalib. liber. ibi: *Moueat miſericordia, quia indigni non ſunt, qui alieno laborant vitio.* Quartò, *quia naſci ex adulterio non eſt culpa naſcentis, ſed generantis,* c. naſci, diſtinct. 56. & Io. Chryſoſtomus: *Nunquam de vitijs,* inquit, *erubeſcamus parentum, ſed illud*

A *vnum quæramus, & ſemper amplectamur, virtutem videlicet,* c. Nunquam, eadem diſtinct. & diuus Hieronymus inquit: *Dominus noſter Ieſus Chriſtus voluit non ſolum de alienigenis commixtionibus, ſed etiam de adulterinis naſci, nobis magnam fiduciam præſtans, vt qualiscunque modo naſcamur, dum tamen veſtigia eius imitemur, ab ipſius corpore non ſeparemur, cuius per fidem membra effecti ſumus,* c. Dominus, eadem diſtinct. Denique ſatis conſtat, multos, qui Spurij fuerunt, viros egregios, & inſignes extitiſſe, & ad maximas dignitates euectos fuiſſe, vt in c. Oſius, d. diſtin. 56. & proſequitur Illuſtriſſimus Paleotus vbi ſuprà. Et quod attinet ad rem noſtram, ſatis conſtat nulla lege Spurios à ſucceſſione extraneorum excludi; ſed tantum à parentum ſucceſſione, vt in Authen. Ex complexu, C. de inceſtis nupt.

Fundamentum autem poſterioris ſententiæ illud eſt; quoniam vt fratris teſtamentum impugnari poſſit tanquam inofficioſum, ſufficit, ſi in eo hæredes ſcripti fuerint
B infames, vel turpes perſonæ, *vel leuis notæ macula aſpergantur,* vt in d. l. fratres, C. de inoff. teſtam. Sed Spurij videntur eſſe ſaltem tali macula aſperſi. Ergo teſtamentum, in quo Spurius inſtitutus eſt hæres, à fratre impugnari poterit.

Aſſumptio argumenti probatur; primò, quia ſcriptum eſt in ſacris literis: *Adulterorū filij abominatio ſunt Deo,* vt Sap. cap. 3. *& adulterinæ plantæ non dabunt radices altas, nec ſtabilem ſedem ponent.* Sapientiæ 4. Et ſcribit Bonifacius Martyr genus hoc nec bello forte, nec fide conſtans, nec Deo amicum eſſe, vt in c. ſi gens, diſtinct. 56. & Calixtus Pontifex: *Nos,* inquit, *ſequentes patres noſtros, infamia eos notamus, & infames eſſe cenſemus, quia infamiæ maculis ſunt aſperſi.* In cap. coniunctiones, 35. quæſtio. 2. Denique, vt dicebat Innocentius III. *Tam lex Moſaica, quàm Canonica ſobolem ſuſceptam ex adulterio deteſtatur, teſtāte Domino, qui ait, quod Manzeres, & Spurij vſque ad decimam generationem in eccleſiam non intra*
C *bunt, Canone verò vetante, tales ad ſacros ordines promoueri, ſecularibus quoque legibus non ſolum repellentibus eos à ſucceſſione paterna, ſed negantibus ipſis etiam alimenta,* vt in cap. per venerabilem, Qui filij ſint legitimi. Et ideo S. Auguſtinus: *Sanctius eſt,* inquit, *defungi ſine liberis, quàm ex illicito concubitu ſtirpem quærere,* vt c. ſicut, 32. quæſtio. 4.

Teſtimonijs autem in contrarium allatis reſpondent poſterioris ſententiæ autores; illa eſſe accipienda, quoad vitam æternam, & bona ſpiritualia, non autem quoad iuris effectus: Sed & proximè relatis autoritatib. reſpondent prioris ſententiæ defenſores, eas locum ſibi vindicare, cum filij Spurij paterna flagitia imitantur, autoritate Gratiani in cap. cenomanenſem, in fine, 56. diſtinct. *Adulterorum filij abominatio ſunt domino, ſed ſicut ſupra dictum eſt* (inquit Gratianus) *de presbyterorum filijs, ita & hoc de filijs adulterorum intelligendum videtur, vt illi dicantur eſſe abominatio domino, ad quos paterna flagitia*
D *hæreditaria ſucceſſione deſcendunt.* Hactenus Gratianus, & idem in c. 1. §. 1. eadem diſtinct. *Sed hoc intelligendum eſt de illis,* inquit, *qui paternæ incontinentiæ imitatores fuerint.* Eandem interpretationem ſecutus eſt Innocentius III. in c. tuſi, §. perſonæ, de renunc. *Quod ſcriptum eſt,* inquit, *Ego ſum Deus Zelotes, vindicans peccata patrum in filios vſque in tertiam & quartam generationem, in his, qui oderunt me, intelligitur in illis, qui contra me parentum odium imitantur.*

Ego hac in re inprimis animaduerti nullam Legem, nullum Canonem extare, qui ſpurios ea, de qua agitur, macula notatos ſignificet. Obſeruaui quoque non vſquequaque eos integræ opinionis eſſe, ſicut legitimè natos. Negari enim non poteſt, quin aliquam ſaltem leuem maculam habere videantur, quò fit, vt in dignitate adipiſcenda, ſi competitorem habeant legitimè natum, is illis præferatur, vt in l. generaliter, §. Spurios, ff. de decurionib.

Ego igitur exiſtimarem (quod ad propoſitam quæſtionem attinet) diſtinguendum eſſe, vt, ſiquidem Spurij re

&

& vita honesti sint, tunc nulla infamia, nulla macula aspersi esse intelligantur, ideoque tutò possint hæredes institui; Secus autem, si paterna vitia sectentur, moueor argumento sumpto ex verbis Iurisconsulti, in d.l. generaliter, §. Spurios, ff. de Decurionib. ibi: *Cessantibus verò his etiam Spurii ad Decurionatum, & re, & vita honesti recipientur.* Et ex verbis S. Ioan. Chrysostomi in c. nunquam, 56. distinct. *Natus ex meretrice*, inquit, *si propria virtute decoretur, parentum non dedecoratur opprobriis.* Et in c. apostolica, & seq. eadem distinct. *Quamuis filius Sacerdotis sit, si catera virtutes in eum conueniunt, illum non reiicimus, sed suffragantibus meritis patienter suscipimus.*

CAPVT XCIV.

In materia iuris accrescendi examinatur controuersia Doctorum de coniunctis re, & verbis, an ab initio partes faciant, ad similitudinem coniunctorum verbis tantum.

COmmunis est & vera Doctorum snia coniunctos re, & verbis ab initio partes non facere; sed per concursum. Exempli causa: Si testator dicat; Titio & Mæuio fundum relinquo, vel Titium, & Mæuium hæredes instituo. Videtur relictus fundus cuilibet in solidū ex verbis testatoris, & similiter ambo in solidum hæredes videntur instituti; sed per concursum partes faciunt ex mēte testatoris; quia si ambo ad legatum concurrant, vel hęreditatem, fit diuisio, & quilibet eorum dimidiam tantū habet. Ita docet Bart. ad l. re coniuncti, nu. 22. Ias. nu. 88. Ripa, nu. 74. Vasquius lib. 3. de Successionum progressu, §. 21. num. 58. Antonius Fumeus Parisiensis in tract. de Coniunctionib. c. de Coniunctione mixta.

Probatur verò hæc sententia ex l. quidam relegatus, §. vlt. & ll. seq. ff. de reb. dub. Caius: *Si tibi & postumo suo, vel alieno hareditatem restituere quis rogauerit; Vtrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an etsi natus non sit, quaritur? Ego commodius dici puto, siquidem natus non est, minimè eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto.*

Item ex l. coniunctim, de leg. 3. Celsus: *Coniunctim haredes institui, aut coniunctim legari, hoc est, totam hareditatem, & tota legata esse singulis data, partes autem concursu fieri.*

Huc etiam pertinet, l. si mihi, & tibi, de leg. 1. ibi: *Et si voluero eam rē ex meo legato ad me pertinere, vt tota mea sit*, &c. Et l. si duobus, §. vlt. eod. tit. in verbo, *vindicabit*.

Denique ita docet Imperator Iustinianus in §. si eadem, in Instit. de legatis, dicens: *Si eadem res duobus legata sit, siue coniunctim, siue disiunctim, Si ambo perueniant ad legatum, scinditur inter eos legatum, &c. Coniunctim autem legatur, veluti; Si quis dicat Titio, & Seio hominem Stichum do, lego.*

Hoc exemplum pertinere ad coniunctionem re, & verbis factam, qua de agitur, probat l. triplici, ff. de verbor. signific.

Contrarium docent Zasius prolixè admodum & accuratè, lib. 1. Singul. Responsor. cap. 18. Franciscus Duaren. de iure accrescendi, lib. 1. cap. 11. & vt mihi videtur, Alciatus quoque ad d. l. Re coniuncti, num. 32. de leg. 3. necnon Antonius Goueanus lib. Sing. de iure accrescendi, non procul à principio. Isti volunt coniunctos re, & verbis partes ab initio habere; non autem solidum. Et pro hac sententia tria potissimum adferuntur argumenta. Primum est; quia coniunctio ista mixta est, nec facit nouam speciem ab aliis separatam, sed in totum vnam, aut alteram prorsus imitari debet, nempe, aut coniunctionem, quæ re tantum vocatur, aut quæ verbis tantū. Sed magis similis est verbali coniunctioni, in qua constat ab initio partes fieri, ergò in coniunctione ista, quæ mixta est re, & verbis, partes ab initio fieri videntur; nō

A autem per concursum tantum. Assumptio sic probatur: *Nam coniunctio verbalis* (inquit Zasius) *ita coniungit, vt etiam à re non prorsus separet, l. Re coniuncti, 2. responso quod etiam ex iure accrescendi patet. Sed coniunctio realis à re ita coniungit, vt oratione & verbis omninò separet. in huiusmodi enim coniunctione necesse est orationes esse separatas, d. l. Re coniuncti, in princip. id quod etiam expressa euidentia cognoscitur. Cum autem coniunctio re, & verbis, quam mixtam nominauimus, sit complexus nominis, & rei, d. l. Triplici, apparet, quod plus communicat cum verbali coniunctione, qua rem à se non prorsus separat, quàm cum reali, qua verborum nexum prorsus abhorret, & separat. Ea ergò coniunctio, qua est mixta re, & verbis, sequetur naturam coniunctorum verbis, non coniunctorum re; Immò impossibile per naturam positiuam est, quod verbalis, & realis colligatio vllo pacto purè reali accedat, quando illa complexum habet nominis, & verbi, hac verò à complexu verborum est alienissima.* Hactenus ille.

B Secundum argumentum est ex l. planè, §. si coniunctim, de leg. 1. vbi Iurisconsult. *Si coniunctim res legetur, constat ab initio partes fieri.*

Nec valet illa responsio, textum loqui sine accipiendū esse, de coniunctione verbali; quia exemplum adfert, quod pertinet ad coniunctionem mixtam, qua de agitur, vt puta: *Si Titio, & Seruo proprio sine libertate*, &c. Hæc enim est mixta coniunctio.

Tertium argumentum est; quia si coniuncti re, & verbis solidum ab initio haberent, vnius portio deficientis ad alterum coniunctum transiret sine onere, vt declarat textus in l. vna, §. vbi autem, C. de caduc. tollend. ibi: *Sin autem ad deficientis personam hoc onus fuerit collatum hoc non sentiat is, qui non alienum, sed suum legatum imminutum habet.* Sed transit cum onere, vt docet Glos. ibi in verbo; *Non sentiat*, autoritate textus eiusdem legis, in § vbi autem, in illis verbis: *Sin verò pars quadam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro*

C *virili portione cum omni suo onere accrescere.* Quæ sententia est communiter recepta, vt per Ripam in d. l. Re coniuncti, num. 195. Igitur coniuncti re, & verbis non faciunt partes per concursum, sed statim ab initio ex verbis testatoris.

Ad primum argumentum respondetur, coniunctionem re, & verbis constituere tertiam speciem diuersam ac separatam, vt patet ex l. Re coniuncti, de leg. 3. ex l. triplici, ff. de verb. signific. in quibus legibus fit mentio triplicis coniunctionis; & licet in aliquibus videatur imitari naturam coniunctionis verbalis, non tamen potest negari, quin imitari debeat etiam aliqua ex parte naturam realis coniunctionis. Cur enim re, & verbis diceretur, si non participaret aliquo pacto etiam naturam realis coniunctionis? Quare valde infirmum est illud argumentum, ex quo infertur, coniunctionem hanc mixtam in hoc participare naturam verbalis coniunctionis, vt partes ab initio vnicuique attribuat. Nam id statim, ac merito

D negari potest; quia cum contraria sit in hoc natura realis coniunctionis, nobis exploratum esse non potest, vtrum in hoc ipso sequatur eius naturam, necne: Quamobrem rectè dicebat Parisius in Commentariis d. l. re coniuncti, num. 47. Coniunctos re, & verbis tanquam mixtos participare naturam simplicium, *Sed non in omnibus.*

Ad secundum argumentum respondeo, exemplum illud, quod adfertur in l. planè, §. si coniunctim: *Si Titio, Seruo proprio sine libertate*, &c. Non pertinere ad verba præcedentia textus, quibus dicitur, si coniunctim aliquid legetur, partes ab initio fieri; Sed ad verba sequentia, quibus dicitur: *Nec solum ii partem faciunt, in quorum persona consistit legatum, verum ii quoque, in quorum persona non consistit legatum, vt puta; Si Titio, & Seruo proprio sine libertate legetur.*

Quamobrem Iurisconsultus non declarat ibi, vtrum Titio, & Seruo legatum simpliciter relictum sit, an verò æquis portionibus, quoniam eo exemplo id tantū voluit

docere,

docere, eos quoque partem facere, in quorum persona, legatum non consistit. Proinde summa ratione illa interpretatio recipienda est, vt dum dicit: *Si coniunctim res legetur, constat partes ab initio fieri*, intelligatur, si res coniunctim legetur, non simpliciter (quo pacto coniunctio designatur re, & verbis simul,) sed æquis portionibus; ad quem modum constat fieri verbalem coniunctioně, vt in l. Re coniuncti, & in d. l. Triplici, Cur ita? ne Vlpianus in d. §. sic coniunctim, pugnet cum Celso in l. cōiunctim, de leg. 3. Ait Vlpianus: *Si coniunctim res legetur, constat ab initio partes fieri.* Rectè, si de verbali coniunctione agatur. Ait Celsus: *Coniunctim hæredes institui, aut coniunctim legari, hoc est, totam hæreditatem, aut tota legata esse singulis data, partes autem concursu fieri.* Rectè, si loquatur Celsus de cōiunctione reali, aut mixta re, & verbis facta.

Ad tertium argumentum respondeo, negando ad cōiunctum re, & verbis rem transire cum onere. Et quod attinet ad textum; qui adfertur in d. l. vna, §. vbi autem, & in §. præcedente, Respondeo, accipiendum esse Iustinianum de verbali cōiunctione, sicuti olim dicebat Petrus Bellapertica. Quæ sentētia manifestè probatur hac ratione. Iustinianus in d. §. vbi autem, in vers. Sin autem ad deficientis, dicit, portionem deficientis transire absque onere, quoties ab initio cuilibet res in solidum relicta est, licet per concursum partes faciant, coniungendo versiculum; *Sin autem ad deficientis*, cum verbis præcedentibus, ibi: *Quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, aliis superuenientibus partes à priore abstrahentibus, vt ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuatur.*

Sed in coniunctione mixta, re & verbis, ab initio solidum assignatur coniunctis, & per concursum partes fiunt, vt probatum est, Ergo, res non transit in coniunctum re, & verbis cum onere: Et consequenter, dum idem Iustinianus dixit, transire cum onere in coniunctum, intelligendus est, vt loquatur de eo, qui verbis coniunctus est.

Et licet Imperator in d. §. vbi autem, vers. Sin autem ad deficientis, loquatur de disiunctis siue separatis, qui tamen aliàs re coniuncti appellantur; eadem tamen ratio est in coniunctis re, & verbis, si sententia illa admittatur, nempe, solidum ab initio assignatum videri singulis coniunctis. Nec enim quidquam in contrarium efficere potest ratio coniunctionis in eadem oratione; quia hunc quidem effectum Bart. attribuit orationis coniunctioni & copulæ, sed nulla lege id probat. Neque enim huc pertinet l. Seiæ, §. Caio, ff. de fundo Instr. quam adfert Bart. vt dicebat Ripa, in d. l. Re coniuncti, num. 195. & patet ex verbis eius legis. Qualis verò est Ripæ eo in loco ratiocinatio: *Si testator volebat onus accrescere, facilè erat coniunctim ea disponere. Ergò si coniunctim disposuisset onus etiam accreuisset?* Nego enim illud sequi in coniunctis re, & verbis, aut re tantum; quia istis solidū legatum ab initio assignatur. Quare dum in fine dicit Iustinianus, (quæ verba ponderantur à Ripa, licet non citentur) *nam si contrarium volebat* (scilicet rem cum onere accrescere) *nullà erat difficultas coniunctim ea disponere.* Ego existimo accipiendum Imperatorem non de omni coniuncto: repugnaret enim superioribus, sed de coniuncto verbis tantum; ad eum enim, vtpote ab initio vocatum ad partem tantum, meritò coniuncti portio transire debet cum onere adiuncto. Post hæc scripta, legi, Iacobum Cuiacium ad tit. de caducis tollend. non procul à fine Commentarii constituentem differentiā; vtrum coniunctis re, & verbis legatum per vindicatiōnem relinquatur, an verò per damnationem: vt priore casu, non nisi concursu partes faciant legatarij, l. coniunctim, de leg. 3. Posteriore autem ab initio quoque partes faciant, l. planè, §. si coniunctim, de leg. 1. Sed cum hæc verborum solennitas sublata sit, vt patet ex Iustiniano in Instit. de Legatis, §. sed olim, & nihil hac de re sit constitutum in legibus, quas Cuiacius adducit, nullaq; mentio

A talis in proposito differentiæ, dubito, an viri doctissimi iudicium probari possit.

CAPVT XCV.

Quo modo accipiendum, quod dicit Iustinianus in l. vna, §. vbi autem, C. de caducis tollend. vnius portionem deficientem aliis coniunctis accrescere, pro virili portione.



AVsim affirmare Paulū Castrensem magis acutè vidisse hac in re, quàm Franciscū Duarenum. Cum enim in materia iuris accrescendi inter omnes constet, portionem deficientem non accrescere omnibus coniunctis æqualiter, sed proportione tantum hæreditatis, vel legati, ex l. liber homo, 59. §. cum quis, ff. de hæred. instit. ex l. Mæuio, 41. de leg. 2. notat Bart. ad l. Re coniuncti, B nu. 56. de leg. 3. Ripa ibid. nu. 197. Aug. Berous in cons. 11. nu. 25. lib. 2. Cum, inquam, hęc sit vera, & communis omnium sententia, in dubium reuocatur, cur Imperator Iustinianus, qui in l. vnica, §. his ita, C. de caducis tollēd. de hæreditate verba faciens, dixit: *Hoc quod fuerit quoquo modo vacuatum, si in parte hæreditatis, vel partibus consistat, aliis cohæredibus cum suo grauamine pro hæreditaria parte, etiamsi iam defuncti sunt, adquiratur.* Cur, inquam, in sequenti, §. vbi autem, de Legatariis loquens, dixerit, pro virili portione accrescere, his verbis: *Vbi autem legatarii vel fideicommissarii duo fortè, vel plures sunt quibus aliquid relictum sit, siquidem hoc coniunctim relinquatur, & omnes veniant ad legatum pro sua quisque portione, hoc habeat; sin autem pars quædam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere, &c.*

An quia sit constituenda inter hæredes, & legatarios differentia? nequaquam. Franciscus Duarenus lib. 2. de C iure accrescendi, c. 3. virilem portionem accipit pro parte uirili cuiusque, etiamsi æqualis non sit, ut notatur in l. uirilis, ff. de uerb. sign. & sic pro portione legati. Sic & Cuiac. ad Tit. C. de cad. tollend. circa finem.

Sed cum Iustinianus in eadem Cōstitutione ad aliud propositum explicauerit, quid pro uirili portione intelligat, in §. sed ut manifestetur, ubi: *Pro virili omnimodo portione*, inquit, *idest, pro numero personarum*, parum uerisimile uidetur eum aliter intellexisse in d. §. ubi autem, aut si aliter intellexisset, non explicasse.

Verum Paulus Castrensis in Commentarijs d. §. ubi autem. Sic rem istam explicat: *In textu ibi pro virili portione* (uerba sunt ipsius) *dic hoc, si viriliter fuerunt honorati, æqualiter eis relictum, aliàs pro portionibus, quas habent in re legata.*

Quod igitur alibi scriptum est, accrescere pro portione legati, ut in d. l. Mæuio, rectè procedit, & accipiendū est, cum coniunctorum legatariorum portiones inæqua D les sunt. Quod uerò dicit Iustinianus, pro uirili portione accrescere, accipiendum est, cum omnium legatariorum portiones sunt æquales, ut in d. §. ubi autem, Recta mihi uidetur expositio literalis, & uera.

CAPVT XCVI.

Ius accrescendi an locum habeat, cum non ipso iure, sed ope exceptionis deficit portio.



REcte, ut mihi uidetur, docet Franciscus Duarenus, lib. 2. de iure accrescendi, cap. 19. Iuri accrescendi locum esse, siue deficiat portio ipso iure, siue ope exceptionis, quoniam secundum iuris antiqui regulam nihil interest, utrum ipso iure actionem quis non habeat; an uerò ope exceptionis excludatur, l. nihil interest, de reg. iur.

Contrariæ sententiæ fundamentum est in l. si duo patroni, ff. de iureiurand. Vlpianus: *Si duo patroni essent, & libertus altero deferente iurasset se libertum eius non esse;*

Verum

Vtrum alteri sibi debita portionis, an vero dimidia debita ei, & sua partis bonorum possessio competeret, Iulianus quarit, & ait: Si is, cui iuratum est, patronus fuisset, alteri sua partis bonorum possessionem competere; nec ei prodesse, quod aduersus alterum libertus iurasset.

Accursius ibi in verbo *Iurasset*, opponit l. communi, ff. de bonis libertorum, Iulianus: *Communi liberto* (inquit) *si ex duobus patronis alter iusiurandum exegerit, ne vxorem ducat; siue vno liberto decesserit; is, qui extra hanc culpam fuerit, uel supermixerit, partis vtrique debita bonorum possessionem solus habebit.* Solutionem affert istam, nempe, Iulianum loqui eo in casu, quo alter patronus ipso iure patronatum amiserat, vnde alteri accrescere potest, quod omnino est amissum; Vlpianum uerò loqui, cum ius patronatus non omnino est amissum per dilationem iurisiurandi; obstat enim tantum exceptio.

Ex his sumpta est illa traditio, ius accrescendi locum habere, quoties ipso iure portio deficit: secus si deficiat ope exceptionis. Ita Bart. ibi notat, & Zasius. Ripa ad l. re coniuncti, nu. 176. de leg. 3. Hippolytus Rimin. in consil. 244. nu. 305. lib. 3.

Adfert etiam Zasius pro confirmatione l. hæreditas, C. de his quibus vt indig.

Sed quod attinet ad l. si duo patroni, ratio decisionis non est illa, quam Accursius commemorat; sed quia iusiurandum alterius (nempè liberti) alteri neque prodest, neque nocet, l. 3. ff. de iureiur. Quare nec alteri patrono prodesse debet, si actio, nec conuentio inter alios facta, aliis prodest, l. si unus, §. ante omnia, ff. de pact. cum itaque liberti iusiurandum alteri patrono non prosit, nihil mirum, si patroni, qui iusiurandum detulit, portio non accrescit alteri patrono.

Cur autem apud Iulianum in d. l. communi, portio iuris patronatus unius, accrescat alteri, illa est ratio; quia verè defecit in persona illius. Deficit enim ius patronatus, si patronus viuo liberto decesserit, si libertum non aluerit, si ad iusiurandum adegerit ne vxorem ducat, l. si patronus, 33. ff. de bonis libertor. l. 5. l. qui contra, ff. de iure patronatus. Iulianus autem loquitur in casibus scilicet; *Si ex duobus patronis alter iusiurandum exegerit, ne vxorem ducat, siue viuo liberto decesserit.* Quare deficiēs portio alteri meritò accrescit.

Quòd verò attinet ad l. hæreditas, illa nihil facit; ibi enim vnius hæredis portio alteri non accrescit, sed à fisco vindicatur; quia erat indignus, & ideo pœnæ obnoxius, de qua in toto illo titulo. Quæ enim indignis auferuntur, sicut olim, sic & hodierno iure ad fiscum pertinent, vel ad alias personas: intacta enim ea iura Iustinianus seruauit, vt in d. l. vnica, §. quæ autem, C. de caduc. tollendis.

CAPVT XCVII.

Is, qui non admittitur ad partem, an faciat partem ad impediendum ius accrescendi.

IMperator Iustiuianus: *Si eadem res duobus legata sit, siue coniunctim, siue disiunctim, si ambo peruenient ad legatum, scinditur inter eos legatum, si alter deficiat: quia aut spreuerit legatum, aut viuo testatore decesserit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet.* §. si eadem. in Instit. de leg.

Idem Iustinianus in Constitutione, quam edidit de caduc. tollend. Codici inserta statuit, vt quocunque modo deficiat pars rei legatæ, ea accresceret coniuncto, iis exceptis, quæ vt indignis auferuntur, & fisco applicantur, iuxta l. vnicam, §. quæ autem, C. de caduc. tollend.

His autoritatibus adductus ego sic statuo; antiquas leges locum non habere, in quibus dicitur eum, qui ad partem non admittitur, partem tamen facere coniuncto, atque impedire, ne totum habeat. Nam cum ipsius portio deficiat, nec eam capere ipse possit, uidetur potius coniuncto debere accrescere ex lege Iustiniani. Exemplum: cum Titio & Mæuio legatus est Stichus, qui Titii erat, l. huiusmodi, §. si Titio, de leg. 1. si Titio & Seruo proprio sine libertate legetur, l. plane, §. si coniunctim, eodem ti. Item cum duobus legatum est, quorum alter nō fuit in rerum natura, l. si duobus, ff. eod. ti. & alia eiusmodi. His casibus portionem accrescere coniuncto, ex noua Iustiniani Constitutione, tam etsi veteres leges aliter statuerint, puto, Autorem habeo Duarenum, lib. 2. de iure accrescendi, c. 18.

Quamobrem & Bartolum ad l. huiusmodi, §. si Titio, de leg. 1. & post eum Zasium lib. 1. Sing. Responsor. c. 19. & Ripam ad l. re coniuncti, nume. 140. de leg. 3. & Cagnol. ad l. vnicam, C. quando non petentium partes, &c. num. 57. & si qui sunt alii, frustrà laborasse contendo in distinguendis casibus, in quibus is, qui non admittitur ad partem, facit partem: cum ex lege Iustiniani partem non faciat amplius coniuncto, nec locus antiquis legibus esse queat; Qua tamen in re doctissimorum virorum sententiam libenter audirem, præsertim uerò Huberti Giphanii collegæ mei, cuius acre iudicium, ac summam in legum nodis explicandis peritiam, eruditionemque variam, ac planè singularem, iamdiu admiror ac suspicio.

CAPVT XCVIII.

Quæ sit sententia l. re coniuncti, ff. de leg. 3.

PAulus. *Re coniuncti videntur non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re, Titio & Seio fundū æquis partibus do, lego; quoniam semper partes habent legatarii. Præfertur igitur omnimodo cæteris, qui & re, & uerbis coniunctus est. Quod si re tantum coniunctus sit, constat non esse potiorem, si uero verbis quidem coniunctus sit, re autem non, quæstionis est, an coniunctus potior sit; & magis est, ut ipse præferatur.*

Explosa ueterum setentia, amplector eam, quam Alciatus, Duarenus, & alii recentiores amplexi sunt, hanc verbis Pauli interpretationem adhibendam, vt postquā explicauit, qui dicantur re coniuncti. Item qui verbis, tres quæstiones proponat ac decidat uerbis sequentibus. Prima quæstio est, si aliqui sint coniuncti re, aliqui verbis, aliqui re & verbis simul, & vnius portio deficiat, ad quem pertineat ex coniunctis eius, in cuius persona deficit, vtrum ad coniunctum uerbis, an re: an potius ad eū qui & re verbis coniunctus est. Paulus respondit re & verbis coniunctum cæteris omnibus præferri. Secunda quæstio est: vtrum is, qui re tantum coniunctus est, præferatur ei, qui verbis tantum coniunctus est. & respondit Paulus non præferri. *Quod si re tantum, inquit, coniunctus sit, constat non esse potiorem*, scilicet coniuncto verbis tantum, quod enim potior non sit coniuncto re & verbis, in prima quæstione declaratum est, quia dictum & conclusum est re & verbis coniunctum cæteris præferri. Tertia quæstio est, vtrum coniunctus verbis tantū, præferatur ei, qui re coniunctus est; & respondit Paulus præferri: *Si verò verbis quidem*, inquit, *coniunctus sit, re autem non, quæstionis est an coniunctus potior sit, & magis est, vt ipse præferatur.*

Aduersus hanc interpretationem opponitur primò, l. si quis, 66. ff. de hæred. instituend. secundò l. Mæuio, 42. de leg. 2.

Si ita (inquit Pomponius) *hæredes instituerit: Titius hæres esto. Caius & Mæuius ex æquis partibus hæredes sunto, quamuis & syllaba coniunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit; sed omnibus cohæredibus pro hæreditariis portionibus; quia nō tam coniunxisse, quàm celerius dixisse videatur.*

Mæuio (ait Priscus Iabolenus) *fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego. Si Seius decesserit, pars eius vtrique accrescit: quia cū separatim*

& partes

& partes fundi, & totus legatus sit, necesse est, vt ea pars, quæ cessat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, accrescat.

A

Respondeo, quod attinet ad locũ Pomponij, causam adferri à Iurisconsulto, ob quam is, qui verbis coniunctus est, cæteris non præfertur; sed portio deficiens omnibus coniunctis accrescit: *Quia*, inquit, *non tam coniunxisse, quam celerius dixisse videatur.* Hoc est; licet videatur testator hæredes coniunxisse Caium, & Mæuiũ, cum dixit, *Caius, & Mæuius ex æquis partibus heredes sunto*, quoniam syllaba, &, coniunctionem facit, & sic videantur illi verbis coniuncti, ac proinde, si alterius portio deficiat, alteri soli accrescere debere; quoniam verbis coniunctus potior est, ac præfertur, re coniuncto, tamen non præfertur; quia non ea fuit testatoris voluntas, vt eos coniungeret, sed vt separatim institueret, hoc modo: Titius hæres esto, Caius hæres esto, Mæuius hæres esto, breuitatis autem causa celerius dixit: Caius, & Mæuius ex æquis partibus hæredes sunto.

B

Ad textum autem Iaboleni respondeo, rationem ibi adferri à Iurisconsulto, quare portio deficiens omnibus accrescat; quia scilicet, *separatim & partes fundi, & totus fundus legatus sit*, quasi dicat non esse hic quærendum, an vnus ex coniunctis, nempe, verbis coniunctus, alijs potior esse debeat: licet enim coniuncti verbis dicantur, quibus eadem res relinquitur pro æquis portionibus; tamen id intelligitur cum in eadem oratione fit, non in diuersa, id est, cum coniunctim id fit, non separatim, quare cum *separatim & partes fundi, & totus fundus legatus sit*, verbalis coniunctio cessare debet, ideoque pars decedentis omnibus accrescit pro portionibus hæreditarijs, quia vnus alio magis coniunctus non est.

His breuem, & vt arbitror, perspicuam ac solidam obscuræ, ac difficilis controuersiæ explicationem habes, quæ mihi non paruo labore constat.

C

CAPVT XCIX.

Quæ sit sententia l. mulieri, & Titio, ff. de condit. & demonstrat.

Papiniani verba hæc sunt. *Mulieri & Titio vsusfructus, si non nupserit mulier, relictus est. Si mulier nupserit: quamdiu Titius viuet, & in eodem statu erit, partem vsusfructus habebit. Tantum enim beneficio legis ex legato mulieri concessum esse intelligendum est, quantum haberet si conditioni paruisset. Nec si Titius, qui conditione defectus est, legatum repudiet, ea res mulieri proderit.*

Malè generalem ex hoc loco Bartolus infert conclusionem; cessare ius accrescendi, quoties portio legati ex iure quodam speciali acquiritur contra voluntatem testatoris, sicut hic mulier partem suam vsusfructus habet, licet non paruerit voluntati testatoris ex quodam iure speciali; quia videlicet illa conditio *si non nupserit*, non valet. Malè, inquam, Generalis Regula hinc statuitur, sicut ostendit Alciatus lib. 6. Paradoxorum, cap. 8. & sanè nihil est periculosius, quàm ex vno casu, qui suas habet circumstantias, & rationes, Regulam Generalem constituere.

D

Quod verò attinet ad ipsam legis sententiam, non idem omnes sentiunt, vt videre licet ex Socino seniore in Commentarijs eius loci. Ripa ad l. re coniuncti, nume. 145. de leg. 3. Cagnolo ad l. vnicam, C. quando non petentium partes, nu. 68. Vasquio de Successionum creatione, lib. 1. §. 10. num. 130. Duareno de iure accrescendi, lib. 2. cap. vlt.

Ac sanè de duobus est controuersia. Vnum est, an Papiniani hæc sit sententia, vt Titius suam obtineat portionem dum vixerit, & in eodem statu manserit. Alterum, an Titio mortuo, vel capite minuto, portio ipsius mulieri accrescat. Quod attinet ad primum, Duarenus grauiter deceptus est; existimauit enim Titium quoque suam legati partem obtinere, contra l. 1. C. de indicta viduitate tollenda, vbi Imperator Gordianus ita scribit: *Legatum alij sub conditione sic relictum, si vxor nuptui se post mortem mariti non collocauerit, contractis nuptiis conditione deficit, ideoque peti legatum nequaquam potest.*

Et hoc est quod Papinianus dicit; Titium conditione defectum, nil prodesse mulieri, licet repudiauerit legatũ, nam ei non debetur; & ideo repudiatione sua mulieri non prodest, vt totum habeat.

Quod verò attinet ad alterum, existimo Socinum falli, docentem, Titio mortuo vel capite minuto, eius portionem mulieri accrescere, argumento ex illis verbis sumpto à contrario sensu; *Quamdiu Titius viuet, & in eodem statu erit*, igitur eo mortuo, vel capite minuto, totum mulier habebit: Fallitur, inquam, nisi ego cum Duareno fallor; quoniam textus dicit, mulierem plus consequi non posse nubendo, & sic conditioni non parendo, quam consecuta esset, si conditioni paruisset; & si nequam nupsisset. Tunc enim dimidiam tantũ vsusfructus habuisset, quia Titius suam quoque legati portionem obtinuisset.

Quod autem Papinianus ait; *Quamdiu Titius viuet, & in eodem statu erit*, non eò pertinet, vt eo mortuo, vel capite minuto, totum legatum mulier habeat; nam ut statim Iurisconsultus docuit, plus eam habere non posse, quàm habuisset, si conditioni paruisset; sed eò spectat, vt intelligamus, viuente Titio, & in eodem statu manente, rationem dubitandi fuisse, vtrum mulier totum haberet vsumfructum, dimidiam videlicet ex sua persona, & dimidiam ex persona Titij; quia cum Titius conditione defectus nihil posset petere, dicendum uidebatur, ob eam causam mulierem totum petere posse, vt scilicet ipsa in locum Titij substituta (erat enim ei coniuncta) quodammodo uideretur; ita vt saltem quoad Titius uiueret, idem iuris haberet, quod Titius, si non fuisset conditione defectus, habetet. Cæterum quia conditioni non paruit, ut dictum est, Papinianus respondit, non posse eam plus habere. Quod si mortuus esset Titius, uel capite minutus, non erat illa ratio pro muliere: quia morte, uel capitis diminutione constat usumfructum finiri, §. finitur, in Institut. de usufruct. Sicut ergo, si Titio pars usufructus deberetur, illa deficeret, & ad proprietatem rediret eo mortuo, uel capite minuto; ita nullo modo dubitandum uidebatur, quin si Titius iam conditione defectus moreretur, uel capite minueretur, mulier prorsus exclusa foret, usufructu scilicet tunc finito, & ad proprietatem reuertente. Atque ego sic existimo, nec huius me sententiæ pœnitet.

CAPVT C.

Vtrum fideicommissa, & alienationis prohibitio extendantur vltra quartum, vel decimum gradum. Item vltra centum annos.

Coronidis loco huius centuriæ, ac libri insignem tractabo controuersiam: Vtrum extendatur fideicõmissum, alienandique prohibitio vltra quartum gradum, qua de re exstat Iustiniani Nouella 159. de restitutione fideicommissi. Variæ sunt atque diffidentes interpretum sententiæ. Vna est eorum, qui simpliciter dicũt, non extendi. Ita Angelus, in Auth. de restitutione fideicommissi, nn. 4. Ioannes Bertachinus in suo Repertorio, in uerbo, *Alienatio*, vers. 80. Decius in cons. 321. num. 1. Bartholomæus Socinus in cons. 45. num. 11. lib. 3. Ias. ad l. vlt. num. 5. C. de hæred. instit. Ioannes Crotus in reper. l. filiusfamilias, §. diui, nu. 174. de leg. 1. Alciatus ibid. nume. 52. Nicolaus Valla variarum, quæst. cap. 3. Bartholomæus Romuleus de Testatorum præceptis, num. 181. Franciscus Hottomanus in consil. 61. nume. 12. & sequentibus.

Secunda est sententia, regulariter quidem vltra quartum gradum non extendi, sed hoc non habere locum, si

testator illam adiecerit rationem prohibitioni alienationis; quia uoluit bona sua ad suos descendentes perpetuo peruenire. Ita omnium primus docuit Iaco. Beluisius in d. Nouell. de restitutione fideicommissi, & sequitur Bar. ibi, num. 3. Alex. in consi. 56. nu. 1. lib. 1. & in consi. 59. nume. 4. lib. 3. Dec. in consi. 481. nu. 9. consi. 516. nu. 16. consil. 635. nu. 8. Ias. ad l. filiusfam. §. Diui, in prima lect. nu. 113. & in 2. lect. nu. 155. de leg. 1. Ruin. in consi. 123. nume. 17. lib. 2. & consi. 124. num. 2. eod. Curtius iunior in consi. 88 nu. 2. D. meus Cephalus in consi. 114. num. 35. consi. 137. nu. 38.

Tertia est sententia, non esse discrimen statuendum, vtrum testator vsus fuerit verbo *familia* an verbo *descendentium*; sed fundamentum esse ponẽdum in verbis, quibus testator dixit se velle, vt bona sua *perpetuo* in familia conseruarentur; tunc enim prohibitio alienationis ac fideicommissum vltra quartum gradum porrigitur. Ita Ripa ad l. filiusfam. §. Diui, num. 112. de leg. 1. Soc. iun. in consi. 81. nu. 23. lib. 2. Parisius in cons. 88. nu. 23. lib. 2.

Quarta est sententia; Nouellam Iustiniani prohibitionem restringere ad quartum gradum, etiã si testator voluerit bona sua perpetuo conseruari in familia, sed tamẽ seruandam non esse d. Nouellam, quoties ex coniecturis percipere possumus, testatorem voluisse eam prohibitionem perpetuam esse, & maximè ex moribus regionis. Ita Didacus Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 5. post nume. 4. vers. verum Iustiniani. Et ab hac sententia non uidetur multum dissentire Mantica, de coniect. vlt. volunt. lib. 8. ti. 2. nu. 22. dum ait se subsistere, nec temerè à cõi Doctorum interpretatione vsu recepta recedendum esse, quoniam nec leges ipsæ alia ex causa nos tenent, quàm quòd iudicio populi receptæ sunt: & leges ipsæ firmantur, cũ moribus vtentium approbantur.

Postrema est sententia Iacobi Cuiacij in expositione d. Nouellæ 159. *Generaliter* (vtor eius verbis) *ex ea Nouella constituendum esse, prohibita alienatione extra familiam, & ex ea causa vocatis iis, qui sunt ex ea familia iure fideicommissi, fideicommissariam substitutionem non extẽdi vltra quartum gradum, videlicet, si extraneus extiterit hæres per medium impuberem, vt mater per abnepotem in pupillari ætate decedẽtem in proposita specie, quæ est summa Nouellæ, non temerè extendenda ad omnes species. Nã etiam si priora, quæ dixi, detrahas, non est tamen detrahenda hæc adiectio. Si per medium impuberem extraneus extiterit hæres, quæ nõ magnam rationem habet; nam ius ita est, vt liceat in infinitum substituere. Et videtur hæc Nouella ex earum numero esse, quas Hermanopulus Tribonianum composuisse narrat obscurè & ambiguè pecunia corruptum; vt & Nouella 2. & 106. & recantata pleraque.* Hactenus Cuiacius.

Hæ sunt aliorum sententiæ. Vt autem quid statuendum sit, quæ nam potior sit, & eligenda ex dictis sententijs interpretatio sit, intelligatur, operæprecium duxi ipsius Nouellæ uerba hic apponere: etsi enim prolixa sit, erit tamen valde commodum lectori, habere ante oculos ipsa verba legis, ex quibus quæ sit reijcienda, quæ probanda sententia facilius intelligat. Apponam autem Nouellam secutus Haloandri translationem, quoniam Iuliani translatio multos continere dicitur errores, & intricata & obscura esse.

Imperator Iustinianus, &c. Tantum nobis benignitatis adest, vt ne priuatas quidem causas, quæ iudicum nobis inquisitionem superare videntur, legibus nostris definire indignum putemus; ne si quando priuata causa audientiam in iudicium deferri solitam excedat, longa mora eos, qui in iure controuerso hærent, atterat. Aliquoties igitur gloriosiss. vir Alexand. ad nos retulit, gloriosæ memoriæ patrem suũ Hierium, cum testamẽti tabulas conscriberet, hisce verbis vsum esse, volo & iubeo, vt hæredes mei, Constantinus quidem clarissimus vir deputatam sibi domum cum omnibus (vt præscriptum est) cohærentibus illi iuribus, & Suburbiũ in Coparijs appellatum. Item cum omnibus (vt præscriptũ est) iuribus ad ipsum pertinentibus, & domum Antiochiæ

A *sitam emptam ab Ammiano: Anthemius vero dulcissimus suburbium in Blachernis dictum, redẽptum a gloriosæ memoriæ viris Eugenio & Iuliano, & suburbium in promontorio sinus Sosthenij, quod olim in dominio Ardaburij gloriosæ memoriæ fuit: Callopius autem clarissimus vir suburbium Bitharium siue Philothei nuncupatum: & Alexander clarissimus vir suburbium in Venetis, neque per venditionem, neque donationem, neque permutationẽ, neque quocunque tandem titulo in alium transferant, reijciant, ve, aut eam domum, seu præscripta quinque suburbia, e meo nomine & mea familia alienent: sed si quidem (quod Deus faxit) nascantur filij, & relictis post se filijs aut nepotibus, siue legitimis, siue etiam naturalibus, moriantur: vt pro se quisque deputatum sibi suburbium, aut domos tam in hac regia vrbe, quam Antiochiæ positas, filijs ac nepotibus legitimis, aut etiam naturalibus suis relinquant. Persuasum etenim habeo, quod neque in naturalibus liberis ac nepotibus dispositionem, voluntatemq́ hanc meam negligent. Si ve-*

B *ro in vniuersum omnes, aut aliqui, aut vnus ex ijs (quod abominor) sine liberis decedat, volo & iubeo, vt qui liberis orbi aut orbus mortem obierit, superstitibus aut superstiti ex ipsis fratri præscriptas domos, tam quæ in hac vrbe, quam quæ Antiochiæ est, & item prius declarata quinque suburbia cum omnibus eorũ iuribus, & omnibus denique rebus, & personis, quæ ijs continentur, citra vllam exceptione restituat; cessante videlicet inter eos fideicommissorum seu legatorum seruandorum causa, satisdatione. Volo etenim ac iubeo, ne quisquam ab alio huius generis satisdationem expetat: ijs vel eo, qui præter paternam & pietatis erga ipsos plenissimam intentionem meam a fratribus suis satisdationem in rebus abalienari prohibitis expetere pertentauerint, vel pertentauerit: omni modo eius fideicommissi amissionem sustinentibus vel sustinente. Atque hæc quidem ipsum prætulisse in testamento; conscripsisse autem & codicillum, in quo talibus propemodum verbis vsus sit: Manifestum pla-*

C *ne facio, quòd pridem testamẽtum per scripturam fecerim, & quæ in eo conscripta sunt, ex animi mei sententia composuerim: voloq́ ac iubeo, vt omnia, quæ eo in testamẽto continentur omni modo firmitatem obtineant: his solis exceptis, per quæ fortè in hoc meo codicillo, vel aliquid mutauero, vel relicta alicui legata ademero. Volo igitur ac iubeo, vt suburbium illud meum, quod Coparia appellãt, quod in proposito testamento magnificentissimo filio meo Constantino reliqui, detur & pleno proprietatis atque possessionis iure ad clariss. pariter & generosiss. nepotem meum Constantini magnificentiss. filij mei filium Hierium, simul vniuersum pertineat, cum omnibus prætorijs, quæ in eo sunt, & omnib. scalis, & quæ vel intra vrbem, vel extra vrbem propensione elocantur, ædibus atque officinis, & balneo & hortis tam intra quam extra muros existentibus, & hippodromo, necnon horto, qui in ipso est, & cisterna, atque omni denique iure, quod vllo modo in eo mihi suburbio competit. Id ipsum*

D *vero suburbium tunc demũ, prædicto præclariss. nepoti meo Hierio dari volo, cum primum post meam mortem patris sui potestate solutus, per emancipationem sui iuris factus erit; nulla licentia eidem generosiss. nepoti meo concedenda, vt præfinitum rei terminum excedat, aut ijs qui vel ex hoc meo, vel eiusdem clarissimi nepotis testamento in eadem iura successerint, vt idem suburbium, vel partem eius aliquã, vel ius diuendant, permutentve aut alicui donent, aut quocũque modo denique abalienent: propterea quod hoc ipsum suburbium, & ædes situm situsve intra portam muri sitas, nec, quà via duci ad sacrosanctum martyrium sanctæ Teclæ, per omnia et perpetuo velim permanere in familia mea neque vnquã de meo nomine egredi. Volo autem & iubeo, si quidem eueniat, vt generosiss. nepos meus Hierius, vel intra pubertatem, vel ẽt post pubertatem, sine liberis tamen legitimo matrimonio procreatis, moriatur, vt eius suburbij, siue adium possessio, simul & proprietas perueniat, & deferatur aut restituatur magnificentiss. patri eius Constantino sub eadẽ conditione, ne vnquam de familia mea meoq́ nomine abalienentur. His ita confectis ipsum quidem è rebus humanis*

A *manis abisse. Hierium verò gloriosæ memoriæ domū quidem Thespoli sitam, quæ successione paterna ad ipsum peruenerat alijs personis vendidisse; ipsam autem domum, quæ in hac alma vrbe est, & insuper suburbium, quod illi Codicillo datum erat, in quibus omnibus interdicta fuerat alienatio, ad Constantem gloriosæ memoriæ filium suum transmisisse, illumq́; rursus prægnante vxore relicta vitam finiisse; scripto prius testamento, in quo disposuerit, vt si puer vel natus non esset, vel natus ante pubertatem mortuus esset, tā gloriosissima eius mater Maria, quam inclyta etiam vxor eius altera Maria ad successionem eius vocarentur. Postea verò quàm nata filia in ipsa infantia, & tenerā adhuc ætatem agens humanis rebus excessit, cum reliquam substantiæ partem, tum etiam domum in ampla hac vrbe, & insuper suburbium, quod expressis verbis Hierio gloriosæ memoriæ in codicillis relictum fuit, ad inclytas mulieres deuoluta esse; meritoq́; tam ex testamento, quàm ex verbis codicilli, domum iuxta & suburbium vindicandi sibi locū da-* B *tum, vtpote qui solus hoc tempore ex Hierij gloriosæ memoriæ liberis superstes permanserit, & primum gradum in nomine familiæ obtineat. Verum qui pro Maria & Maria gloriosiss. fœminis faciebant verba, ij aiebant, neque testamenti verbis vllum locum factum esse. Neque enim Constātem gloriosæ memoriæ absque liberis ex rebus humanis abiisse, vt verarumq́; ædium restitutioni locus sit. Sed neque suburbij nomine ritè secundumq́; leges Alexandrum gloriosissimum virum hasce adoriri: cum & ipse suburbiū, quod ipsi relictum fuerat, in quo communis pater æquè vt in cæteris alienationem illi prohibuit, ante id tempus alienauerit; sed & alios fratres idem hoc fecisse. Et leges nostras si quidem omnes ordine, in quibus huiusmodi aliquid definitum sit, defuncti voluntatem transgrediantur: ex æquo omnib. restitutionem adimere: ne si vicissim alter alterum mutua petitione in ius vocent, multis in vna causa subdantur iudicijs, legesq́; de hoc propositas nobis reuocarunt in memoriā.* C *Alexander autem gloriosissime rectè se actionem intentare aiebat, & maximè de verisq́; ædibus; defunctum enim satis manifestè suam in codicillis sententiam de his rebus declarasse, cum res familiæ conseruari voluerit, sed multò iustioribus rationibus se niti in suburbio. Neque enim rectè illis sibi alienationem exprobrare, cui ex imperiali iussione hoc facere indultum fuit. Ac prolixis in ea causa disputationibus vtraque pars vsa est, nunc testatoris interpretādo voluntatem, nunc nostras vsurpando leges, quas in rem quamque suam facere arbitrabatur. Nos igitur cum & legum, & testamenti interpretationem perspectam haberemus: nō nuda sententia, sed lege eius causæ decisionem complectendā duximus, simul vt præsentem dirimeremus controuersiā, simul vt cæteris mouendæ de his contentionis ansam præriperemus. Vnde subtilius pariter & exactius testamētı verbis innixi, deprehendimus ipsis quidem filijs hæreditatem, capescentibus alienationem interdictam, si sine liberis vita functuri essent; non alterius vero his etiam, qui eis succede-* D *rent: sed contentum fuisse defunctum, si inter filios duntaxat alienationis interdictum constitueret; neque enim si & ipsi relictis filiis decederent, maiore ipsum iura perquisiuisse, cui aut quomodo res relinquerentur: nec voluisse alienationis interdictum vltra filiorum vitam extendere. Enimvero codicillū, qui de suburbio duntaxat factus fuit, interdixisse ijs etiam, qui ex testamenti gloriosæ memoriæ Hierij (de iuniore loquimur) res per successionem cepissent, ne suburbium alienarent, & quod consequenter inducitur, in his quoque defunctum voluisse, vt id quoque perpetuo in familia permaneret. Et quidem, quæ in controuersiam deducta sunt, eiusmodi fuerunt. Nos vero cum totam causam cum diligentia, qua decet, penitius intueremur, in alijs quidem rebus, quarum sanè Constantinus gloriosæ memoriæ, Hierij senioris filius, ex paterni testamēti tabulis dominus factus fuit, præclarè nullam quæstionem excitandam rati sumus, arcendumq́; in his actione non solum Alexādrum gloriosiss. virum, sed etiam omnem reliquam familiam: cum & testamenti verba prohibitionem inter solos consti-* A *tuant filios: & ipsi gloriosæ memoriæ, Hierij filij, per quos, qui post eos illius familiæ portio extiterunt, Hierij sibi iura vindicant, nonnullas apud se constitutas res alienauerint, perinde quasi ex vna voluntate substitutionem interdixerit. Quod autem ad suburbium attinet, cuius dominum codicillus ostendit esse gloriosæ memoriæ Hierium, præter modum scrupulosa nobis diligentia plenum visum est, si post quatuor demum generationes huiusmodi quæstionem produceremus in medium. Nunc certè cum Maria & Maria gloriosiss. fœminæ etiamnum supersint, quas alicubi & ipsas nostræ leges in familiam reponunt, vt quæ sponsas quoque hac appellatione dignentur: neque rectè, neque ordine Alexander gloriosiss. vir litem à se prætentam instituit. Quia vt maximè hæ decessissent: tamen quod quatuor iā generationes præterisse viderentur, haud sustineremus tam absoletam causam denuò tradi iudicijs, & maximè cum Constantis filia in pupillari adhuc ætate vitam finierit. Vnde tametsi testamentum ille non confecisset, suburbium ta-* B *men ad matrem eius peruenisset: non ipsa pupilla, sed ipsa quodammodo lege horum causa existente: quamuis nemo successorum gloriosæ memoriæ Hierij circa voluntatem eius deliquisset; licet enim Constans cum testamenti tabulas conscriberet, substitutiones quasdam fecerit, filia intra pubertatem mortua: nihil tamen inde excellens introducitur: cum & ipsa lex pupillæ substantiam matri, quasi ea sine testamēti tabulis decessisset, per se præbitura esset. Sancimus igitur, vt neque gloriosiss. vir Alexander, aut eius filij, neque reliqui senioris Hierij gloriosæ memoriæ liberi, neque alius quisquam omnium, qui genus suum in eorum familiam referunt, vel Mariam & Mariam gloriosiss. fœminas occasione rerum apud ipsas consistentium, vel alios, apud quos aut hoc tempore res existant, aut ad quos sequente tempore peruentura sint, in quibus alienationem forsè Hierius gloriosæ memoriæ prohibuit, adoriantur iudicio, aut omnino mentionem de cætero prohibitionis & familiæ nominis faciant, &* C *aliquod sibi exinde ius adquirant: vtpote, cum & alij Hierij gloriosæ memoriæ filij res suas abalienauerint, & reliquorum quodammodo alienationibus consenserint, ac per eas, neque non alias, quas prædiximus, rationes, quæ ad huiusmodi iudicationem & legislationem abundè nobis sufficiūt sibi pariter & successoribus suis, actiones quæ ipsis potuissent competere, sustulerint.*

Atque hæc non tantum præsentis causæ decisio esto, sed & reliquarum, in quibus huiusmodi prohibitione facta, tot successiones præterierint, & vltimus hæredum, per interuenientem aliquem in medio impuberem hæreditatem capessat. Hactenus Nouella.

Iam igitur positis ante oculos verbis Nouellæ, breuiter dispiciamus, quæ sit ex iam relatis sententia probabilior. Atque in primis apparet, priorem sententiam recipiendam non esse, quæ habet fideicommissum & prohibitionem alienationis simpliciter & absolutè ad quartū gradum restringendam, & illum excedere non posse. Cō- D futatur hæc sententia ex Nouellæ uerbis, ex quibus duo colligere licet; Primum, Imperatorem quidem innuere ultra quartam generationem extendendam non esse prohibitionem, sed tamen non hoc absolutè docere: nec ea ratione duntaxat uiri eius decisionem ac legem. Id patet ex uerbis decisionis positis in ipsa conclusione, quæ maximè spectanda mihi uidetur, illis, inquam, verbis: *Vtpote cum & alij Hierij gloriosæ memoriæ filij res suas abalienauerint, & reliquorum quodammodo alienationibus consenserint, ac per eas, neque non alias, quas prædiximus rationes, quæ ad huiusmodi iudicationem & legislationem abunde nobis sufficiunt*, &c.

Ex quibus uerbis patet, non unam hanc rationem de prohibitione non extendenda vltra quartum gradū Imperatorem mouisse, sed etiam alias. Quod si hæc ratio sola sufficeret, atque ea esset mens ac intentio Iustiniani, ut nullum fideicommissum, nulla prohibitio quartum excederet gradum, cur non id dixisset? Cur alias rationes adduxisset?

Alterũ, quod ex Nouella colligitur, illud est, Instinianum postquam causa decisa legem proposuit generalem ad alias similes causas pertinentem, non absolutè hoc dixisse ac statuisse, atque generalem legẽ proposuisse, vt nullum fideicommissum à testatore ordinatum, nulla alienationis prohibitio quartum gradum excedere possit; sed decisionem suam Imperator extendit ad alias causas, in quibus huiusmodi probibitio facta sit, & tot successiones præterierint, & vltimus hæredum per interuenientẽ aliquem in medio impuberem hæreditatem capessat. Sic enim ait Imperator; *Atque hæc non tantum præsentis causa decisio esto, sed & reliquarum, in quibus huiusmodi prohibitione facta tot successiones præterierint, & vltimus hæredum per interuenientem aliquem in medio impuberem hæreditatem, capessat*, &c.

Si igitur in alijs casibus non proponatur eiusmodi prohibitio, & eædem ac similes facti circumstantię, non erit idem iuris statuendum, ac proinde non simpliciter & absolutè statuendum erit, fideicommissum, & prohibitionem extendi non posse ultra quartum gradum; quia Imperator eam legem statuens requirit concursum aliarum circumstantiarum.

Et licet Rubrica seu Titulus Nouellæ generaliter ita dicat: *Vt restitutiones fideicommissi vsque ad vnum gradũ consistant, vel secundum Iuliani translationem: De restitutione fideicommissi, & nomine familiæ, quod vsque ad quartum gradum locum habet*, &c. Nihilominus ego magis inhærendum puto verbis legis, & præsertim ijs, quæ disponunt, ac nobis præcipiunt, quæ in futurum seruanda sint; quoniam generalis Rubrica siue Titulus ex lege ipsa, quæ sequitur, declarari debet. Vt ecce Titulus generalis est: *Negotiatores ne militent.* C. lib. 12. & tamen generalis illa prohibitio multis modis à lege restringitur, vt ibi patet, & declarat Alciatus, alia id genus argumenta proferens, lib. 2. Paradoxorum, c. 18. Dixeritne aliquis cõtra legem specialiter declarantem verbis generalibus tituli adhærendum esse?

Secundo, ex Nouellæ verbis euincitur, respiciendam non esse secundam sententiam, nempe prohibitionẽ vltra quartum gradum extendi, cum testator illam adijcit rationem; *Quia volui bona sua ad suos descendentes perpetuo peruenire.* Nam vt illud omittam, quod cæteri ante me dixerunt, non esse aliquod discrimen, quantum ad rem, qua de agitur inter *familiam & descendentes*; nonne patet ex facti specie, de qua loquitur Nouella, testatorem vsum esse verbis significantibus suam esse voluntatem, vt perpetuo bona in familia permanerent? id patet ex illis verbis: *Propterea quod hoc ipsum suburbium, & ædes situm sitasve intra portam muri ficulnei, quâ via ducit ad sacrosanctum martyreum sanctæ Teclæ per omnia ac perpetuo velim permanere in familia mea, neque vnquã de nomine meo egredi.* Et tamen vltra quartum gradum non extendi statuit Imperator accedentibus alijs circũstantijs, vt dictum est. Quamobrem distinctio illa, ac generalis doctrina extendi vltra quartum gradum volens prohibitionem ob dicta verba, manifestè repugnat verbis Nouellæ, atque ideo recipienda non est.

Quod si ex verbis Nouellæ refellitur prædicta sententia ac interpretatio, multo magis refelli debet tertia illa sententia, quæ ita fundamẽtum ponit in verbo *perpetuo*, vt propterea velit, etiam vltra quartum gradum extendi fideicommissum ac prohibitionem. Perspicuum enim est nullam esse rationem habendam eorum verborum, quibus testator declarauit se velle, vt sua bona perpetuò in familia permanerent. Etenim dictis verbis usus erat testator in specie Iustiniano proposita, & tamen ad quartum gradum prohibitionem & fideicommissum restrinxit, vt iam patet.

Quod autem quarta docet sententia, non esse seruandam hanc Nouellam, vbi constiterit testatorem voluisse, vt bona perpetuo in familia seruarentur, & prohibitionem esse perpetuam, maximè ex moribus regionis, nequaquam nobis satisfacere potest; quia leges seruandas

A putamus postquam latæ sunt, & secundum illas iudicandum dicimus, vt in c. 3. dist. 4. ex D. Augustino habetur. Quod si lex municipalis, uel iusta regionis consuetudo eam legem abrogauerit, tunc seruanda erit iuxta ea, quæ traduntur in l. de quibus, ff. de legib. in c. vlt. de consuetudine, & in l. omnes populi, ff. de iust. & iure.

Vnus ergo, vt tandem concludam, Iac. Cuiacius, quẽ supra retuli, in postrema sententia uidetur mihi proprius ad ueritatem accessisse: idem enim docuit, quod lex ipsa, vt ex collatione verborum utriusque facilè intelligetur. Sic igitur statuo, si omnes circunstantiæ, quæ propositã Imperatori speciem comitantur, alienationis prohibitioni ac fideicommisso, quæ nobis proponentur ad decidendum fuerint adiunctæ, tunc rectè ac ordine facturum eum, qui ad quartum generationis gradum alienãdi prohibitionem ac fideicommissum restrinxerit. His cessantibus, antiquis legibus, quæ de fideicommissis, ac prohibitionibus loquuntur, nec ea sic restringunt, acquiescen-
B dum putamus.

Solet etiam dici, fideicommissa tempus centum annorum excedere non posse: neque decimum gradum inter agnatos, siue cognatos, quæ an sint recipienda, dispiciamus. Quod de centum annis dixi, affirmauit Dec. in consil. 378. circa fin. & secutus est D. meus Cephalus in consil. 268. num. 25. lib. 2. Sed non rectè, quod ante me notauit Mannca de coniect. vlt. volunt. lib. 8. ti. 2. nu. 23. Fundamentum enim illius sententiæ primum est in d. Nouella de restit. fideicommiss. de qua multa diximus, vbi certè nullum verbum inuenias hac de temporis præfinitione centum annorum.

Secundo est in eo positum, quod legatum annuum, centum annorum spatio extinguatur, ut no. Bar. ad l. annua, §. vlt. ff. de annuis legat. Sed iure non probatur hæc sententia, præterquam in legato vsusfructus ciuitati relicto, vt in l. si vsusfructus, ff. de vsu & vsufr. legato. Et denique constat, in infinitum olim licuisse substitutio-
C nes fideicommissarias facere, ex l. penult. §. instituto, de legat. 2.

Quod vero adiunxi de decimo gradu, ex Petri Ancharani responso 95. affirmauit Dec. in consil. 321. nu. 2. non rectè, vt visum etiam est Didaco Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 5. post num. 4. vers. *Quinto hinc*, vbi dicit, eorum responsa minimè esse obseruanda, æquissimè defendi posse, inspecta testatoris voluntate, simul & considerata cõmuni horum fideicommissorum interpretatione. Fundamentũ enim eorum est, quoniam vsque ad decimum gradum tantum est successio intestati agnatorum, vt in §. vlt. in Instit. de legitima successio. cognator. Et ideo ad hunc vsque gradum moderanda esse uidetur testatoris substitutio proximiorum seu agnatorum. Sed non rectè hoc infertur: primò, quia testatoris fideicommissa, uel in infinitum se extendunt, si leges antiquas spectes, testatore ita iubente, ut dictum est: vel usque ad quartum gradum duntaxat porriguntur secundum Nouellam supra-
D dictam. Secundo, quia alia est ratio successionis testati, alia intestati. Nam intestatorum bona nullis existentibus cognatis ad fiscum pertinent, si nec vir existat, nec vxor. l. 1. C. vnde vir & vxor; & sic ad extraneos peruenire non possunt, quoniam illis fiscus præfertur. Cæterum in successione testati alia est ratio; quia ad eos bona perueniunt, ad quos peruenire uoluit testator; & ideo cum ad omnes in infinitum peruenire vult agnatos, nõ debet aliquis excludi quocunque gradu defunctum contingat: quoniam nec extraneus excluderetur, si extraneum testator substitueret.





ANDREAE FACHINEI I.C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER QVINTVS.

CAPVT PRIMVM.

Defensio c. Rainucius, de Testamentis, aduersus Francisci Hotomani hæretici obiectiones.

FRANCISCVS Hotomanus, natione Gallus, professione Iurisconsultus, ac eruditus vir, de iurisprudentia, deq; omni re literaria bene meritus dici posset, nisi hæretica prauitate imbutus, aliquam scriptorum suorum partē hæresis veneno aspersisset; ac proinde (id quod hæreticis omnibus commune est) omnem occasionem aduersus sacros Canones ac Rom. Pontificem scribendi perperam quæsiuisset, ac inter alia eius scripta disputatio extat contra Innoc. III. decisionem positam in c. Rainucius, de Testamentis. qua demonstrare conatus est, Summum illum Pont. contra iuris regulas peccasse, multaque noua & iuri repugnantia statuisse. Ego verò operæprecium duxi, nec ab instituto hoc meo alienū, eius argumenta refellere; quāquam sacri Canones per se iustissimi alicuius patrocinio & defensione non egeant. Erit igitur hæc mihi controuersia cum Hotomano. Negat ipse Pont. Max. rectè ac iuri conuenienter respondisse; Ego autem affirmo atque contendo contrarium.

Argumenta Hotomani sunt ista: Primum, Sum. Pōt. hoc vult in eo responso, vt ex bonis filiæ, quę restitutioni obnoxia sunt, mater & auia paterna suas tertias detrahere possint, hoc est, legitimas: sed hoc est absurdum, & cōtra leges pugnat. Ergo responsum illud defendi non potest, & absurda continet.

Maior propositio probatur ex illis verbis textus: *Cum autem coram G. Diacono Cardinali auditore à nobis concesso fuisset diutius litigatum, ipso de mandato nostro sententiam supradicti iudicis, videlicet in eo, quod dixit tertiam Cleræ, & tertiam Adelasiæ integraliter deducendas, pronunciauit iniustam, & ab ea legitimè prouocatum, definiens, sic illas tertias deducendas, vt legitima portio iure naturæ debita*, &c.

Minor autem est manifesta, primò, quia vbi mater & auia paterna filio morienti supersunt, soli matri tāquam A proximiori successio defertur, auia exclusa, vt habetur Nouella 118. §. 2. Si non debetur auiæ successio: ergo nec legitima: quia legitima portio est successionis siue hæreditatis ab intestato debitæ, l. parentibus, C. de inoffic. testamen.

Secundo probatur, quia etiamsi mater & auia simul admitterentur, tamen non singulis tertia pars legitimæ nomine deberetur, sed ambabus vna tātum tertia pars, siue triens, §. vlt. in Instit. de inoff. testam.

Tertio, quia in specie, de qua loquitur Summus Pontifex, non agitur de bonis siue hæreditate filiæ Adiectæ, sed de bonis Rainucij patris ac testatoris, qui per fidei- B commissum Alterochæ ea reliquerat, si adiecta absque liberis moreretur, vt patet ex illis verbis: *Adiecta verò impuberi reliquit certa bona sua. adiciens, vt Alterocha & soboles, quam gestabat in vtero, eidem impuberi succederent, si absque liberis moreretur.*

Cum ergo non de bonis filiæ, sed de bonis patris agatur, nihil legitimę nomine deberi potest matri, vel auiæ paternæ, legitima enim ei tantum debetur, qui ad hæreditatem vocatur. Ad hæreditatem autem illam Rainucij non vocabatur mater & auia Adiectæ, vt patet, sed filiæ, quæ aderant.

Respondeo, Summi Pontificis responsum ac decisio- C nem nihil absurditatis continere; quia loquitur non secundum ius commune, sed secundum consuetudinem Ciuitatis, in qua causa agebatur. Id patet ex illis verbis textus: *Præcepit etiam idem iudex, de iis rebus illas tertias deducendas, de quibus deduci poterant secundum Tuscanæ consuetudinem Ciuitatis*. Id annotauit Glos. in verbo, *Tam tertia*. Neque uerò credibile cuique videri potest, ex iure communi ita respondisse Summum Pontificem; quis enim ignorat patresamil. defuncto, hæreditatem spectare ad filios, non ad matrem, uel vxorem defuncti? fuitne iam rudis ille, vt hæc iuris principia nesciret? Aut ignota sunt statuta Ciuitatum & con-

suetudines, quibus est constitutum, vt præmoriente viro, vxor lucretur tertiam bonorum partem: sicut & econtrariò, vxore præmoriente maritus tertiam partem dotis lucretur?

Hic aduersarius replicat hoc modo: *Cum autem* (inquit) *Glossematarius huius decretalis interpres, tantam absurditatem animaduerteret, medicinam quæsiuit. Adscripsit enim probabilius sibi videri, duas illas matris, & auiæ tertias non ex ciuili, sed potius ex Longobardico iure detrahi, propterea quod eo loco, vbi earum mentio fit, ita scriptum est: Illas tertias deducendas, de quibus deduci poterant secundum Tuscanæ consuetudinem Ciuitatis. Sed videamus, ne si ex eo loco argumentari liceat tertias illas iure Longobardico detrahi, similiter concludi debeat, legitimæ detractionem, quæ Adiectæ deberi dicitur, ex eodem Longobardico iure attributam ei fuisse. Vbi enim de illa agitur, ita scriptum est: Legitimam retinendam de his rebus, de quibus secundum Tuscanæ consuetudinem Ciuitatis fieri consueuit. Quod quàm absurdum sit nemo non videt. Verùm, vt illud omittamus, estnè verisimile tam barbaram, feram & inhumanam in vlla Tuscaniæ ciuitate receptam esse consuetudinem, vt mater, & vxor patrisfamilias duos de ipsius patrimonio trientes auferant, neque eis liceat suis liberis, quantumuis multis, præter vnum trientem relinquere?* &c.

Respondeo, Glossæ interpretationem verissimam esse. Quod enim Summus Pontifex loquatur de iure municipali ciuitatis Tuscanæ, facilè euincunt verba iam relata, & ipsa rei verisimilitudo. Quod verò iste dicit, etiam ea, quæ subijciuntur in ea decretali de legitimæ detractione filiæ Adiectæ, secundum eandem consuetudinem accipienda esse ex verbis relatis, & id absurdum esse, nihil obstat, primò: quia non dicit Summus Pontifex legitimam Adiectæ detrahendam tantum propter consuetudinem Ciuitatis, sed dicit in hunc modum: *Quia verò pater Adiectæ ipsam in legitima non potuit aggrauare, legitimam ipsam, videlicet eius partis, quæ sibi debebatur, ab intestato deducendam censuit, & etiam retinendam; Ita quod deductio fiat tantummodò de his rebus, de quibus secundum consuetudinem Tuscanæ ciuitatis fieri consueuit.* Et paulò superius loquens de legitima in bonis matris, & auiæ debita, dixit eam iure naturæ deberi.

Ex his patet, legitimam deducendam esse ex iure cõmuni, tanquam iure naturæ debitam. Sed ex certis duntaxat rebus, secundum Tuscanæ consuetudinem ciuitatis. Vnde consuetudo iuri conformis in hoc erat, vt legitima deduceretur; sed ius eam detrahendi non concedebat ex omnibus rebus, quæ sanè interpretatio, ac sententia literalis est, & verbis textus prorsus consentanea. Sed cum agitur de legitima matris, & auiæ detrahenda, alia est ratio; neque enim illud accipi potest secundũ ius commune; quia iuri communi repugnat, vt mortuo patre filiis superstitibus mater, & auia legitimã deducant; Sed aduersarius nihil pensi habuit, vt Summum Pontificem absurda scripsisse in illa epistola iactaret.

Secundò, etsi dixerimus legitimam filiæ Adiectæ deducendam fuisse, atque illi attribuendam secundum Tuscanæ consuetudinem ciuitatis, nihil tamen absurditatis inde sequitur. Cur enim absurdum videri possit, ciuitatem idem statuisse, quod ius commune Cæsareum, vt nempe legitima filio assignaretur ex bonis fideicommisso subiectis? Quamobrem Hotomanus nec probat hãc absurditatem, nec vbi consistat indicare voluit. Rectè, nulla enim erat, ideo demonstrari non poterat.

Cum verò miratur tam barbaram esse consuetudinẽ, vt patrefamilias defuncto, mater, & auia duos trientes auferant, & vnus tantum triens filiis relinquatur, in eo sanè hallucinatur; quoniam in primis non de omnibus rebus deduci possunt trientes supradicti matris, & auiæ, vt patet ex textu. deinde, quia & mater, & auia dotes suas filijs conferre debent; neque enim verisimile est eas & dotes præcipuas habere, & præterea trientes bonorũ.

A Tertiò, quia & ex ipsis trientibus matris, & auiæ legitima deducenda est filiorum defuncti patrisfamilias, vt patet ex verbis illis textus: *In eo, quod dixit tertiam Cleræ, & tertiam Adelasiæ integraliter deducendas pronunciauit iniustam, & ab ea legitimè prouocatum, diffiniens, sic illas tertias deducendas, vt legitima portio iure naturæ debita Alterochæ, illis salua sit in vtraque,* &c. Quartò, quia duæ sunt personæ, Rainucij vna, altera patris ipsius, quare mater eius tertiam deducere potest, ratione patris Rainucij, Vxor autem ratione Rainucij: nec tamẽ accidit, vt talia extent statuta Ciuitatum, vel consuetudines, vt præmoriente viro, vxor tertiam partem aliquorum bonorum lucretur: præsertim, quia contrà etiã ita disponunt, vt præmoriente vxore vir lucretur tertiã dotis partem, vt suprà dictum fuit. Denique alia possunt considerari, ex quibus consuetudinis illius ratio, & iustitia eluceat. Et ideo non sic temerè affirmare oportet illam barbaram esse, & feram & inhumanam consue-

B tudinem.

Tertiò dicit Hotomanus: *Si qua huiusmodi consuetudo in ista Ciuitate valuisset superius in exponenda causa, mentio aliqua de tertio triente, de quo paterfamilias disponere inter liberos poterat, facta sine dubio fuisset; nimirum Rainucium trientem illum, de quo liberè statuere poterat, suis illis filiabus attribuisse.*

Respondeo, negando consequentiam; neque enim Summus Pontifex in exponenda causa mentionem vllam facere debuit, nisi eorum, quæ ex facto proponebantur. Non proponebatur autem ex facto Rainucium filiabus suis vllum trientem attribuisse, sed ita planè de rebus suis statuisse, vt in epistola continetur. Ex facto enim proposito ius oritur, nec respondens ad propositam facti speciem, quid iuris sit, debet factum immutare, vt notum est.

Quartò, ita pergit Hotomanus: *Præterea locus est apertissimus, ex quo intelligi potest duarum illarum tertia-*

C *rum detractionem de sola hæreditaria Adiectæ portione petitam esse. Cum enim Alterocha restitutionem postulasse dicitur, non dubium est, quin eorum tantum bonorum restitutionem postularit, quæ Adiectæ attributa, & relicta, & fideicommisso destinata à Rainucio fuerant. Atqui postea dicitur licere Petrucio de illis bonis ab Alterocha postulatis duas illas matris, & auiæ tertias detrahere, ex quo perspicuum est, eas non de vniuerso Rainucij patrimonio, sed præcisè de hac hæreditaria portione Adiectæ attributa detractas fuisse. Verba autem hæc sunt: Coram quo Alterocha bona quondam Rainucij, tanquam ex causa fideicommissi, vel substitutionis sibi debita, petiit tutore filiorum ex aduerso dicente, quod de bonis illis tam tertia Cleræ, & tertia Adelasiæ vxoris eiusdem, quam quarta per Trebellianum nomine ipsius Adiectæ erant ante omnia deducenda, quibus ex verbis perspicuè intelligitur, tres istas detractiones, de his ipsis bonis sumi, quæ fideicommissi nomine postulabantur, neque aliunde duas Cleræ, & Adelasiæ tertias exigi,*

D *nisi vnde Trebellianica petebatur, nam eodem ex fonte omnes hauriri apparet: cum textus eas coniunctim de certis bonis postulari ostendat, non autem duas ex iure Longobardico, tertiam ex iure ciuili.*

Respondeo, vitiosam esse Hotomani argumentationem, hæc enim est: Duæ tertiæ, quas detrahunt Clera mater, & Adelasia vxor, ex portione Adiectæ, detrahuntur, sicut & Trebellianica ex eadẽ portione detrahitur; ergo eodem iure ciuili omnes detractiones fiunt, sicut enim Trebellianica ex iure ciuili detrahitur, ita & aliæ duæ tertiæ. Nego Consequentiam, Hotomane: quid enim proponitur, licet ex vnius bonis omnes detractiones fiant, quin diuersis tamen ex fontibus, vt puta vna fiat detractio ex iure ciuili, aliæ ex iure Tuscanæ Ciuitatis? Tollitne ius ciuile cõsuetudinem ciuitatis Tuscanæ in ea parte, qua matri, & vxori licet tertiã deducere? aut Tuscana Ciuitas tollit Senatuscons. Trebell. autoritatẽ? Cur ergo ita ratiocinaris, quasi non liceat, & iuris cõis, & consuetudinis patriæ iurib. vti inuicem non repugnantibus?

tibus? Illud obiter monendi sumus, mirū aut iniquum videri non posse: ex vnius Adiectæ portione deduci tertiam matris & auiæ; quoniam sic statuere debemus Alterochæ minus fuisse relictum, quæ erat altera filia testatoris Rainucij, ita vt suam duntaxat legitimam habitura esset, & ideo ex eius portione nihil detrahi potuisse: Vel matrē & auiam ex portione sua consecutas fuisse, quicquid consequi debuerant trientis supradicti nomine; ita vt ex portione quoque bonorum Adiectæ relictorum pro rata deductioni locus foret. Decet enim cum de aliqua disputatur, cætera rectè, vti cōuenit, aut supponere, aut imaginari, de quibus nulla est disputatio aut cōtrouersia.

Denique ita scribit Hotomanus: *Neque vero plura de Glossatorum interpretatione dicenda sunt, præsertim cū tota illorum in tertiis deducendis ratio nemini probari possit. Nam si ponamus in Rainucii bonis fuisse LIV. tres autem personas Cleram, Adelasiam et Adiectam tertias ex iis petere, non sic rationem inibimus, vt Clera de LVI. detrahat XVIII. post Adelasia de reliquis XXXIV. auferat XII. ad extremum Adiecta de hisce XII. quatuor abstrahat, Cum enim vnicuique earum eodem iure, eodemq; temporis puncto legitima debeatur; quis nō videt ex eadem quoque summa singulis suam portionem attribuendam? Neque Cleram Adelasiæ, aut hanc illi anteferendam esse? sed vnā simul omnibus illis tribus legitimam de toto Rainucii patrimonio attribuendam, quam pariter æquabiliterq; inter se partiantur, verbi gratia XVIII. omnibus quemadmodū ex §. vlt. de inoffi. testam. superius demonstratum est. Verū, vt antea diximus, quæsitum emplastrum est, quod ista vlcera non sanaret, sed tegeret, &c.*

Respondeo, rectè Glossatores rationem inire, & Hotomanum nescio quibus tenebris inuolutum videri. Etenim ipsa Clera mater Rainucij, quæ fuit vxor patris ipsius Rainucij, detrahere debet ante omnes alios tertiam partem ex LIV. quæ ex patris hæreditate ad Rainucium peruenerunt: supposito enim statuto, quo sit cautum, vt præmoriente viro vxor lucretur tertiam partem bonorum eius, sequitur, vt mortuo Rainucij parente, qui Cleræ maritus fuit, ipsi Cleræ debeatur tertia pars bonorum. Postea Rainucius Adelasiæ vxori suæ præmoritur, & illa quoque tertiam partem habere debet, sed non omnium LIV. sed eius quod remanet detracta tertia parte matris Rainucij; illa enim tanquam anterior & potior prius deducere suā tertiam potuit ex LIV. quæ reliquit in bonis vir ipsius, qui fuit parens Rainucij. Detracta tertia parte Adelasiæ, tunc locus est detractioni legitimæ Adiectæ; quia & illa prius deducenda est, cum ius Adelasiæ similiter antiquius sit, & ideo tanquam æs alienum deduci debeat ante filiorum legitimam, l. Papin. §. meminisse. ff. de inoffic. testamen. & hac ratione inita nulla est absurditas; imo iuri omnia sunt consona; quia prior tempore, potior est iure; & priora ac potiora iura habenti, prius est satisfaciendum. Prius itaque satisfit Cleræ, vtpote anteriori, & ex LIV. assignantur illi XVIII. Secundò Adelasiæ, cui pro tertia assignantur XII. ex XXXVI. quæ restant, & ex residuo fit detractio legitimæ Adiectæ, sicut præclarè docet Glossator. Et licet fiant eodem tempore omnes detractiones, non tamen fiunt eodem iure; sed ratio habetur anterioritatis iurium singularum mulierum, & diuisio fit, vt fieri debet, prius deducto eo, quod prius deducendum est, sicut in rationibus supputandis diuisionibusque faciendis seruari oportet: neque enim rusticano more æqualiter, vbi iura sunt inæqualia, diuisio fieri debet, sed iustè & geometricè, ac secundum vniuscuiusque iurium ac creditorum proportionem. Et ex his primum, quod attulit argumentum Hotomanus, satis, vt arbitror, confutatum est.

Secundum argumentum: *In ea Decretali nonnihil aliud inest constituitur* (verba sunt Hotomani) *Mater & auia paterna spem suæ legitimæ in bonis superstitis filiæ, quæ restitutioni obnoxia sunt, vendere extraneo & donare possunt. Cū eo in Petrucii liberis hæc omnia & eorum tutoribus adiudi-*

A *centur, perspicuum est, alienationes illas, quæ à matre & auia factæ dicuntur, cōfirmari, quæ de re ita disputari potest. Primum, quod isto modo venditio hæreditatis viuentis confirmatur, contra l. 1. cum similibus. ff. de hæred. & act. vēd. vbi Vlpianus ait; propterea id non posse, quia vēderetur res, quæ nulla est, & in rerum natura non est. quod autem de tota hæreditate dicitur, idem de legitima, quæ ipsius pars est, dicendum esse constat, ex vulgata l. quæ de tota. ff. de rei vindi. Denique pacisci de legitima viuentis non licere nemo nescit ex l. si quando, 35. §. 1. ff. de inoffi. testa ex l. 1. §. si impubere, ff. de collat. Præterea, isto modo pactum, quod mali ominis est, id est, quo liberorum spes extinguitur, confirmatur, contra l. inter stipulantem, 80. §. Sacram, ff. de verb. obligat. Nam etsi ius duplicis trientis sperati, venditio, non aliter rata esse potest, quàm si Adiecta sine liberis decesserit. Postremò absurdum videtur, quod isto pacto ius legitimæ, quod certis personis proprium est, & in eas propriè conuenit, tamen extraneo ceditur, nimirum Petrucio Adiectæ marito, Cum ta-*
B *men ea quæ certis personis propria sunt, cedi extraneo non possint, quemadmodum de vsufructu traditur in § finitur, de vsufructu l. si vsusfructus, 66. ff. de iure dot. de fideicommisso verò in l. mulier, 59. § ex asse, ff. eod.*

Respondeo breuiter; Nam iste toto errat cælo, & cælum suis ferit telis argumentorum frustra sanè, & inutiliter. non hic matrem & auiam alienasse spem eis competentem in bonis filię restitutioni obnoxijs; sed alienasse ius, quod eis de præsenti competebat post mortem Rainucij. Etenim mortuo parente Rainucij, mater Clera tertiam bonorum partem lucrata fuit ex statuto seu consuetudine Tuscanæ Ciuitatis. Similiter & Adelasia mortuo Rainucio lucrata fuit tertiam partem bonorum eius, meritò illa donare potuit, hæc autem vendere. Nullo enim iure quis prohibetur hæreditatem, aut partem eius vendere, vt constat ex tit. de hæreditate & actione vendit. Quare omnia, quæ adferuntur ad probandū, non valere pactiones alienationis bonorum viuentis,
C ac legitimæ, frustrà adferuntur; nec ad rem pertinent, cum, vt dixi, Clera mater & Adelasia vxor defuncti Rainucij non alienauerint viuentis Adiectæ hæreditatem, aut partem eius, sed tertiam bonorum partem, quam iā tempore alienationis ob mortem Rainucij & patris eius consecutæ fuerant; quæ quidem alienatio omni iure permissa est.

Tertium argumentum: *Cum mater & auia paterna* (inquit Hotomanus) *suas legitimas de vnius filiæ bonis detraxerunt, altera filia de iisdem legitimis suam legitimā detrahit, quo iure constitutum video detractionem ex detractione concedi. Nam de matris legitima suam legitimam filia detrahit, quod quam absurdum sit, nemo non videt. nam neque accessionis accessio, neque detractionis detractio vsquam conceditur: vtpote cum hoc contra naturam sit: quemadmodum de vsuris vsurarum, aut vsuris fructuum, aut fructuum fructibus traditur in l. placuit. 19. cum similibus, ff de vsuris. & de Falcidia in l. Pœnales, §. si Titio. ad leg.*
D *Falcid. Eodem illud quoque accedit, quod ista Alterochæ legitima præcise & peculiariter de legitimis matris eius & auiæ detrahi dicitur: nam si qua detrahenda fuit, non de illis particulis, sed vniuersè de tota illarum hæreditate, quæ mortis tempore reperta est, illam deduci oportuit, l. cum quæritur, 6. C. de inoffic. testam.*

Respondeo, falsum esse fundamentum, quo iste nititur, nempe matrem & auiam paternam suas legitimas de vnius filiæ bonis detraxisse. Nam eas detraxerunt ex bonis Rainucij defuncti, Clera quidem mater eam ob causam, quod vir eius, nempe Rainucij pater, fuerit præmortuus: Adelasia autem eam ob causam, quod Rainucius eius maritus similiter ante eam decessisset: & hæc vigore statuti siue Consuetudinis Ciuitatis disponentis, vt mortuo viro vxor lucraretur tertiam partem bonorum eius. Ex bonis igitur Adiectæ relictis a testatore Rainucio deducere potuerunt Clera auia paterna & mater Adelasia tertias istas: & sic Petrucius, cui donatæ & venditæ fuerunt dictæ tertiæ, cū ad restitutio-

nem

nem vrgeretur Alterochæ faciendam ex substitutione, deducere poterat has tertias: sed quoniam Alterocha actrix filia erat Adelasiæ, & Cleræ neptis, meritò allegabat ex dictis tertiis deducendam esse legitimam sibi debitam, neque enim obscuræ sunt leges, quibus est cautũ, cum per inofficiosas largitates legitima læsa est, eas vsque ad legitimæ quantitatem rescindi, l.1. l.2. l.si totas, C.de inoffic.donatione.

Sed quid de venditione dicemus, cum non sic illa retractari possit? Respondeo cum Glossatore, venditionẽ factam fuisse in fraudem, & simulatè, vnde obesse non debuit Alterochæ, quantum ad legitimam, lege nuda, & imaginaria, ff.de contrah.empt.

At, inquit Hotomanus, tunc legitimam non solum ex his tertiis deducere Alterocha debuit, sed vniuersè de toto patrimonio, *Præterea* (inquit) vbi de inofficiosis donationibus, aut earum rescissione vlla in consultatione, & toto decretalis contextu, vel minima suspicio est? non enim, opinor, iudex huic controuersiæ adhibitus potuit illas donationes nondũ inofficiosi conuictas, & damnatas ita obiter, & quasi aliud agens rescindere. Nam quod ad inofficiosæ venditionis querelam attinet, vbi vnquam eius audita mentio est?

Respondeo, ita nos statuere oportere, legitimam Alterochæ ex vniuerso patrimonio Cleræ, & Adelasiæ deducendam esse; sed hoc cessat, si aliud illæ non reliquerint in bonis: Et dato, quod reliquerint, negari non potest, quin etiam ex dictis tertiis, quæ donatæ, & venditæ fuerunt, pro rata deduci possit Alterochæ legitima. Nam si ex toto patrimonio deducenda est, sequitur, vt etiam ex hac parte bonorum deducenda sit.

Quòd verò dicitur, nullam in tota decretali fieri mentionem de inofficiosa donatione, & eius rescissione, nihil mouet; quia ex eo, quod vsque ad legitimam Alterochę debitam illa reuocatur, satis manifestè colligere possumus inofficiosam fuisse donationem.

Denique quod iste subdit, inofficiosæ venditionis querelam non dari, nihil obstat: quia, vt iam dixi, ita pręsupponere oportet eam venditionem fictam, & imaginariã fuisse, vti optimè Glossa explicat.

Quartum argumentum Hotomani versatur circa fructus. Sic enim textus ait: fructus ex bonis restitutioni subiectis à tempore litis contestatæ in Trebellianicã imputandos: *Vbi* (inquit Hotomanus) *duplex dubitatio oritur. Primum enim si fructus ab herede fiduciario quocunque tempore percepti, et in suam Pegasianam imputantur, l.in fideicommissaria, 18. ff.ad Trebell. quanto magis ab eius successore percepti, & ante, & post litem cõtestatam imputabuntur? Quamquam, quoniam hic casus est de primi gradus liberis, quibus priuilegium à Zenone tributum est, vt fructus illis in suam quartã non imputentur, l.iubemus, 6.C.ad Trebell. propterea de his, qui Adiecta viuente percepti sunt, nihil mutamus, sed eius successorem meliore esse iure, quàm quo sunt heredes fiduciarii extranei, nulla ratio est. Præterea singulare quiddam est in hoc controuersiarum genere, vt locum non habeat, quod in hoc iudicio spectatum est: litis contestatione malæ fidei possessorem effici, ac proinde fructus ab eo postea perceptos imputari, l.2. cum similibus, C.de petit.hered. Nam quemadmodum traditur in l.solidum, 78. ff.de leg.2. ab ea regula excipiuntur causæ, in quibus Falcidia locum obtinet; Idque perspicua æquitate, quia possessor non absolutè, & simpliciter restitutionem abnegat, sed cum adiectione, si totum restitui petitur, non enim tota hereditas debetur, sed cum detractionibus legitimis, eoque pertinet l.3. ff.de vsuris.*

Respondeo, ideo successorem Adiectæ fructus perceptos ante litem contestatam in Trebellianicam non imputare, quia eos percepit ex negligentia non petentis fideicommissum. Ait enim textus, mortua Adiecta Petrucium eius maritum superstitem aliquanto tempore eius bona possedisse in pace, ex quo patet, Alterocham negligentem fuisse in petendo sibi bona restitui ex substitutione, nec enim quicquam petiit, donec ille viueret. Constat autem fructus in Trebellianicam nõ imputari, quoties ab eo, qui restituere tenetur, percepti sunt, ex negligentia non petentis, vt habetur in l.mulier, §.si hæres, ff.ad Trebell. ibi: *Fructus enim, qui percepti sunt negligentia petentis, non iudicio defuncti percepti videntur.* Lite autem contestata imputari debent, quia ex eo tempore possessor est in mora, & in mala fide, l.certum, C.de rei vindicat.

Quod autem subdit aduersarius in hoc controuersiarum genere singulariter constitutum esse, vt locum non habeat, quod in hoc iudicio spectatum est, litis contestatione malæ fidei possessorem effici, nec ad rem pertinet, & absolutè verum non est. Nam locum habere non potest, nisi eo in casu, quo possessor obijcit Falcidiam petenti fideicommissum, & actor totum petit, nec vult pati, ut detractio fiat, tunc enim hæres possessor in mora non dicitur esse, & hoc probat l.qui solidum, de leg.2. & l.3. ff.de usuris. Sed quid si totum fideicommissarius petat, & possessor non ei Falcidiæ detractionem obijciat, sed excipiat nil ei deberi, obstare agenti præscriptionem, usucapionem pro dote, & alia, ut in ea specie, de qua agitur in cap.Rainucius, nunquid idem dicendum erit? Nequaquam, quia hic negat possessor simpliciter, & absolutè restitutionem, quare ante litem contestatam bona fides ei proderit, post litem autem contestatã nullo modo, quantum ad restitutionem fructuum, ut in l.certum, C.de rei uind. & in aliis similibus.

Quintum argumentum Hotomani: *Cum auia, & mater*, inquit, *suas legitimas de bonis filia restitutioni obnoxiis detrahunt, ipsa quoque filia sibi detrahet, ac proinde tres legitimæ à tribus diuersis personis detrahuntur, quod cuiusmodi sit, ex his, quæ in prima enunciatione dicta sunt, satis intellectum est. Nam siue matri legitima debeatur de filiæ hereditate, ei deberi intelligitur, siue rursus filio debeatur de parentis. Vtrique autem de eadem hereditate, & matri, inquam, & filia deberi non potest, propterea quod in intestatorum hereditatibus liberorum gradus parentes excludit Nouella CXVIII. §.1. Quare cum pateat hanc Rainucii hereditatem esse, sola filia legitimam ab ea capiet, matrem vero, & auiam prorsus excludet.*

Respondeo ex his, quæ dicta sunt ad primum argumentum, non iure communi ac Cęsareo niti responsum hoc Pontificis Maximi, sed consuetudine siue lege particulari Tuscanæ Ciuitatis, ut frustrà iste legem Cæsaream inculcet. Sic autem res habet. Mater Clera ex morte patris Rainucij lucrata est tertiam partem bonorum eius ex particulari lege ita statuente, ut præmoriente uiro uxor lucretur tertiam partem bonorum; similiter & Adelasia uxor Rainucij tertiam est lucrata. Ex eo, quod superest, tertia debetur Adiectæ, pro sua tamen portione uirili, & sicut Glossator optimè proponit casum. Erant in bonis exempli causa LIV. ex his deducit mater Clera, quæ est omnibus anterior XVIII. Restant XXXVI. Ex his deducitur tertia Adelasiæ, nempe XII. Restant XXIV. Ex his tertia pars sunt VIII. Duæ sunt sorores, Alterocha, & Adiecta, ergo legitima Adiectæ erunt IV. & legitima Alterochæ similiter IV. Restant XVI. Ex his deducitur quarta pars ex Trebelliano, & sic IV. Restant XII. hæc restituuntur Alterochæ. Præterea Alterocha detrahit ex XVIII. quæ assignata sunt Cleræ auiæ suæ paternæ suam legitimam, videlicet III. Sunt enim duæ filiæ, & sic VI. Legitimam constituunt ambarum. Ex XII. autem matri Adelasiæ assignatis legitimam Alterocha deducit, nempe II. Quoniam IV. efficiunt legitimam ambarum filiarum. Et sic in totum habet Alterocha ex dictis LIV. quæ sunt in hæreditate XXI. nempe IV. pro sua legitima. V. pro legitima ex bonis matris, & auiæ. Et XII. ex causa fideicommissi. Possessor autem bonorum habuit primò ex tertia parte Cleræ donatricis XV. ex tertia parte Adelasiæ, quę fictè uendidit X. Pro legitima Adiectæ IV. ex Trebellianica detractione IV. quæ omnia efficiunt XXXIII. iunge XXI. efficies LIV.

Postre-

Postremum Hotomani argumentum eo tendit, ut ostendat detrahi non posse legitimam & Trebellianicã simul à filijs fideicommissaria restitutione grauatis. Sed quoniam hæc est celebris controuersia, vt ei caput sequens totum attribuerem, quo magis discutiatur, faciendum putaui. Igitur lectorem ad sequens caput inuito, in quo de duabus detractionibus disputationem inueniet, simul Innocentij Pont. Max. defensionem aduersus eiusdem Hotomani argumenta.

CAPVT II.

Vtrum filius rogatus hæreditatem restituere, possit detrahere simul legitimam & Trebellianicam pro defensione c. Rainucius, de testamentis, contra Franciscum Hotomanum hæreticum.



INsignis controuersia hæc est dignaque omnino diligenti & accurata disputatione. Tres sunt interpretum sententiæ. Prima filium detrahere posse tam legitimam, quàm etiã Trebellianicam. Secunda, legitimam tantum, vel Trebellianicam detrahendam esse iure Ciuili, secus autem iure Canonico. Tertia, distinguendum esse, vtrum purè, vel sub conditione filius restituere grauatus sit. Nam si purè, vnam tantum detrahet; si sub conditione ambas detrahere poterit. Vide Glos. & cæteros Canonistas ad c. Rainucins, & ad c. Rainaldus, de testamentis. Legistas ad l. iubemus, C. ad Trebell. & ad l. Papin. §. meminisse, vbi latè Caguolus, ff. de inoffic. testamen. Alexandrum in consil. 142. lib. 2. Conuat. ad dict. cap. Rainucius, §. vndecimo, nume. quinto, Andream Geyll, lib. secundo, obseruat. 121. Francisc. Hotoman. quæstio. Illustris. cap. 35. & in disputatione contra cap. Rainucius, nouissimè Angelum Matheacium de via & ratione artificiosa iuris, libro 2. ca. 25. Iacobum Cuiac. lib. 8. obseru. cap. 3. Ego ne diu suspensum lectoris animum teneam, in ea sum sententia, ut filius detrahere possit dimidiam hæreditatis: & sic tam legitimam, quàm Trebellianicam, sicut habet prior opinio, quam initio retuli, nullo discrimine adhibito, vtrum purè vel sub conditione rogatus sit restituere, nullaque inter ius Canonicum, & Ciuile constituta differentia. Etsi enim iure Canonico id satis apertè declaratum sit in d. cap. Rainucius, & in dicto cap. Rainaldus, tamen & iuri Ciuili id consentaneum esse, & ex illius regulis & constitutionibus, si non expressè, satis tamen euidenter elici demonstrabo. Itaque sic statuo. Cum filius à patre rogatus est hæreditatem restituere, constituendas esse ex toto asse duodecim uncias, ex quibus regulariter hæreditas constare dicitur. Ex asse, atque adeo ex duodecim vncijs detrahendas esse quatuor pro legitima filij, (est enim legitima iam triens, ut notum est ex Nouella de Triente & Semisse) hunc trientem alio non esse restitutioni obnoxium, sed exceptum ab ea: & consequenter octo vncias restitutioni ex fideicommisso obnoxias esse. Ex quibus quarta pars, nempe vnciæ duæ deducendæ sunt à filio, pro autoritate Senatusconsulti Trebelliani, qui proinde in totum sex uncias habebit, & sic dimidiam totius hæreditatis. Hanc sententiam ego ueram esse prius demonstrabo, & utrique iuri, ut pollicitus sum, consentaneam; deinde argumenta confutabo, quæ aduersus eam afferuntur.

Et quidem quod attinet ad ius Canonicum, minorem esse uideo difficultatem, cum, vt dixi, apertè id probetur in dicto cap. Rainucius, & in d. capit. Rainaldus, de testamen. quatenus ibi Summus Pontifex confirmat & approbat sententiam iudicis, qui pronunciauerat legitimam restitutioni obnoxiam non fuisse, & Trebellianicam detrahi potuisse. Et licet in ea specie filius rogatus esset sub conditione restituere, non autem purè, quæ causa fuit, vt multi, quantum ad hoc, purum fideicõmissum à conditionali distinguerent: tamen Summus Pontifex in eo fundamentum non posuit, quod filius sub conditione rogatus esset: sed in eo, quod in legitima grauari non potuit: Quartam autem Trebellianicam quilibet extraneus restitutione grauatus, deducere potest, quę ratio locum habet, siue purè, siue sub conditione filius restituere rogatus sit. Porrò ad alia argumenta, quibus illa distinctio nititur, postea respondebo.

Quod verò attinet ad ius ciuile, etsi maior sit difficultas, id tamen verum esse patet, si non antiquas tantum leges, sed nouissimas quoque perpendamus, atque in hanc rem adfero Nouellam de restitutionibus, & ea quæ parit, &c. §. quamobrem, vbi Iustinianus ita dicit secundũ antiquam translationem: *Quamobrem præsentem ponimus legem, omnia quidem alia priores a nobis posita constitutionis rata manere volentes: hoc verò innouantes solummodo, vt si quis de cætero restitutionem fecerit suarum rerum: primum quidem seruet filio legitimam partem, non Quartam; hoc enim emendauimus inopiam eius plurimam reprehendentes; sed tertiã modis omnib. aũt mediam, secundum filiorum numerum, deinde ex reliqua substantia parte, si non sufficerit legitima pars ad dotis, aut antenuptialis donationis oblationem: honestè & secundum personarum qualitatem, & merita excipere etiam hoc ad restitutionem*, &c.

His verbis Iustinianus clarè decernit legitimam filiorum excipiendam esse de restitutione, ex quo sequitur, eam non esse restitutioni obnoxiam: confirmatur idipsum, & alia ratione. Nam legitimam filius habiturus est, etiam si alius hæres instituatur; Ergo non continetur in restitutione fideicommissi, argumento l. sequens quæstio, de leg. 2. ibi: *Et propterea fideicommisso non contineri, quia ea habitura esset, etiam alio hærede existente.* Erit ergo duntaxat residuum substantiæ, siue hæreditatis obnoxium restitutioni; & sic octo duntaxat vnciæ restituendæ erunt. Ex his octo vncijs, quas restituere filius rogatus esse intelligitur, aio detrahendum esse quartam partem pro autoritate Trebelliani Senatuscõsulti, quod sic probo: Omnis hæres qui grauatus est vel totam, vel partem hæreditatis restituere, potest quartam partem deducere. Sed filius est hæres rogatus restituere partem illam hæreditatis, quæ excepta legitima superest, nempe octo vncias; Ergo detrahere potest quartam partem. Maior probatur ex §. sed quia, in Instit. de fideicommiss. hæredit. & ex §. nihil autem interest, eodem tit. in d. §. *Sed quia.* sic ait Imperator: *sed quia hæredes scripti cum aut totam hæreditatem, aut penè totam plerumque restituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum, vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa; postea Vespasiani Augusti temporibus Pegaso & Pusione Consulibus, Senatus censuit, vt ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur.*

Et in §. nihil autem interest, ita scribit: *Nihil autem interest, vtrum aliquis ex asse hæres institutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte restituere rogatur, an ex parte hæres instituitur, aut totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur. Nam & hoc casu eadem obseruari præcipimus, quæ in totius hæreditatis restitutione diximus.*

Minor autem propositio certa est, & perspicua, quia filius est hæres, & rogatus restituere hæreditatem, excepta legitima: illa enim excipienda est, de restitutione, vt statuit Imperator in d. §. quamobrem, cuius verba supra recensuimus.

Atque hoc est illud, quod perpendo in hac disputatione: legitimam in hæreditate patris restituenda non inueniri; quia debet excipi de restitutione; legitimam ergo filius iure proprio habebit, veluti exceptam, & non comprehensam in restitutione; Trebellianicam verò iure hæreditario, quia scilicet est hæres, & restituere grauatus. Et hoc est, quod Summus Pontifex dixit in cap. Rainaldus, illis verbis: *Quoniam idem R. habebat in bonis quondam Peponis patris sui tertiam partem*

debitam iure naturæ, in qua grauari nequiuit, necnon quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus reſtitutione grauatus deducere potuiſſet.

A qua ſententia non procul abeſt, quod reſpondit Papinianus in l. pater filiam, 14. ff. ad legem Falcid. in illis verbis: *Falcidiam quidem iure hereditario, dotem autem iure proprio filiam habituram reſpondi; quia dos in hereditate patris non inueniretur.*

Videamus nunc, quantum habeant momenti argumenta, quæ ex iure Ciuili aduerſus hanc ſententiam adferuntur. ea Franciſcus Hotomanus refert, quæ nos ita ordine confutabimus.

Primum omnium (Hotomani ſunt verba) *Pontificali autoritati opponitur natura rerum & ſenſus communis; Aſſis enim ratio & natura hæc eſt, vt eius vna aliqua parte nominata, altera neceſſario intelligatur, quippe cum ex eorum numero ſit, quæ Dialectici τὰ πρός τι nominant. Itaque quoties Quadrantis detractio nominatur, toties Dodrantis reliquatio intelligitur. neque quiſquam detrahere Quadrantem dicitur, niſi is ſolus cui ſuperſtes ex aſſe Dodrans relinquitur. Quod cum ita ſit, quæro, ſi filius, qui iam legitimarium Quadrantem detraxit, inſuper velit alterum Pegaſiani nomine detrahere, quemadmodum dodrans fideicommiſſario relinqui poſſit? Nam Falcidia lex relinqui omnino Dodrantem volebat, ſummamq́; teſtandi libertatem lege 12. tabularum conſtitutam ea in parte confirmabat l. 1. ff. ad legem Falcid. vt facile appareat, non tam Quadrantis detrahendi, quam Dodrantis relinquendi rationem habendam eſſe, quippe cum hæc reliquatio lege 12. tabularum primum instituta, poſt etiam Falcidia lege confirmata & conſtabilita ſit.*

Reſpondeo, nec Summum Pontificem, nec quemquam alium velle teſtandi facultatem lege 12. tabularum datam, & Falcidia lege confirmatam auferre, aut aliqua ex parte minuere, ſed hoc dicit Summus Pontifex, & vult, noſque ſequimur atque contendimus, patremfamilias legitimam filio debitam excipere debere, quoties filium hæredem reſtitutionis onere grauat. Id ſanè & Iuſtinianus ſtatuit, & æquiſſimum videtur, ne legitima onere aliquo prægrauetur, l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. teſtam. Dicimus præterea Quadrantem ex Trebelliano detrahendum eſſe. Id quod Senatuſconſultum iamdiu conceſſit, quare nihil hæc legibus repugnãt. Nec vero hæc cum natura rei & ſenſu communi pugnant. Nam etſi Quadrante detracto ex hæreditate dodrans ſupereſſe intelligatur, nihil tamen prohibet, quo minus reſtitutioni obnoxius ſit Dodrans tantum hæreditatis, ſiue detracto Triente, Bes tantum, & ex eo quarta pars Trebelliani nomine, detrahatur. Tunc obſtaret rei natura ſenſuſque communis, ſi diceremus, totum aſſem hæreditatis obnoxium eſſe reſtitutioni: tunc enim triente deducto, reſiduum reſtituendum ſupereſſet. Sed non ita dicimus. Iam enim conſtat filio rogato reſtituere hæreditatem, eam interpretationem adhibendam ab initio vt cenſeatur rogatus reſtituere beſſem tantum hæreditatis; quia legitimarius triens excipi debet. Quare ſicuti, ſi expreſsè filius rogatus eſſet beſſem reſtituere, procul dubio detraheret ex eo quadrantem Trebellianicum, ita etiam reſpondendum eſt, vbi totum aſſem reſtituere quidem rogatus eſt teſtatoris verbis, ſed tamen non niſi beſſem reſtituere rogatus intelligitur autoritate legis iubentis, vt dixi, legitimarium trientem excipi de reſtitutione.

Secundum argumentum Hotomani. Eiuſmodi alterum argumentum, inquit, *eſt, Nam cum quadrantis detractio ſit priuatio, & priuatio præſupponat habitum, vt noſtri loquuntur, hoc eſt, detractio rem ſubeſſe arguat, ſatis conſtat, inde duntaxat quadrantem detrahi, vbi redundat, hoc eſt, ab eo, cui plus dodrante ſuperat. Quod ſi filius, qui legitimã detraxit Pegaſianum quadrantem petat, quæro, an ab eo petat, cui plus dodrante ſuperat? Ac nimirum hoc illud eſt, quod vulgo dicitur, quartæ detractionem ei demum concedi, qui ſupra dodrantem grauatus eſt. §. ſed quia. de fideicommiſſ.*

A *hæredi. vbi dicitur Senatum cenſuiſſe, vt ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atq; ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Quoties igitur hæres ſupra dodrantem grauatus non eſt, ſed ei quadrans hæreditatis quoquo iure, ſiue inſtitutionis, ſiue præceptionis, deductionis, retentionis, ſiue legati, ſiue mortis cauſa capionis relictus eſt, ſequitur, vt quartam petere non poſſit, l. in quartam, ff. ad leg. Falcid. Itaque cum hæres legitimam adeptus eſt, ſatis conſtat eum ſupra dodrãtem grauatum non eſſe; ac proinde petere Falcidiæ beneficiũ non poſſe.*

Reſpondeo, propoſitionem, qua iſte nititur, veram nõ eſſe, ita ſimpliciter & abſolutè, vt ponitur, videlicet, quoties hæres ſupra dodrantem grauatus non eſt, quartam partem detrahere non poteſt. Nam etſi partem tantum hæreditatis, puta dodrantem ſolum vel minorem partem reſtituere grauatus ſit, detrahere tamen poteſt quartam partem ex Trebelliano; quia nihil intereſt, vtrum quis totam vel partem hæreditatis reſtituere grauatus B ſit, vt in §. nihil autem intereſt, in Inſtitut. de fideicommiſſ. hæredit. Hoc autem allegare poteſt Hotomanus, & puto etiam, ita eum intellexiſſe, hæredem imputare debere in Trebellianicam, quicquid vel præcipere, vel deducere, vel retinere iuſſus eſt, vt in d. l. in quartam, ff. ad legem Falcid. Et conſequenter, legitimarium trientem ipſum imputare oportere. Si igitur hoc velit, vti colligitur ex verbis eius, & ea lege, quam allegat, reſpondeo; legitimam imputandam non eſſe, quoniam in Trebellianicam ea tantum imputantur, quæ ex teſtamento hæres conſequitur, non etiam ea, quæ iure ſuo extra teſtamentum hæres habet, vel ei debentur, vt probat textus in l. pater filiam, ff. ad legem Falcid. ibi: *Falcidiam quidem iure hereditario, dotem autem iure proprio filiam habituram.* Et in l. debitor, ff. ad Trebell. declarat poſt Bartolum, & alios optimè Ripa, in d. l. in quartam, nume. 84. vbi propterea docet bona emphyteutica & feudalia non imputari in Trebellianicam, quia non capiuntur ex teſtamen- C to. Sed legitimam filius conſequitur extra cauſam teſtamenti; Ergo illa in Trebellianicam imputanda non eſt. Hæc aſſumptio probatur; quia filio debetur legitima legis prouidentia, nõ autem patris beneficio, cogitur enim pater illam excipere ex onere reſtitutionis, vt dictum eſt, & tenetur eam filio abſque omni onere relinquere, inſtitutionis titulo, Appellaturque *debitum naturale*. in l. ſcimus, §. illud præterea, C. de inoffic. teſtam. & in l. 1. C. de imponen. lucra deſcript. *Debitum bonorum ſubſidium*. in Nouella de Triente & Semiſſe. Et neceſſitatem imponit lex parentibus relinquendi legitimam filio, *tanquam illa ſecundum naturam ei debeatur*, inquit Imperator in Nouella, de hæredibus & Falcid. §. 1. quare ex his omnibus concluditur, rectè dici legitimam extra cauſam teſtamẽti capi à filio, & non patris iudicio, vt dictum eſt, ſed legis prouidentia, vt alibi loquitur Vlpianus, in l. ſi arrogator, ff. de adoptio. Conſequenter illa imputari non debet in Trebellianicum quadrantem, in quem ea imputã- D tur, quæ patris iudicio ex teſtamento perueniunt.

Tertium argumentum *ducatur*, inquit Hotomanus, *ex aliarum quartarum inductione; nam in reliquis omnibus hoc perpetuo videmus eſſe iuris, vt vnius adeptio, alteram excludat. Cuius rei tria exempla ſuppeditat l. Papinianus ff. de inoffic. teſtam. Primum eſt in §. quarta autem, vbi filius, qui Falcidiam ex legatis adeptus eſt, ab inofficioſi querela depellitur. Alterum in §. vnde ſi quis, vbi filius Pegaſianam ex fructibus conſecutus, ſimiliter ab inofficioſi actione excluditur. Tertium in §. ſi quis impubes, vbi nepos ex filia impubes, ab auo arrogatus, & exhæredatus, quoniam ex conſtitutione D. Pii Quartam habet, à querela remouetur. Cui conſentaneum eſt, quod traditur in l. 1. §. pen. ff. ſi cui plus quam per legem Falcid. vbi patronus, qui in liberti bonis partem habet legitimam, ſi eam detraxit, à Falcidia petenda depellitur.*

Reſpondeo, vt & initio dixi, non eſſe in hac diputatione obſeruandum id, quod antiquis legibus eſt conſtitutum. Si enim ſecundum antiquas leges definiri debeat

hac

hæc controuersia, facile existimauerim vnam tantum quartam detrabendam esse, & boc probant exempla aliarum quartarum adducta: sed hic postremæ leges perpendendæ sunt, quibus constitutum est, vt filio restitutione iniuncta, legitima excipiatur, aut pro excepta habeatur. Ex hoc enim sequitur, illam esse retinendam tanquam filio debitam, & residuum hæreditatis restituendum deducta Quarta Trebellianica, in quam legitima non imputatur, vt dictum est: quia non iudicio testatoris, sed legis prouidentia ad filium peruenire dicitur. Quare argumentum ex aliarum quartarum inductione, in quibus hæc specialiter constituta non sunt, huc nequaquam pertinere potest.

Quartum argumẽtum Hotomani est, ex Nouella 39. de restitutionibus, & ea, quæ parit, *Cuius verba* (inquit Hotomanus) *Iuliano interprete, hæc ferè sunt: Si quis vnũ ex liberis hæredem instituerit, & rogauerit eum, vt cùm morietur, alijs restituat hæreditatem: primum quidem legitimam portionem, nempe trientem sibi retineat, cæteras autem partes fideicommissario restituat integras. Itaque Bartolus in eum locum scribens num. 1. Nota, inquit, filium fideicommisso grauatum non posse duas quartas detrahere, sed vnam tantum.*

Respondeo, maiorem me in viro docto fidem in referendis legibus desiderare. Nam si legatur tota illa Nouella, siue secundum Iuliani, siue secundum Haloandri interpretationem hoc non dicit. Verba superius proposui, & totam hic Nouellam adscriberem, nisi id superuacaneum viderem. Hoc dicit quidem Nouella legitimã esse accipiendam de restitutione; sed non sunt in ea illa verba: *Cæteras autem partes fideicommissario restituat integras.* Videat lector Nouellam totam, & omnis ei scrupulus auferetur.

Sed nec fideliter Bartoli verba refert, etsi enim aliquod argumentũ ex Nouella desumat pro contraria sententia, nõ tamen ita loquitur, vt ille refert; verba Bartoli hæc sunt: *Nota ex hac l. in ver. Quamobrem: quia iste textus optimè facit, quod filius rogatus de restitutione non possit habere, nisi vnam quartam. Nam hic vides, quod filio de restituendo grauato solum consulitur in quarta debita iure naturæ, & tota reliqua substantia venit in restitutione fideicommissi, nec diminui potest, nisi ex causa dotis vel donationis propter nuptias. Sed si Quartam Trebellianicam detrahere posses, deberet ex causa dotis, vel donationis propter nuptias constituere, si debita iure naturæ non sufficeret. nam quod hac de reliqua substantia possit detrahi, & priuilegium dotis, & donationis propter nuptias; ergo in contrarium est ius commune; quia propter nullam aliam causam reliqua substantia, quæ restat, possit detrahi vel minui. l. ius singulare, de leg.*

Respondeo ad illud argumentum. Nouellam non hoc dicere, detracta legitima totam reliquam substantiã in restitutionem venire, legantur verba, non hoc inuenietur: sed Bartolus id colligit ex duobus, primùm: quia Nouella dicit detrahendam, siue excipiendam esse legitimam de restitutione, & nihil dicit de Trebellianica: videtur enim inferri ex hoc, reliquam substantiam restituendam esse. Deinde, quia tantummodo dos & donatio propter nuptias hoc priuilegium habeant, vt ex restitutione excipiantur. Respondeo ad primum, non, si textus Nouellæ legitimam excipiat, & nullam Trebellianicæ mentionem faciat, idcirco Trebellianicæ detractionẽ fieri posse negat. Legitimam enim excipit, quia non vult eam subiectam esse restitutioni. Cætera substantia subiecta est restitutioni, secundum formam Trebelliani Senatusconsulti; quæ est, vt siue tota hæreditas, siue pars eius restituenda sit, quarta pars detrahatur. Ergo non prohibet ibi detractionem. Ad secundum respondeo, dotem & donationem propter nuptias excipiendam esse de restitutione; quia pater tenetur filiæ dotem dare, & donationem propter nuptias pro filio constituere, l. vlt. C. de dotis promissio. Ergo non potest in hac parte filium grauare, ac per restitutionem iniunctam efficere, vt dotem

A & donationem propter nuptias non consequatur. Reliqua substantia subiecta est restitutioni, sed secundum legis formam, vt fiat Quartæ detractio ex Trebelliano Senatusconsulto. Itaque verum est, quod dicit Bartolus, solam dotem, & donationem propter nuptias hoc priuilegium habere, vt in restitutionem non veniant; sicut nec legitima venit iure naturæ debita, reliqua enim substantia in restitutionem venit, nec nos id inficiamur, sed venit cum sua causa, vt scilicet patiatur quartæ partis detractionem.

Dices, si locus esset detractione Quartæ huius Trebellianicæ, ex ipsa dos & donatio propter nuptias erat constituenda, quatenus legitima non sufficeret; non autem ex reliqua substantia restitutioni obnoxia. At hoc iniustum est: nam, vt dixi, pater tenetur dotem & donationem propter nuptias dare, & constituere filio; Ergo non debet filius ex sua Trebellianica, quam, vt hęres grauatus consequitur, supplere id, quod deest ad dotem & do-

B nationem propter nuptias: sed id ex bonis & substantia patris supplendum est, ita vt filius iure proprio dotem habeat, & donationem propter nuptias: & iure hæreditario, id est, tanquam hæres grauatus Quartam ex Trebelliano, l. pater filiam, ff. ad leg. Falcid. ibi: *Falcidiam quidem iure hæreditario, dotem autem iure proprio, &c.*

Quintum argumentum est ex l. iubemus, 6. C. ad Trebell. vbi Zeno statuit, vt filius portionem suam hæreditariam fratri restituere rogatus, retenta ex Senatusconsulu beneficio Quarta, dodrantem restituat: *Quo* (inquit Hotomanus) *quid apertius dici potest? Neque nos moueat, quod supra diximus, Iustinianum de legitima statuisse, cũ enim eius summam auxisset, & ex quadrantaria trientariam fecisset, non dubium est, quin filij iam non amplius Pegasianam, sed legitimam potius petituri sint.*

Respondeo, si Zenonis tempora spectemus, vnã tantum quartã detrahi potuisse, nempe Trebellianicam, ratio est; quia nondum Nouella Iustiniani erat lex edita,

C qua constitutum est, vt legitima filiorum non veniat in restitutionem. Cùm enim tempore Zenonis etiam legitima in restitutionem veniret, meritò non erat locus detractioni eius, sed tantum Quartæ Trebellianicæ, sed cùm hodie legitima in restitutionem non veniat ex Nouella, sequitur, vt illa sit excepta, & salua filio, nec subiecta restitutioni: ex residua verò hæreditate restituenda, quartam partem detrahere filius possit autoritate Trebelliani Senatusconsulti, quod nullibi prohibetur hoc in casu locum habere. Id verum esse, quod diximus, nempe, tempore Zenonis legitimam in restitutionem venisse, patet tum ex lege Zenonis, tum ex Nouella Iustiniani: Ex lege quidem Zenonis, quatenus dicit: *Retenta Quarta pro autoritate Senatusconsulti Trebelliani* restituendum esse dodrantem. Nouella autem id probatur, quia Iustinianus in d. §. quamobrem, dicit se hanc legem nouam ponere: *Præsentem*, inquit, *ponimus legem omnia quidem alia prioris a nobis posita constitutionis rata manere*

D *volentes; hoc verò innouantes solummodo, &c.*

Quibus verbis apparet ipsum de nouo id statuisse, vt legitima in restitutionem non veniret.

Sextum argumentum sumitur ex l. quoties, de reg. iur. *Quoties duplici iure defertur alicui successio, repudiato nouo iure, superat vetus: non enim duæ causæ lucratiuæ in eundem hominem, & eandem rem conueniunt.* §. si res aliena, de leg. l. omnes, l. ex promissione. ff. de actio. & oblig. *& non vt ex pluribus causis deberi nobis potest, ita ex pluribus causis peti idem potest.* l. nõ vt ex pluribus, de reg. iur. Cùm igitur quadrans successionis nomine, à lege attribuatur, qui eum semel ex vna causa adeptus est, si eundẽ ex alia causa petat, doli exceptione rectè remouebitur: habet enim quod petit, l. 1. ff. de doli except.

Respondeo, argumentum hoc supponere vnum tantum quadrantem deberi, & idcirco non posse nisi semel peti, sed nos id negamus: quia dicimus, & legitimam detrahendam, quia in restitutionem non venit, & Trebellianicam esse detrahendam autoritate Senatusconsulti

Trebel-

A Trebelliani. quare duę causę lucratiuæ non pertinent ad vnam & eandem rem, sed ad res diuersas, quo casu regula non obstat.

Hæc & alia his similia, attulit argumenta post Franciscum Hotomanum, nouissimè Angelus Mattheacius lib. 2. cap. 25. de via & ratione iuris artificiosa. quę sanè, vt mihi videtur, iam sublata sunt.

Superest, vt argumenta diluamus eorum, qui dixerunt, eodem tempore deduci non posse legitimam & Trebellianicam. Illa verò duo sunt potissimum, primum quia non videtur iuri conuenire, vt duæ causæ lucratiuę eodem tempore locum habeant. Alterum, quod legitima in Trebellianicam sit imputanda; vel econtrario Trebellianica in legitimam, & sic effectu non habebit filius pręter legitimam vel Trebellianicam.

Respondeo ad primum, iam responsum esse superius; quia cum ex diuersis causis procedant ambæ detractiones, absurdum non est, vt eodem tempore locum habeant. B Ad alterum autem argumentum respondeo, negando imputationem illam. Nam legitima non debet imputari in Trebellianicam, cum in eam imputentur ea tantum, quæ capiuntur ex testamento. Legitima verò capiatur extra causam testamenti, vt suprà latius dictum est. Trebellianica vero in legitimam imputari non potest; quia in legitimam haud quaquam imputantur ea, quæ filius aduentitio quodam iure haber, non autem ex ipsa testatoris voluntate, l. scimus, §. repletionem, C. de inoff. testamen. Trebellianica vero extrinsecus aduenit filio, nempe, ex Trebelliano Senatusconsulto, vt patet.

CAPVT III.

Vtrum Trebellianicæ detractioni sit locus cum legitima est semis.

Dmissa hæc vera sententia, quam in pręcedenti capite probauimus, filium hæreditatem restituere grauatum, detrahere posse C præter legitimam etiam quartam Trebellianam, alia oritur controuersia: Sitne idem respondendum etiam eo in casu, quo legitima filiorum est semis, puta si quinque fuerint aut plures filij, qui restituere hęreditatem sint rogati? Etenim Baldus in consilio 94. libro secundo, respondit, hoc in casu non esse locum detractioni Trebellianæ, & Baldum secutus est, Couuar. ad cap. Rainucius, §. vndecimo, numero sexto, de Testamentis. Decius in consilio 228. circa finem. Fundamentum est, quia videtur absurdum, vt grauati filij restituere hęreditatem alijs, plus consequantur ex hæreditate, quam is, cui hęreditas ex fideicommisso restituenda est. Plus autem consequerentur: quia semissem in primis detraherent pro legitima, & ex alio semisse adhuc quartam partem. Sed contraria sententia mihi videtur verior & communior, filios etiam in proposita specie pręter legitimam posse Trebellianicam detrahere. D Ita docuerunt Crauetta in consilio quinquagesimo, & ibidem Stracca in annotationibus Cagnol. ad l. Papinianus, §. meminisse, numero decimonono, ff. de inoffic. testamen. Alba in cons. 41. & multi alij, quos refert & secutus est Anton. Tessaurus decil. Pedemontana 252. dicens, ita Senatum iudicasse. quibus adde Marcum Antonium Eugenium, in consilio vndecimo, & in consilio trigesimosertio, num. 75.

Fundamentum vero satis firmum ac solidum illud est; quia etiam ad hanc speciem, in qua semis detrahitur ratione legitimæ, legis verba, & ratio eius adaptantur. Verba quidē, quia generaliter lex dicit, filiū in legitima grauari non posse, ac proinde deducendam & excipiendam esse de restitutione: Trebellianicā aūt detrahi, sicut & quilibet extraneus detrahere potest. Ergo de quacunque legitima lex loquitur, siue illa sit semis, siue sit triens. Ratio verò legis, quia nunquam legitima grauari potest, etiam si sit semis, propter numerum liberorum; & con-

A sequenter etiam, si sit semis in restitutionem venire non potest.

Porrò fauor, quo prosequuntur leges numerum liberorum, & ipsa rei æquitas facit, vt non videatur absurdum, si plus liberi retineant atque deducant, quam fidei commissario restituant. Etenim si quinq; sint filij, qui libet parum habebit, tum ratione semissis legitimatij, tū ratione quadrantis Trebelliani, quippe qui in quinque partes diuidendi sint, & sic plus habebit fideicommissarius iste, quam habiturus sit quilibet ex filijs, qui grauati sunt, quamobrem nihil inde absurditatis oriri existimo.

CAPVT IIII.

Vtrum prohiberi Trebellianica detractio possit à testatore.

B Ercurremus & alias de Trebellianica controuersias, inter quas illa est non ignobilis: Possitnè Trebellianica prohiberi à testatore. Affirmant Bartolus ad l. Marcellus, ff. ad Trebell. & Iason ibidem. Aretinus in consi. 37. & alij apud Gabrielium Commun. conclusio. titulo, ad Trebellian. conclus. prima, Adde Couuar. ad capit. Rainaldus, §. 3. numero 6. de testamen. Andr. Geyll. lib. 2. Obseru. 138. nu. 15.

Fundamentum est; quia Falcidia prohiberi potest, vt pater ex Nouella de hæredibus & Falcid. §. si verò expressim. Ergò & Trebellianica. Nam æquiparantur Falcidia & Trebellianica, l. Marcellus, §. quod autem, ff. ad Trebell. immò ad exemplum legis Falcidiæ Trebelliana detractio inducta est, §. sed quia, in Instit. de fideicommissarijs hæredit. Immò Falcidiæ appellatione venit etiam, & sępè intelligitur Trebelliana, l. pater filiam, l. Titia, ff. ad legem Falcid. l. Iubemus, C. ad Trebellian. & videtur C esse eadem ratio in Trebelliana, quę est in Falcidia. Illa enim ratio est, quantum ad Falcidiam; quia aut hæres, cui detractionis commodum aufertur, adibit hæreditatem, aut illam repudiabit: si adibit, pium opus faciet exequendo testatoris voluntatem, licet nullum commodum habiturus sit; si verò repudiabit, hæreditas ad alios pertinebit, nempe substitutos vel fideicommissarios, vel alios legitimos hęredes, vt latè explicat Imperator in d. §. si verò expressim.

Verum istis nil morantibus, contrariam sententiam amplector, quam amplexi fuere Bartolus sibi parum constans, in l. nemo potest, de leg. 1. Alexander ad d. l. Marcellus, ff. ad Trebell. & ibi etiam Ripa eam defendit, licet non putet à communi recedendum sententia, Alciatus lib. 5. Paradoxorum, cap. 19. & alij, apud Couuar. & Gabrielium locis proximè annotatis.

Moueor hoc argumento. Certum est ante Nouellam Iustiniani de hæredibus, & Falcidia. Trebellianicā prohi D beri non potuisse: quia nemo potest facere, quin leges in suo testamento locum habeant, l. nemo potest, de leg. 1. & satis id luculenter probatur in l. si vt allegas, C. ad Trebell. in l. Titia, ff. eod. & alijs in locis. Sed per Nouellam Iustiniani supradictam de hęredibus & Falcid. contrarium non est constitutum; ergo manet ius antiquum, vt nequaquam à testatore prohiberi valeat detractio quartæ, quæ fit ex Trebelliano Senatusconsulto, quam Trebellianicam appellamus.

Assumptio argumenti certa est & manifesta; quia Iustinianus in dicta Nouella de Falcidia lege loquitur, quę ex legatis detractionem concedit, quoties vltra dodrantem legatis hæreditas onerata est.

Omnis difficultas in eo est posita; vtrum illa constitutio extendi debeat etiam ad Trebellianicam: & sanè inficiari nemo potest, quin magna sit Falcidiæ, & Trebellianicæ affinitas, & similitudo, sed tamen non si in vno simili corrigatur ius antiquum, statim etiam in alio correctū censetur, vt notari solet in Auth. quas actiones, C. de

sacrosanct. eccl. Præterea considerari potest duplex ratio diuersitatis inter Falcidiam, & Trebellianicam. Prima est, quia Trebellianicæ detractio competit hæredi grauato restituere per fideicommissum, qui cogi à fideicommissario potest adire hæreditatem, & restituere etiam inuitus, l. quia poterat, ff. ad Trebell. Falcidiæ autem beneficium datur hæredi grauato, ad legata præstanda, qui quidem à legatarijs inuitus cogi non potest ad adeundã hæreditatem; Ergo cum hæres fideicommisso grauatus hęreditatem restituere in eo sit deterioris conditionis, quàm alter, qui legatis oneratus est, meritò debet in altero melioris esse conditoinis, vt Trebellianicæ commodo priuari à testatore non possit, licet alter priuari possit.

Respondet Socinus in d. l. Marcellus, ff. ad Trebel. nõ esse rationem habendam huius grauaminis hæredis, quòd possit cogi adire hæreditatem; quia id intelligitur periculo fideicommissarij, cui restituit, vt in d. l. quia poterat. Et ratio Quartæ detrahendæ illa est, vt hæredes inuitentur ad adeundam hæreditatem, vt in §. sed quia, in Instit. de fideicommiss. hæred. non autem, quia cogi posset ad adeundum.

Iason Socino replicat, & Ripa Iasoni; Ripa inquam, in l. nemo potest, num. 44. de leg. 1. & mihi sanè videtur non bona responsio Socini, quia licet hęres compellatur damno & periculo fideicommissarij; multis tamen molestijs & periculis expositus est, licet ei sit cautum à fideicommissario, argum. l. cogi, §. si pater, ff. ad Trebell. ibi: *Non oportere sub incerto cautionis se committere.*

Altera diuersitatis ratio hæc est; quia dũ Iustinianus cauit Falcidiam prohiberi posse, sic ait: *Si verò expressim designauerit* (testator) *non velle hæredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam, & aut volentem eum parere testatori, forsan etiam quadam iustè & piè relinquentis, lucrum non in percipiendo, sed solummodo piè agendo habentem, & non videri lucro huiusmodi esse hæreditatem. Aut si parere noluerit, eum quidem recedere ab eiusmodi institutione, locum verò fieri, sicut dudum prædiximus, substitutis, & cohæredibus, & fideicommissarijs, & legatarijs, & seruis, & ijs, qui ab intestato sunt, & alijs secundum prius inuentam à nobis in talibus viam.*

Hæc ratio locum non habet in hærede fideicommisso grauato, quia datur tertium: quoniam cogi potest adire hęreditatem & restituere, vt dictum est. Itaque non in eo verificari potest illud dilemma. Aut adibit, aut repudiabit: quia si repudiare velit, cogi potest adire: quare pro compensatione talis incommodi dignus omninò esse videtur Trebellianicæ quadrantis commodo; sic enim facile adducetur ad hæreditatem adeundam absque vlla coactione, quæ causa fuit detractionis inducendæ, vt dictum est.

Ex quibus responsum patet ad argumentum contrariæ opinionis; & si enim magna sit similitudo Falcidiæ, & Trebellianicæ, aliqua tamen diuersitatis ratio inter vtramque considerari potest; & vt maximè in omnibus conuenirent, inhærendum iuri antiquo videtur, donec expresse sublatum sit, nec per vllam consequentiam, ac tacitam quandam interpretationem nobis licere debet illud emendare, ac tollere.

CAPVT V.

Quid in liberis primi gradus, vtrum in Trebellianica prohiberi possit à testatore.



Ontrouertitur præterea, vtrum filijs primi gradus Trebellianicæ detractio prohiberi possit. Etenim affirmant multi, quos latè refert ac probat Menoch. in consil. 272. lib. 3. Negant verò Baldus, Salycetus, & Corneus ad l. iubemus, C. ad Trebell. & multi alij, quos ipse Menochius commemorat, vbi supra, num. 33. Fundamentum affirmantis sententiæ illud est præcipuum, quod Trebellianicæ detractio prohiberi possit. Ex hoc enim

A sequitur, etiam filijs primi gradus prohiberi posse, in quibus nihil specialiter in contrarium constitutum est, & quibus pater legitimam portionem relinquere tenetur, ac de reliquis suis bonis pro libitu disponere, vt in Nouella de Triente & Semisse. Quod autem Trebellianicę detractio prohiberi possit, probatur ex §. si vero expressim, in Authent. de hæredibus & Falcidia argumento sumpto de Falcidia ad Trebellianicam, tum quia æquiparari videantur; tum quia sit eadem ratio in vtraque. Sed quoniam contrariam sententiam in præcedenti capite probaui, nimirum Trebellianicam, prohiberi non posse, & illud argumentum de Falcidia ad Trebellianicam improbaui, non video quo modo huic sententiæ assentiri debeam, aut passim. quare cum filiorum causa sit fauorabilior, quam aliorum hæredum, ac pro eis antiquarum autoritas legum pugnet, quibus constitutum est Trebellianicæ detractionem prohiberi non posse; quia nemo potest facere, quin leges in suo testamento locum
B habeant. l. nemo potest, de legat. 1. affirmantem sententiam valere iubeo: & negantem, quæ etiam communior est, in hac quæstione amplector.

CAPVT VI.

Vtrum Trebellianicę detractio prohibita esse intelligatur, cum testator alienationem bonorum prohibuit.



On assentior ijs, qui putant testatore prohibente bonorum alienationem, videri prohibuisse Trebellianicæ detractionem; Nam præter quam, quod illa prohiberi etiam expressè non potest, vt in capit. 4. concl. supra, illud accedit, quod sententia ista minus solido nititur fundamento. Nititur enim tex. Nouellæ Iustiniani sub titu. Vt sponsalitia largitas specialis sit contractus,
C &c. §. vlt. Verba textus hæc sunt: *Si quando autem aliquis testamentum faciat, & aliquam rem immobilem suæ familiæ, aut alteri cuiquam personæ nomine legati reliquerit, & specialiter dixerit, nullo tempore hanc rem alienari: sed aut apud hæredes, aut apud successores illius, cui relicta est permanere, in hoc legato iubemus Falcidiam legem locum penitus non habere; quoniam alienationem eius testator ipse prohibuit.*

Hic loquitur Imperator de Falcidia, quæ ad legata pertinet, & de re particulari legata alienari prohibita; non autem de generali prohibitione alienationis bonorum, quæ ex fideicommisso restituenda sint. Huc accedat, quod obseruandum est: Nam cum de una re particulari agatur, facilè concedi potest, ut ex ea non possit aliquid deduci Falcidiæ nomine, qui ex aliis rebus hæreditarius deduci poterit; quę ratio cessat, ubi generalis est prohibitio, tunc enim nulla ex re detractioni Falcidiæ locus esset, quod in obscura testatoris uoluntate dicen-
D dum non est. quare generalem illam conclusionem reijcio, quæ docet, prohibita alienatione censeri prohibitam Trebellianicæ detractionem, etsi autores habeat non paucos, quos refert Gabrielius commun. conclu. titu. ad Trebellia. conclus. 9. Mantica de coniect. ultimar. uolun. libro 7. titu. 12. Hippol. Riminald. in consil. 131. Et aliorum accedo sententiæ, qui docuerunt, ita demum ex prohibitione alienationis prohibitam hanc detractionem uideri, si de re particulari prohibita alienari agatur, quoniam ex alijs bonis detrahi poterit Trebellianica. ita docuerunt August. Berous in consil. 93. num. 15. lib. 2. Alciatus responso 113. lib. 9. Socin. iun. in consilio 170. libro secundo, Roland. à Valle in consil. 9. libro 4. Dom. meus Cephal. in consil. 320. nume. 43. libro 3. Mant. ubi suprà post numero secundo.

Aa CA-

CAPVT VII. A

Trebellianicam an fideicommissarius restituens alteri fideicommissario detrahere aliquando possit.



CVm secundus hæres, hoc est fideicommissarius, cui à primo hærede grauato hæreditas restituta est, eam restituit alteri fideicommissario, Quartam ex Trebelliano deducere non potest, l. si patroni, §. qui fideicommissariam, ff. ad Trebell. causam adserunt Iason ad l. 1. §. denique, ff. eod. tit. & Ripa ad l. 1. §. sed & quoties, nu. 9. ff. eod. nisi proponatur ex facto, primum hæredem, qui restituit Quartam, ideo non detraxisse, quòd eam donare volebat fideicommissario; tunc enim fideicommissarius postea restituens hæreditatem sequenti fideicommissario, iustè eam detrahit, l. 1. §. denique, ff. ad Trebell. In his omnes conueniunt. Illud controuersum est; an B in dubio præsumatur hæres totam hæreditatem restituendo, absque vlla detractione, donare voluisse huiusmodi Quartam fideicommissario, cui hæreditatem restituit. Et Bar. in d. l. 1. §. denique, ff. ad Trebel. quem ibi multi alij sunt secuti, affirmat donare voluisse, & hanc coniecturam donationis hoc in casu sumendam ex illa Iuris Regula. Qui scienter indebitum soluit, donare præsumitur, l. 1. ff. de condict. indeb. l. cuius per errorem, de reg. iuris. Hic autem hæres scienter indebitum soluit, quia totam restituit hæreditatem, cùm tamen Quartam retinere posset.

Sed contraria sententia mihi magis probatur, quam amplexi fuere Castrensis, Iason, Ripa, & Ruinus in Cômentarijs d. l. 1. §. denique, ff. ad Trebell. Fundamentum est satis firmum, in l. si sponsus, §. si quis rogatus, ff. de donat. inter virum & vxorem. Vlpianus: *Si quis rogatus sit percepta certa quantitate vxori suæ hæreditatem restituere, & is sine deductione restituerit, Celsus lib. 10. Digestorum scripsit, magis pleniore officio præstandæ fidei functum maritum, quam donasse videri; & rectam rationem* C *huic sententiæ Celsus adiecit: quod plerique magis fidem exoluunt in hoc casu, quam donant: nec de suo putant proficisci, quod de alieno plenius restituunt, voluntatem defuncti secuti, nec immeritò: sæpè enim credimus aliquid defunctum voluisse, & tamen non rogasse. Quæ sententia habet rationem magis in eo, qui non erat deducta Quarta restituere rogatus, & tamen integram fidem præstat omisso Senatusconsulti commodo.*

Respondet Alexander, dictionem *Magis* comparatiuè ibi accipiendam, non electiuè, quasi maritus etiam donasse videatur, sed tamen magis fidem impleuisse. Non rectè; quia nullo modo donasse maritus intelligitur, vt patet ex verbis textus. Præcipua enim intentio spectanda est, l. si quis nec causam, ff. si certum petatur, quæ fuit exequendi voluntatem testatoris, vt ibi dicitur.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo: Regulam, quæ adseritur ex l. 1. ff. de condict. indeb. locum D habere; cùm nulla alia potest capi coniectura; secus si alia capi possit coniectura, vt in hac specie, illa nempe, vt hæres totam restituens hæreditatem, Quarta non detracta, hoc fecisse videatur, quo pleniore officio præstandæ fidei fungeretur. Etsi enim totam hæreditatem non teneatur restituere, ex quadam tamen obligatione naturali tenetur, quæ facit, vt solutum non repetat, l. 1. C. ad legem Falcid. Et declarat Guido Papæ, ad l. 1. num. 24. de leg. 1. Iason ad l. cum quis, C. de iuris, & facti ignorant. quare coniectura donationis, cùm alia iam subsit, cessare debet ex tradi- tis per Decium ad leg. donari, de regulis iuris.

CAPVT VIII.

Quartæ Trebellianicæ detractio sit ne fienda ex tota hæreditate defuncti; an verò ex eo quod superest, deductis legatis.



EXemplum est; Paterfamilias habet quadringenta, legauit centum, cætera per fideicommissum restitui ab hærede mandauit. Hæres Quartam ex Trebelliano deducit, quæritur, sit ne ex tota hæreditate deducenda, & sic ex quadringentis, quo casu centum detrahentur; an verò ex trecentis tantùm, quæ legatis deductis supererant.

Respondeo, adhibendam esse distinctionem, quæ sequentibus continetur Conclusionibus. Prima Conclusio. Hæres purè rogatus restituere hæreditatem, Quartam ex Trebelliano deducet habita ratione totius hæreditatis & quantitatis bonorum, quæ reperitur: non autem ex eo, quod superest, deductis legatis: & ideo secundum supradictam hypothesim centum detrahere poterit. Huius conclusionis duplex ratio adferri potest. Prima, quia legatorum onus non ad hæredem grauatum, sed ad fideicommissarium, cui restituta est hæreditas, spectat, l. 1. §. vlt. ff. ad Trebell. l. vlt. C. eod. tit. Sed si Quarta deduceretur ex eo, quod superest, deductis legatis, hæres aliquo modo sentiret onus legatorum; quia ipsius Quarta ex eo esset diminuta: ergo ex tota quantitate deduci debet eiusmodi Quarta Trebellianica. Altera est ratio; quoniam hæres grauatus restituere potior est legatarijs, quantum ad suæ Quartæ detractionem, l. Titia, ff. ad legem Falcid. & declarat optimè Ripa, ad l. 1. §. is qui quadringenta, num. 4. ff. ad Trebell. Sed si legata prius deducerentur, ac ex residuo Trebellianica deduceretur, ipsa Trebellianica diminueretur propter legata, vt patet: Igitur ex tota quantitate patrimonij deducenda est, non ex residuo. Et ita respondit Crauetta in consil. 16.

Secunda Conclusio; Cùm fideicômissum est purum, sed legata nominatim ab ipso hærede grauato relicta sunt, tunc non ex tota hæreditate, sed ex eo, quod superest, legatis deductis, detrahenda est. Ita respondit Crauetta in consil. 16. post Rotam Romanam, quam citat decisione 870. Quædam mulier, in antiquis. Fundamentum est; quia cùm legata ab hærede relicta sunt, onus soluendi ad fideicommissarium, sed ad hæredem ipsum grauatum spectat, l. Marcellus, ff. ad Trebell. Ergo non debet fieri deductio Trebellianicæ ex tota summa: quia id oneraret fideicommissarium.

Sed vt huic sententiæ non accedam, duæ rationes sunt in causa. Vna, quia etiam in casu, quem mox subijciam, testator noluit ad fideicommissarium onus legatorum spectare, & tamen hæres grauatus ex omnibus bonis habet Quartam, non autem ex fideicômisso dumtaxat. Altera est ratio; quia non est in potestate testatoris, vt hæredi præiudicet quoad Quartam ei debitam, onerando eum legatis. l. 1. ff. ad legem Falcidiam, quod si superior sententia obtineret, liceret testatori legatis nominatim ab hærede datis ita hæreditatem exhaurire, vt vel nihil, vel minimum ex hæreditate commodum hæres consequeretur, & ex fideicommisso quod restitueret. Ipse igitur opinor idem hoc in casu statuendum, quod in sequenti, vt quia testator onus legatorum spectare noluit ad fideicommissarium, ex omnibus bonis Quarta ex Trebelliano detrahatur contributione facta à legatarijs, & à fideicommissario; quam sententiam probat textus in l. 2. ff. ad Trebellianum, vt notat ibi Iason, nume. 5. & 10. & in l. Marcellus, quæ est l. 3. & ibi Castrensis notat, eodem titulo. Verba legis hæc sunt: *Marcellus autem apud Iulianum in hac specie ita scribit, si ad hæredis onus esse testator legata dixerit, & hæres sponte adiit hæreditatem, ita debere computationem Falcidiæ iniri, ac si quadringenta per fideicommissum essent relicta: trecenta verò legata, vt in septē partes trecenta*

diuidantur, & ferat quatuor partes fideicommissarius, tres partes legatarius,&c. His verbis patet, heredem centum salua habere, & reliqua trecenta diuidi inter legatarios,& fideicommissarium, qui contribuere dicuntur; quia minus accipiunt, quàm eis sit relictum. Testator.n. in ea specie quadringenta habebat, & trecenta legauit; trecenta diuiduntur in septem partes, quarum tres legatarius, quatuor fideicommissarius habet.

Tertia Conclusio; quoties deductis legatis hæreditatem restitui testator voluit, quarta Trebellianica non ex fideicommisso tantum deducitur, sed ex vniuersis bonis, & ex legatis, l. Marcellus, §. idem Pomponius, ff. ad Treb. cuius verba hæc sunt: *Idem Pomponius scribit, si deductis legatis restituere quis hæreditatem rogetur, quæsitum esse, vtrum solida legata præstanda sint, & quartam è solo fideicommisso detrahere possit; an verò & ex legatis, & ex fideicommisso quartam detrahere possit, & refert Aristonem respondisse ex omnibus detrahendam, hoc est, vt ex legatis, & ex fideicommisso.*

Quarta Conclusio, quoties hæres rogatus est hæreditatem restituere, non purè sed sub conditione, de fideicommisso solo quarta Trebellianica detrahenda est, secundum Bart. in l. Marcellus, §. idem Pomponius, ff. ad Trebell. Crauettam cons. 16. Ancharan. quæst. famil. 6. D. meum Cephalum, in cons. 189. lib. 2. & 423. lib. 3. qui & alios citant. Sed contrarium docuerunt Salyc. Socin. sen. Paulus Castrens. & Iason, in d. §. idem Pomponius, nempe, deducendam quartam, & ex fideicommisso, & ex legatis. Quam ob rem videamus vtriusque sententiæ argumenta, eaque, vt decet, expendamus.

Prioris sententiæ argumenta hæc sunt: Primum ex l. pen. §. 1. ff. ad leg. Falcid. vbi quarta detrahitur ex solo fideicommisso, non autem ex legatis alimentorum; & ratio adferri potest: quia hæc videtur esse voluntas testatoris, dum legata purè relinquit, & fideicommissum sub conditione.

Secundum argumentum est; quia cum fideicommissum est conditionale, vt sciatur quid, & quantum hæredi debeatur pro sua quarta, expectandum est tēpus euenientis conditionis, non autem tempus mortis testatoris, l. sed etsi in conditione, §. solemus, ff. de hæred. instit. Cum ergo tempore conditionis euenientis soluta sint legata, ex solo fideicommisso, quod tunc superest, detrahenda esse Trebellianica videtur. Huc accedat, quòd tanta esse possunt legata, vt si ex legatis, & simul ex fideicommisso quarta sit deducenda ab hærede, is quandoq; plus sit habiturus, quàm ille cui restituere iussus est hæreditatem, quod videtur esse cōtra mentem testatoris, qui plus fideicommissarium dilexit, quàm hæredem.

Tertium argumentum. Verba debent accipi eo respectu, quo prolata sunt (sunt verba Crauettæ) l. debitor, §. vlt. ff. ad Treb. Sed Trebellianicæ detractio consideratur, ac inducitur à lege respectu bonorum, quæ ex fideicommisso sunt restituenda, non aliorum; ergò debetur habita ratione dictorum bonorum duntaxat, quæ restituenda sunt, non etiam aliorum, quæ non sunt restituenda.

Quartum argumentum. Trebellianica, & fideicommissum vniuersale, correspectiua sunt; quia cessante dicto fideicommisso, non est dare quartam Trebellianicā; sed ea, quæ sunt correspectiua (inquit Crauetta) non debent diuerso iure censeri, l. etiam, §. ex causa, ff. de minorib. Diuerso autem iure censerentur, si Trebellianicę detractio minueret fideicommissum. Hoc autem accideret, si deducēda esset tam ex fideicommisso, quam etiam ex aliis bonis.

Quintum argumentum Crauettæ. Quælibet dispositio restringitur ex causa finali, l. cum pater, §. dulcissimis, de leg. 2. Sed causa inductiua detractionis Trebellianicæ est fideicommissum tantum, ergò deduci debet ex fideicommisso tantum.

Postremum argumentum; Priuatio, inquit Crauetta, præsupponit habitum, l. decem, ff. de verbor. obligat.

A Igitur lex permittens detractionem Trebellianicæ, intelligi debet de bonis existentibus tempore ipsius detractionis, non de aliis, quæ non sunt in hæreditate, puta de legatis iam solutis: nec enim est verisimile legem voluisse eam detractionem fieri ex bonis, quæ non sunt in hæreditate, & restitui non debent.

Sed istis nil morantibus contrariam sententiam probabiliorem esse iudico. Moueor primum ex d. l. Marcellus, §. idem Pomponius, vbi disertè dicitur, quartam esse deducendam tam ex legatis, quàm ex fideicommisso. Et licet non agatur ibi de fideicommisso conditionali, nulla tamen adferri potest ratio, cur in conditionali fideicommisso aliter sit respondendum.

Secundò, moueor ex l. ita tamen, §. hæres ex asse, ff. ad Treb. vbi fideicommissum partim erat purum, & partim conditionale, & tamen quarta detrahitur tam ex fideicommisso, quàm ex legatis.

Tertiò, moueor hoc argumento. Certum est quartā,
B quæ hæredi debetur, auferri, aut minui non posse per legata, l. 1. ff. ad legem Falcid. Sed si ex fideicommisso duntaxat, non etiam ex legatis detrahenda esset quarta, illa per legata minueretur; Esset enim in arbitrio testatoris tot legatis onerare hæreditatem, vt in fideicommisso minima esset pars bonorum; atque ita efficere contra legem Falcidiam, vt quartam partem hæres non haberet; Ergo tam ex fideicommisso, quàm etiam ex legatis deducenda est Trebellianica.

Respondet Crauetta, absurdum videri legatorum solutionem factam ante restitutionem fideicommissi ex casu superueniente irritari, nempe, ex restitutione fideicōmissi postea facta. Et ad leges allegatas respondet, eas locum habere, vbi constat de voluntate testatoris, puta, cū voluit legata omnia æqualiter præstari tam pura, quàm conditionalia; Sed non constat, testatorem hoc voluisse, vt legata diminuerentur iam soluta propter Trebellianicæ detractionem.

C Respondeo, solutionem legatorum legitimè factam non irritari, sed diminutionem fieri pro rata, propter quòd etiam cautio præstari solet à legatariis de restituendo, si quid plus acceperint, quàm per legem Falcidiam liceret, vt in d. l. Ita tamen, §. hæres ex asse, ff. ad Treb. & in l. 1. §. si legata, ff. si cui plus quàm per legem Falcid. Quod verò Crauetta subdit de testatoris voluntate, nihil mouet: quia nullum verbum in d. §. idem Pomponius, apparet, ex quo illa voluntas testatoris deprehendatur, ve videlicet legata diminuerentur propter quartæ detractionem.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ, ex l. pen. §. 1. ff. ad legem Falcid. respondeo, nihil fuisse pro alimentis in ea specie legatum, sed à testatore debebantur alimenta, & in consequentiam ab hærede; sicuti optimè declarat ibi Paulus Castrensis, & Socinus in d. §. idem Pomponius; nec repugnant, immò fauent huic interpretationi verba textus.

D Quod verò dicitur eam videri testatoris voluntatem, vt ex solo fideicomm. Trebellianica deducatur; quia legata purè, & fideicommissum sub conditione reliquit, nihil obstat; quia non licet testatori, etiamsi velit, minuere legatis quadrantem hæredis, vt in l. 1. ff. ad leg. Falcid. vt iam suprà diximus. Nisi expressè detractionem Trebellianicæ fieri prohibeat, in qua specie nec versamur, & fortassè idem respondendum est, ex traditis suprà, capit. 4.

Ad secundum, nego inspiciendum esse tempus euenientis conditionis. Est enim potius tempus mortis spectandum, vt in l. in quantitate, ff. ad leg. Falcid. §. cum ratio, in Instit. eod. tit. *Cum ratio*, inquit, *Falcidiæ ineitur, quantitas bonorum, quæ erat tempore mortis, attenditur.* Nec contrarium probat l. sed etsi conditioni, §. solemus, ff. de hæred. instit. licet perperam à Crauetta adferatur. Porrò, cum legatis erit hæreditas grauata, tunc non ex solo fideicommisso fit deductio, sed contribuunt, etiam legatarii, adeò, vt illud absurdum non sequatur; quia

hæres quartam habebit: inter fideicommissarium verò A & legatarios distributio fiet, vt in l. 2. & 3. ff. ad Treb. & in d. §. Idem Pomponius; Et in summa, si tot legatis onerabitur hæreditas, si modò non vltra dodrantem, non poterit fideicommissarius conqueri, quia testatori licuit ita disponere.

Ad tertium argumentum, concedo Trebellianicam respectu fideicommissi, & sic respectu bonorum, quæ fideicommisso subiecta sunt, considerandam, & ideò cum simul ex legatis, & ex fideicommisso Quarta deducitur, dicimus quidem eam deduci tam ex fideicommisso, quā ex legatis, sed non eodem iure. Nam quatenus ex fideicommisso detrahitur, hoc fit autoritate Trebelliani, quatenus ex legatis, id ex lege Falcidia concessum est, licet quantum ad modum loquendi totam deductionem, quę & ex fideicommisso, & ex legatis fieri dicitur, appellemus Trebellianicam: neque enim multum refert, quo pacto loquamur, si res ipsa intelligatur, & subsistat. Quæ responsio valet ad quartum, & quintum argumentum B etiam.

Ad vltimum argumentum respondeo, legatis solutis actionem tamen superesse ad petendum id, quod solutū est, si cui plus quàm per leg. Falcidiam solutum fuerit ex cautione ob id præstita; qui autem actionem habet, rem ipsam habere videtur, l. qui actionem, de reg. iuris.

CAPVT IX.

Fructus in Trebellianicam sintne imputandi, cum versamur in liberis primi gradus qui præter Trebellianicam etiam legitimam detrahunt?

IMperatoris Zenonis clara extat Constitutio in fauorem edita liberorum, qui hæreditatem restituere rogātur, vt quartam partem ex Trebelliano detrahant, in quam fructus antea percepti non imputentur, in l. iubemus, C. ad Tre C bell. Sed controuersia est: Cum filius detrahit non solum Quartam Trebellianam, verum etiam legitimam, sitnè illi Constitutioni locus. Et non esse locum responderunt Paulus Castrensis, ad l. scimus, C. de inoffic. testam. & in cons. 188. lib. 2. Alexand. in l. Mulier, §. cum proponeretur, ff. ad Treb. & alij multi apud Antonium Gabrielium, lib. 4. Comm. Concl. tit. ad Trebellianum, Concl. 1. nu. 10. quibus adde Dominum meum Cephalum in cons. 153. nu. 70. lib. 2.

Fundamentum est, quia filius hoc in casu legitimam detrahit tanquam filius; Trebellianam verò tanquam extraneus, vt patet ex c. Rainaldus, de testam. ibi: *Nec non Quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus restitutione grauatus deducere potuisset.* Sed extraneus in Trebellianicam fructus imputat, vt constat inter omnes: ergò & filius imputare debet hoc in casu, quo loco extranei habetur.

Sed contrariam sententiam amplexus est Bartolus, ad D l. quod de bonis, §. quod auus, ff. ad legem Falcid. & ibid. etiam Alexander, & multi alij, quos commemorat Gabrielius loco proximè citato, nu. 2. quibus & ipse assentior; & addo Couuar. ad c. Rainucius, §. 11. nu. 8. de Testam. Menoch. de arbitr. iudicum, Casu 256. nu. 35.

Probatur hæc sententia ex l. iubemus, C. ad Treb. vbi apertè constitutum est, fructus in Trebellianicam non imputari in liberis primi gradus, sicut nec in legitimam imputantur, ex l. scimus, §. repletionem, C. de inoffic. testam. Item probatur hæc sententia ex c. Rainucius, de testam. vbi patet, fructus non imputari in Trebellianicam, nisi à tempore litis contestatæ, & nulla fit mentio fructuum antea perceptorum à grauata filia, quod videlicet imputari debeant, quod sanè par erat exprimere, si imputari debuissent.

In his itaque legibus, cum sit optimè fundata hæc sententia, ad contrariæ sententiæ argumentum ita responderi potest, negando filium, quartā Trebellianicam deducere tanquam extraneum: nec enim id verum est, nec Summus Pontifex id dicit in d. c. Rainucius. Cum filius restituere rogatus est, legitimam saluam habet, quæ in restitutionem non venit, quia nec grauari potest, & filio debetur absque omni onere, atque adeò illam detrahit. Trebellianicam verò etiam detrahit, sed non tanquā extraneus, sed hac ratione; quia omnis, qui restitutione grauatus est, etiam si sit extraneus, quartam detrahit; Ergò multò magis filius, qui non est extraneus, si restitutione grauatus sit, illam potest detrahere: Hæc est Pontificis Maximi sententia, dum dixit: *Quam quilibet extraneus restitutione grauatus,* &c.

Non obstat, si dicatur, Zenonem in d. l. iubemus, loqui, quando filius dodrantem restituit, & sic in eo casu, quo vnam tantum quartam detrahit; quia, respondeo, Zenonis tempore non fuisse constitutum legitimam excipiendam esse de restitutione: Id enim postea Iustinianus statuit in Nouella de restitutionibus, & ea, quæ parit, vt suprà disputatum est latè hoc eodem lib. c. 2. Quare Zeno meritò præsupponit dodrantem restitui. Cum igitur postea constitutum fuerit, vt legitima excipiatur de fideicommisso, nec filijs ademptum fuerit beneficiū, quod extraneis ēt competit, Trebellianam consequendi, & fructus in eam nō imputandi, certè nihil proponitur, cur Zenonis Constitutio ēt hoc tempore manere nō debeat in suo robore, quo filij præter quartam Trebellianam ēt legitimam, ex restitutione meritò excipiunt, atque deducunt. Quod. n. non mutatur, cur stare prohibeatur, l. præcipimus, C. de appellationib. atque ita sentio.

CAPVT X.

Alia explicatur controuersia ad interpretationem d. l. iubemus, C. ad Trebell. an fructus imputentur in Trebellianicam, quando filius restituere hæreditatem iussus est extraneo.

POstquam Imperator statuit in Trebellianicam fructus haudquaquā imputandos, quoties filius à patre rogatus est hæreditatē restituere cæteris filijs, & quædam alia de cautione non præstanda hoc in casu fideicommissorum præstandorum causa, tandem in §. vlt. d. l. iubemus, C. ad Treb. subiecit hæc verba: *Illud etiam admonemus, ea quæ de Falcidia portione, non per redhibitionem, sed per ipsas res hæreditarias retinenda, & de satisfactione fideicō missorum, sicut supra dictum est, concedenda diximus, non vlterius, quàm in iis personis, & casibus, quorum superius mentio facta est, oportere produci.*

Quæ verba controuersiam pepererunt. Nam aliqui ita sunt Zenonis legem interpretati, quæ de fructibus in Trebellianicam non imputandis est constitutum, ut locum non habeat, cum filius hæreditatem restituere rogatus est extraneo, vel alijs, qui non sint ex liberis testatoris, propterea, quod illa Constitutio ad alios casus, & personas produci non possit. Certum aūt sit, eam loqui; *Quoties pater vel mater filio seu filiæ, filiis vel filiabus hæredibus institutis inuicem, seu simpliciter quosdam ex iis, aut quendam rogauerit, qui prior sine liberis decesserit portionē hæreditatis suæ superstiti seu superstitibus restituere,* vt in principio legis habetur. Quare cum ad alios casus, & personas extendi id non possit, sequitur dicendum, extendi etiam non posse ad eum casum, quo filius vel filij non cæteris filiis, sed aliis extraneis puta, vel cognatis iussi sunt hæreditatem restituere.

Huius sententiæ autores commemorat latè Anton. Gabrielius, lib. 4. Comm. Concl. tit. ad Treb. Concl. 12. nu. 5. & simul ēt contrariæ sentētiæ refert assertores, quibus sanè ego potius assentior. Hæc. n. mihi vr esse Zenonis snia, vt Constitutio sua ad alias personas non extendatur; quia ad solos primi gradus eā ptinere voluit. Quamobrem alii, qui filiū nō sunt, restituere grauati, fructus intereà perceptos imputabunt in Treb. & in aliis casibus

locus

locus erit satisdationi fideicommissorum seruandorum gratia, cum videlicet persona rogata restituere hæreditatem non erit filius primi gradus, sed alius, quàm filius: Hæc interpretatio ideo mihi probabilior videtur, quia cum filius rogatur restituere hæreditatem extraneis vel cæteris, qui non sint filij testatoris, nulla est ratio, cur fructus tunc imputare debeat in Trebellianicam, immo minus tunc, quàm eo in casu, quo restituere debet filijs, imputare deberet: ne melioris sint conditionis extranei, quàm filij testatoris, quibus hæreditas restituenda est. Quare prior interpretatio nullam rationem habet, & verbis tantum nixa, verùm & rationi consentaneum sensum euertere non debet, quem posterior continet sententia, quam nos toto pectore amplectimur.

CAPVT XI.

Cùm pars hæreditatis legatur, vtrum in tali legato locum habeat lex Falcidia: an verò Trebellianum Senatusconsultum.



HAereditatis partem legari posse palam est ex l. mulier, §. vlt. ff. ad Trebell. Sed controuersia est; an, si vltra dodrantem hæreditas sit legatis onerata, Quartæ deductioni in tali legato sit locus secundum legem Falcidiam; an verò secundum Trebellianum Senatusconsultum. & Raphael Cumanus ac Socinus senior, ad Rubr. ff. ad Trebell. secundum legem Falcid. deductionem fiendam docuerunt, quorum sententia mihi verissima videtur. Falcidia enim locum habet in legatis, & Trebellianum in fideicómissis, vt dixit Imperator, in l. 2. §. Quintus, C. de veteri iure enucl. & patet ex §. sed quia, in Instit. de fideicommissar. hæred. Ergo in legato partis hæreditatis locũ habebit lex Falcidia, non Trebellianum Senatusconsultum. Semper enim locus est Falcidiæ, cùm vltra dodrantem legata dantur, l. 1. ff. ad leg. Falcid. Huc accedat, quod textus dixit: *Quantam quisque pecuniam cuique legare volet, ius potestasq́; esto, dummodo ita detur legatum, vt apud hæredem quarta pars hæreditatis remaneat.* Pecuniæ autem appellatione omnes res continentur, & omnia iura, l. pecuniæ, ff. de verb. signif. l. vlt. C. de constit. pecun. & hæreditatem etiam contineri probat locus Marci Tulij 2. de legibus, vbi docet, ad quem pecunia patrisfamil. perueniret, teneri sacra eadem celebrare, pecunia ibi accipitur pro hæreditate.

Contrariam sententiam habuerunt Glos. & Castrens. ad Rubr. ff. & C. ad Treb. & Ruin. ibidem, Ripa ad l. in Quartam, non procul à principio, ff. ad l. Falcid. Vasquius de Successionum resolutione, lib. 2. §. 11. Fundamentum est, quia legatum partis hæreditatis videtur habere naturam fideicommissi; sicut enim in fideicommissarium, cui hæreditatis sit restitutio, transeunt iura hæreditaria, l. 1. l. restituta, ff. ad Trebell. ita & in huiusmodi legatarium hæreditatis, l. si quis seruum, §. vlt. de leg. 2.

Respondeo non esse bonam consequentiam. Habet legatum naturam fideicommissi: Ergo locus est Trebelliano. Nam legata & fideicommissa sunt exæquata, l. 1. de leg. 1. l. 2. C. Commu. de legatis, & fideicommiss. & tamen nemo dixerit in legatis locum esse Trebelliano, & in fideicommissis legi Falcidiæ.

Pro eadem sententia Ruinus adfert alia argumenta. Primum est, quod lex Falcidia ad particularia tantum legata pertineat, non autem ad vniuersalia, sicut est legatum hæreditatis, l. 1. ff. ad Treb. dum textus ait: *Explicito tractatu, qui ad fideicommissa singularium rerum pertinet*, &c. quasi significet tractatum Falcidiæ ad legata singularium rerum pertinere: non autem vniuersaliũ, qualis est pars hæreditatis. Respondeo, Iurisconsultum respexisse ad id, quod erat præcipuum. Nam in præcedentibus præcipuè egit de legatis particularibus; non tamen negari potest, quin & de vniuersalibus egerit in tit. de legatis. de cond. & demonstr. & in ipso tit. ad legem Falci-

A diam: In eo enim plurimę sunt leges pertinentes ad fideicommissa uniuersalia, & ad ipsum Trebell. Senatusc. accipiendo, vt sępe fit, Falcid. pro Trebelliano.

Secundum arg. est, quia in legatis vniuersalibus ratio cessat, ob quam Falcidia fuit inuenta. Nam cum hæres obligatus remaneret creditoribus, & omnia bona legatarijs dare deberet, recusabat hæreditatem adire, ideo lex Falcidia prohibuit ultra dodrantem legari. Hæc ratio cessat in legatis uniuersalibus; quia legatarius partis hæreditatis, obligatus est creditoribus pro rata, non autem hæres.

Respondeo, non eam fuisse causam introducendæ legis Falcidiæ; sed quia hæres pro nullo, vel minimo lucro recusabat hæreditatem adire, ideo sancitum est, vt Quartam habere possit, vt habetur in Instit. de lege Falcidia, in prin. Quæ ratio locum habet, siue legatis particularib. exhauriatur hæreditas, siue vniuersalibus: semper enim pro nullo, vel minimo lucro recusabit hæres adire, nisi
B Quartam obtineat, sicut lege Falcidia constitutum est.

Tertium argumẽtum, quia si locus esset legi Falcidię, in eam non imputarentur hoc in casu, nisi ea, quæ iure hæreditario hæres haberet, iuxta l. in quartam, ff. ad leg. Falcidiam. Sed hoc est iniquum; Nam cum hæres tali legato vniuersali oneratus non sit, pro eius rata obstrictus oneribus hæreditariis (illa enim in legatarium meritò transeunt) æquum esse videtur, vt in quartam omnia imputet, quæ etiam non iure hæreditario consequitur, sicut ea ratione in Trebellianicam imputari solent, quia uidelicet hæres grauatus fideicommisso, non est oneribus hęreditarius obstrictus, vt tradit Glo. in d. l. in quartam, ergo locus non erit in proposita specie Falcidiæ, sed potius Trebelliano Senatusc.

Respondeo, exploratum non esse, cur in Trebellianicam imputentur ea, quæ hęres consecutus est etiam non iure hęreditario; secus autem in Falcidiam. Rationem illam Glossæ multi damnant, & aliæ assignantur ratio-
C nes, vt per Ripam in d. l. in quartam, nu. 13. & 14. Immò vero nullam differentiam esse circa eiusmodi imputationem inter Falcidiam & Trebellianicam, probat Iacobus Cuiacius lib. 8. Obseruat. cap 4. de quo tamen inf. disseremus, cap. 15.

Postremum argumentum est; quia pecuniæ, verbum significat corpus, non autem ius, secundum Paulum Castrens. in l. nam quod, §. vlt. ff. ad Trebell. Text. autem in l. 1. ff. ad leg. Falc. dicit: *Quantam quisque pecuniam legauerit.* Ergo loquitur de corpore legato, non autem de parte aliqua hæreditatis: & consequenter in legato partis hæreditatis locus legis Falcidiæ non est.

Respondeo, argumentum hoc esse contra l. pecuniæ, 222. ff. de verb. sig. vbi tex. dicit: *Pecuniæ nomine non solùm numerata pecunia, sed omnes res tam soli, quàm mobiles, & tam corpora, quàm iura continentur.* Immò & in d. l. nam quod, §. vlt. ff ad Trebel. pecuniæ, verbum, hæreditatem significat, & refert Alciat. ad d. l. pecuniæ, D. Au-
D gustinum in libro de doctrina Christiana, dicentem: *Totum quod homines in terra habent, & quorum domini sunt, pecunia dicitur; quia antiqui quod habebant, in pecoribus habebant.* Nec contrarium docet Castrensis à Ruino citatus in argumento, nec Bart.

Nec valet Ruini interpretatio, ac responsum, pecuniæ appellatione iura etiam contineri, cum generaliter, vel indefinitè verbum, pecuniæ, profertur; secus autem, cũ fit mentio partis pecuniæ. Nam, vt maximè uera sit hęc declaratio, certè in l. 1. ff. ad leg. Falcid. textus loquitur generaliter, pecunia: *Quantam quisque pecuniam legauerit*, &c. Quod lanè verbum, pecunię, si non etiam iura comprehenderet, legi Falcidię fraus fieri posset: cum uidelicet quis legaret vltra dodrantem iura hęreditatis. Hoc autem absurdum est, & contra tex. in l. 1. §. non solùm, ff. ad leg. Falcid. Denique, si pecunię, verbum, generaliter prolatum iura etiam complectitur, verbum pars pecuniæ.

CAPVT XII.

Lex Falcidia vtrum habeat locum in fideicommissis singularibus.



Egem Falcidiam locum habere in fideicommissis singularibus, censuerunt Iason in Rubr. ff. ad Trebel. & ibidem etiam Ruinus, necnon Ripa, ad l. in quartam, non procul à principio, ff. ad legem Falcidiam, Vasquius de Successionum resolutione, lib. 2. §. 1. Fundamentum ponunt in l. 1. ff. ad Trebell. *Explicato* (inquit Vlpianus) *tractatu, qui ad fideicommissa singularum rerum pertinet, transeamus nunc ad interpretationem Senatusconsulti Trebelliani.* Quibus verbis indicat tractatū Falcidiæ, qui præcessit, ad fideicommissa singularum rerum pertinere. Huc accedat ratio. Nam antequam ex Pegasiano liceret Quartam ex fideicommissis detrahere, sine dubio detractio fieri potuit ex lege Falcidia, ne fideicommissis exhausta hæreditate, redderetur legis Falcidiæ elusoria Constitutio. Atque hæc extensio ad fideicommissa tanto magis admittēda videtur, quia fideicommissum venit legati appellatione, l. 2. de leg. 2. Et ratio legis Falcidiæ locum habet, etiam in fideicommissis particularibus. Hæc & similia profert argumenta Ruinus.

Verùm istis ego non assentior; existimo enim ex fideicommissis particularibus deductionem fieri secundum Pegasianum siue Trebellianum Senatusconsultum vnà cum Raphaele Cumano, & Barthol. Socino ad Rubr. ff. ad Trebell. Nam præterquam quod satis clarè Iustinianus dixit in l. 2. §. Quintus, C. de veteri iure enucl. Falcidiam locum habere in legatis, & Trebellianum in fideicommissis, extat hac de qua re agimus, locus præclarus in Institut. de fideicommissarijs hæredit. §. sed quia: *Sed quia*, inquit Iustinianus, *hæredes scripti cùm aut totam, aut pene totam plerunque hæreditatem restituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum, vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea Vespasiani Augusti temporibus Pegaso & Pusione Consulibus, Senatus censuit, vt ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est.*

His postremis verbis apparet, ex singulis rebus per fideicommissum relictis (hæc sunt fideicommissa particularia, de quibus nostra est disputatio) permissam fuisse eandem detractionem, quæ permittebatur ex vniuersalibus fideicommissis, quando scilicet vel totam hæreditatem, vel partem eius restituere hæres grauatus erat. Et quidem ex Pegasiano Senatusconsulto fuisse permissam, ad exemplum eius Quartæ, quæ detrahi ex legatis per legem Falcidiam poterat.

Respondet Iason, illa verba referenda esse ad legem Falcidiam, vt sensus sit; ex lege Falcidia permissam esse retentionem ex singulis rebus per fideicommissum relictis.

Sed contra repugnant verba textus, quibus apparet Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso & Pusione Cōsulibus, Senatum censuisse, vt qui rogatus esset restituere hæreditatem, Quartam ad exemplum legis Falcidiæ retinere posset, & eandem retentionem permissam fuisse, etiam ex singulis rebus per fideicommissum relictis.

Respondet secundo loco Ripa, ex singulis rebus per fideicommissum relictis permissam esse retentionem, scilicet ex singulis rebus particularibus contentis in fideicōmisso vniuersali, quo hæreditas restituenda est.

Non rectè, quia verba repugnant: Ait enim textus, *ex singulis quoque rebus per fideicommissum relictis*, quorum verborum sensus est, singulas res relictas fuisse per fideicommissum, non autem, vti in vniuersali fideicommisso comprehensas, præstandas esse.

A Tertiò respondet Vasquius, Iustinianum nō declarare, quonam iure ex singulis rebus per fideicommissum relictis, permissa sit illa Quartæ retentio; quare intelligendum hoc est iure legis Falcidiæ, non iure Pegasiani, quia textus dicit, *permissa est*, alias deberet dicere, *introducta est*.

Hæc responsio nihil valet; quia clara sunt verba textus, quibus dicitur eandem retentionem permissam esse ex singulis rebus per fideicommissum relictis, quæ permissa erat ex hæreditate per fideicōmissum relicta. Hæc autem ex Pegasiano fuit permissa, ad exemplum legis Falcidiæ; Et nulla est differentia, vtrum dicatur *retentio permissa est, an verò introducta est*, quia Pegasianum permisit, & simul introduxit Quartæ retentionem, ad exemplum legis Falcidiæ.

Ad argumenta contrariæ opinionis respondeo, quod attinet ad l. 1. ff. ad Trebell. Vlpianum respexisse ad præcipuam intentionē, & maiorem partem tractatus. Nam B & in præcedentibus titulis multæ sunt leges pertinentes ad fideicommissarias hæreditates, & contra in ipso tractatu Trebelliani multæ sunt leges pertinentes ad fideicommissa rerum singularum, quare non rectè sumi potest argumentum ex eo loco, legem Falcidiam pertinere ad fideicommissa singularum rerum; neque verò tanti hæc leuis coniectura facièda est, vt à verbis claris Iustiniani recedere debeamus.

Ad alterum argumentum respondeo, legem Falcidiā nec directè, nec per extensionem, siue interpretationem pertinuisse ad fideicommissa: tum, quia, cum lex Falcidia lata est, nondum erat ab Augusto autoritas data fideicomissis; tum, quia tunc non opus fuisset Pegasiano Senatusconsulto, quo ad exemplum legis Falcidiæ Quartæ retentio ex fideicommissis permissa est. Nec verum est appellatione legati fideicommissum contineri antiquo iure; sed iam propter exæquationem legatorum, & fideicommissorum verum est. Et quod dicitur, rationem C legis Falcidiæ locum habere etiam in fideicommissis conceditur. Nam & hæc fuit causa, vt ad exemplum eius retentio permitteretur ex fideicommissis.

CAPVT XIII.

Ut cesset Falcidia, an tacita prohibitio sufficiat.



Vm Falcidiam expresse prohiberi posse perspicuum fit ex Nouella de hæredibus, & Falcidia, illud in controuersiam venit, an tacita prohibitio sufficiat; an verò expressa requiratur. Tacitæ prohibitionis exempla sunt multa, puta si testator totam rem præstari mandauit, & absque diminutione. Et quidem tacitam hanc prohibitionem sufficere, autores sunt Alesander in consil. 5. lib. 3. Angelus Aretinus, in tractatu de testamentis, versicu. item sciens vires patrimonij. Boerius decis. 44. nu- D mero 31. Menochius alios citans, in consil. 374. nume. 14. lib. 3.

Fundamentū est, quia satis videtur expressum, quod ex mente & coniecturis colligitur, l. Gallus, §. 1. ff. de lib. & postum. Ripa ad l. 1. num. 50. ff. de vulgar. Tiraquel. de leg. Connubialib. Glos. 7. nume. 85. vers. expressum. Afflict. decis. 44. num. 15.

Cæterum Castrensis in Authen. Sed cum testator, C. ad leg. Falc. quem sequitur Hieronymus à Monte, q. 1. distinctione vtitur, vt si quidem verba testatoris necessariò prohibitionem inducant Falcidiæ, tunc sufficit, aliàs secus.

Verùm istis ego non assentior. Existimo enim tacitam prohibitionem non sufficere, sed expressam requiri, sicut Bartolus docet in §. si vero expressim, in Auth. de hæred. & Falcid. necnon Angelus ibidem. Oldradus in consil. 248. Socin. senior, in consil. 33. lib. 1. Socinus iunior, in consi. 170. nu. 24. lib. 2. Couuar. ad cap. Rainaldus, §. 3. num. 6.

Fun-

Fundamentum illud mihi solidum videtur, quod nititur tex. d. Nouellæ de hæred. & Falcid. cuius verba hæc sunt: *Hæc autem dicimus, vbi errans testator de sua substantia hoc agit, aut forte cum debuisset etiam ampliorem quantitatem hæredi relinquere, pro minore disposuit: Etenim etiam hoc errantis sententia est, & non pura & integra designationis. Si vero expressim designauerit, non velle hæredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam,*&c.

Ex his verbis ego sumo argumentum huiusmodi: Cum testator ita legatis onerat hæredem, vt debita portio apud eum non remaneat, præsumitur id fecisse per errorem, forte quod existimauerit, se plus in bonis habere, quàm haberet: Sæpè enim de suis facultatibus plus aliquando sperant homines, quàm in eis sit, vt in Instit. quibus ex causis manumittere non licet, ideo Falcidiæ locus est, si hæres inuentarium confecerit, vt in d. Nouellis. Sed hæc ratio locum habet etiam in casu, quo testator mandat integra legata præstari, & absque diminutione, & sic videtur tacitè prohibere detractionem, quę fit ex l. Falcidia; ergo & hoc in casu locus erit legi Falcidiæ, si hæres inuentarium fecerit, non obstante tacita prohibitione.

Assumptio argumenti facilè probatur. Nam si v. g. quis in bonis habeat cccc. & leget varijs personis vltra ccc. vel etiam vltra ipsa cccc. eaque legata integra præstari velit, sine dubio existimari potest errasse, & plus putasse in facultatibus habere, quàm re uera haberet. Hæc autem erroris præsumptio capienda est ex sententia Iustiani, & ideo necessaria est expressa prohibitio, vt statim subdit tex. dicens: *Si vero expressim*, &c.

Ad argumentum responsio patet, quia tacita hic non æquipollent expressis, propter errorem, qui præsumitur, sicut & aliàs nonnunquam accidere solet; vt expressa noceant, non expressa non noceant, l. nonnunquam, ff. de condit. & demonstr.

CAPVT XIV.

De interpretatione l. si hæres, §. item si Reipub. ff. ad legem Falcid.

DEcepti sunt interpretes antiqui in huius loci interpretatione, qui cum multa alia acutè viderint, non idcirco abijciendi sunt. Verba textus hæc sunt: *Item si Republicæ in annos singulos legatum sit, cum de lege Falcidia quæratur, Marcellus putabat tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad vsuras trientes eius summæ, quæ legata est, colligendas.* Arbitrati sunt vsuras trientes eas esse, quæ triennio sortem æquant, ac propterea legatis decem annuis idem esse dixerunt, ac si legata essent xxx. Non rectè: quia sunt trientes vsuræ, cũ quatuor pro centenario dantur. Est enim tertia pars vsuræ centesimæ, quæ est, cum duodecim in singula centena numerantur annuatim, hoc est, vnum singulo mense: solebant enim veteres singulis mensibus vsuras soluere, sicut latè explicat Alc. lib. 3. Dispunct. c. 1. Anton. August. lib. 2. emendationum, c. 11. num. 21. quod tamen Bartholomæus Socinus vnus ex antiquioribus non ignorauit, vt videre licet ex Commentarijs eius, in d. §. item si Reipub. Idem & posteriores postea adnotarunt. Duarenus, Cuiacius, Goueanus, Budæus, Connanus, & alij; quibus & nos adstipulari par est. Quare sic erit ratio ineunda, vt si quatuor annua Reip. relicta sint, perinde sit, ac si centum relicta essent: si octo, ac si ducenta, & sic deinceps ita supputando, vt semper quatuor reddant centum. Decem sac relicta annua, dicas legata videri ccl.

Hæc est sententia dicti §.

A

CAPVT XV.

Ad interpretationem l. in Quartam, ff. ad leg. Falcid. controuersiæ discutiuntur.

MArtianus: *In Quartam hæreditatis, quam per leg. Falcidiam hæres habere debet, imputantur res, quas iure hæreditario, non quas iure legati vel fideicommissi, vel implendæ conditionis causa accipit. nam hæ in Quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hæreditate restituenda, siue legatum, siue fideicommissum datum sit hæredi, siue præcipere, vel deducere, vel retinere iussus est: in Quartam id imputatur. Pro ea verò parte, quam accipit à cohærede extra Quartam, id est, quod à cohærede accipitur; sed etsi accepta pecunia hæreditatem restituere rogatus sit; id, quod accipit, in Quartam ei imputatur, vt Diuus Pius constituit. Sed & quod implendæ conditionis causa fideicom*

B *missum hæredi datur, in eadem causa esse admittendum, sciendum est. Si quid verò implendæ conditionis causa hæres accipiat à legatarijs, in Falcidiæ computationem nõ prodesse. & ideo, si certũ prædium legauerit defunctus, si quinquaginta legatarius hæredi dederit: centum legatis computationem fieri, & quinquaginta extra hæreditatem haberi, ne in Quartam ei computentur.* Hactenus ille.

Hic sunt quatuor potissimum controuersiæ; Prima, sitne admittendum, quod vulgo asseritur discrimen inter Falcidiam ac Trebellianicam, vt nimirum in eam imputentur ea duntaxat, quæ iure hæreditario hæres accepit; in istam verò etiam ea, quæ iure legati vel fideicommissi. Secunda, si admittendum sit hoc discrimen, quęnam ratio eius adferri queat. Tertia, utrum verba illa: *Pro ea verè parte, quàm accepit à cohærede,* &c. referenda sint ad Falcidiam, vel ad Trebellianicam, et si ad Trebellianicam referenda sint, quęnam sit eius decisionis ratio. Quarta ac postrema, an ea, quæ hæredi causa conditio-

C nis implendæ dantur, imputari debeant in Trebellianicam, nec ne?

Vide præter antiquos & recentes interpretes Alciat. lib. 6. Paradoxor. c. 4. Iacobum Cuiacium lib. 8. Obseru. c. 4. Anton. Goueanum, in Commentarijs d. legis, & li. 1. Animaduersionum, cap. pen. Franciscum Duaren. lib. 2. Anniuersar. disput. c. 10. Angelum Mattheacium lib. 2. de via & ratione iuris, c. 22.

Quod ad primam difficultatem & controuersiam attinet, Iacobus Cuiacius loco annotato, existimauit nullum esse discrimen hac in re inter Falcidiam & Trebellianicam, eo argumento, quod per omnia exæquata sint legata fideicommissis, l. 1. de legat. 1. quod intelligendum est, etiam respectu legis Falcidæ & Trebelliani seu Pegasiani Senatusconsulti: Et quia in Trebellianicam nõ imputentur ea, quæ iure legati vel fideicommissi capiuntur, vt probat l. filium, C. famil. herciscun. *Et quod ait l. in Quartam,* (inquit) *sed in fideicommissaria,* &c. *generalis*

D *sententia prioris explicandæ causa subiectum opinor, vt in fideicommissaria hæreditatis restitutione imputet hæres in Quartam ea, quæ præcipere, retinere, deducere iussus est, tanquam ex hæreditate ea capiat, & legatum siue fideicommissum ei datum pro sua scilicet parte; quoniam pro ea parte res legata iure hæreditario capitur: pro ea vero parte, quam accipit à cohærede, vt consequenter lex subijcit extra Quartam, id est, quod à cohærede accipitur, id, non imputatur in Quartam, quia iure legati capitur.* Hactenus Cuiacius.

Cæterum hæc sententia, sicut nec alijs, ita nec mihi placere potest. Etenim eam clarè refellunt uerba textus: ait enim Martianus: *In Quartam hæreditatis, quã per legem Falcidiam hæres habere debet, imputantur res, quas iure hæreditario, non quas iure legati vel fideicommissi,*&c. *Sed in fideicommissaria hæreditate restituenda, siue legatum, siue fideicommissum datum sit hæredi,* &c. *in Quartam id imputatur.*

His verbis aperta constituitur differentia, quantum

ad

ad huiusmodi, imputationem inter Falcidiam & Trebellianicam. Et quartæ Falcidianæ, in quam non imputantur ea, quæ iure legati vel fideicommissi hæres capit, statim opponitur quarta Trebellianica, in quam ea imputantur.

Nec valet argumentum Cuiacij, legata & fideicommissa exæquata esse; quia non sunt exæquata, quoad huiusmodi imputationem, sed in alijs, iuxta l. 2. C. commun. de leg. & fideicommiss. Nec quidquam probat l. filium quem, C. famil. hercisc. nullum verbum in ea lege, quod probet legata & fideicommissa in Trebellianicam non imputari.

Quod verò Cuiacius scribit illa verba, *sed in fideicommissaria*, &c. adiecta fuisse generalis sententiæ prioris explicandæ gratia, non videtur verum esse; nam posita sunt ad declarandam differentiam in hoc inter quartam legis Falcidiæ, & quartam Trebelliani siue Pegasiani Senatusconsulti, vt patet ex verbis ipsis, quæ satis clara sunt. Denique, quòd dicit hæredem fideicommissaria hæreditatis restitutione grauatum, imputare in quartam legatum, siue fideicommissum ei datum pro sua parte, quoniam pro ea parte res legata iure hæreditario capitur; pro alia verò parte non, quæ à cohærede capitur; quia iure legati capitur, istud, inquam, nihil obstat; quia satis est pro differentia constituenda inter quartam legis Falcidiæ, & quartam Trebelliani Senatusconsulti, in quartam legis Falcidiæ indistinctè non imputari, quæ iure legati vel fideicommissi hæres accipit: at in quartam Senatusconsulti imputari ea, quæ iure legati vel fideicommissi hæres accipit, saltem pro parte sua, licet nõ pro parte cohæredis. Quæ verò sit ratio, ad rem nunc non pertinet inquirere: nec tamen ea est vera ratio, quã affert Cuiacius, vt postea dicetur in tertię difficultatis seu controuersiæ examine.

Quod attinet ad causam seu rationem huius discriminis inter Falcidiam & Trebellianicam (quę secunda erat controuersia) dicam quid sentiam. Nam quid alii dixerint, longum & otiosum esset recensere in quęstione nõ nihil aliena à forensi vsu. Hanc opinor causam esse: quia hæredi grauato vltra dodrantem legatis, verba legis fauent, nec voluntas testatoris aduersatur. Declaro: Verba legis Falcidiæ statuunt, vt apud hæredem quarta pars hæreditatis remaneat, l. prima, ff. ad leg. Falcid. ergo si quid heres retinere præcipere possit, vel iure legati, aut fideicommissi accipere, id non imputabit in quartam hęreditatis; quia legatum, fideicommissum, & alia his similia, ab hæreditate differunt, nec continentur hęreditatis appellatione. Quare, cum debeat habere quartam partem hæreditatis, non hæc imputabit: quia hęc non sunt pars hęreditatis, sed ab hæreditate differunt. Non aduersatur voluntas testatoris; quia is non mandauit alicui dari, restitui, quæ hæredem iure legati vel fideicommissi, seu retentionis aut præceptionis habere voluit. At hæredi fideicommissaria hæreditatis restitutione grauato, vt maximè verba Senatusconsulti non repugnent, aduersatur tamen legis dispositio, & testatoris voluntas; Voluntas testatoris, quia dum voluit hæreditatem ab eo alijs restitui, voluisse quoque censetur eum restituere suam legati vel fideicommissi partem, l. in fideicommissaria, §. vlt. ff. ad Trebellia. vbi Vlpianus ita dicit: *Si legatum sit heredi relictum, & rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit, Cæterum, quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit. & id Diuus Marcus decreuit.*

Huius rei ratio est perspicua. Nam legatum pro parte ipsius hæredis non valet; quia à seipso sibi ipsi legari non potest. Remanet ergo in hęreditate, sed hæreditas est restituenda, ergo & id restituendum est, quod in legato continetur. Quia ergo restituendum est, merito in quartam imputari debet, dum retinetur siue accipitur ab hęrede.

Legis dispositio aduersatur hęredi, quia lex non consentit, vt legatum valeat, pro parte hęredis: Et ideo vult, vt in hęreditate maneat, & restituatur fideicommissario; aut si non restituatur, computetur ipsi hęredi in quartã; cum sit pars hęreditatis.

A At cum agitur de lege Falcidia, hęc ratio vim non habet: etsi enim legatum non valeat pro parte hęredis, illud tamen in hęreditate, nec alteri restituendum est. Et cum in hęreditate remaneat, nulli obnoxium restitutioni, cedit lucro hæredis, nec imputatur in quartam; quę alias ex hęreditate apud eum manere debet: Cum enim legatum sit nullum pro parte ipsius hęredis, illud accedit hęreditati aduentitio quodam iure; ipseque hęres illud consequitur tam ex uoluntate defuncti, quam ex legis dispositione, argumento l. qui filiabus, §. vlt. cum l. sequenti, de lega. 1.

Circa tertiam difficultatem omnis controuersia est in eo posita, quod superioribus verbis textus dixit, in fideicommissaria hæreditatis restitutione legata & fidei-

B commissa hęredi relicta in quartam imputari, & iam subdit pro ea parte, quam accipit à cohęrede, non imputari; quod videtur perinde, ac si diceretur legata non imputari; quia id, quod hęres accipit, à cohęrede dicitur accipere iure legati. Deinde oritur in eo controuersia, quod pro parte ipsius hęredis legatum vel fideicommissum imputandum esse uidetur, non solum in quartam Trebellianam, uerum etiam in Falcidiam; quia illud habet hęres iure hęreditario, non autem iure legati, siquidem pro parte ipsius hęredis grauati non ualet legatum, ut dictum est: quia nemo grauari potest, ut sibi ipsi soluat ac prępstet legatum.

Ad tollendam igitur omnem difficultatem Duarenus censuit illa uerba textus: *Pro ea uerò parte*, &c. non esse referenda ad quartam hęredis fideicommissaria hęreditate grauati, sed ad quartam, quæ per legem Falcidiam deducitur, quasi Martianus orationem conuertat ad eandem Falcidię legis quartam, dicens non imputari in

C eam id, quod à cohęrede accipitur. Sic enim cessabit omnis difficultas, vt patet.

Sed obstant huic expositioni legis uerba, sic enim habent: *Pro ea vero parte, quam accipit a coherede: extra quartam, hoc est, quod à coherede accipitur*. Hic modus loquendi pertinet ad declarationem eius, quod proximè dictum fuit circa imputationem. Nam cum proximè dixerit Iurisconsultus, in Quartam imputari, quę iure legati uel fideicommissi accipiuntur in fideicommissaria hęreditate restituenda, statim subdit declarationem, ac moderationem, ut scilicet id non intelligatur pro ea parte, quam accipit à cohærede: quia illud, quod à cohęrede accipitur, extra quartam est. Hęc sanè declaratio & moderatio applicari non potest iis, quę dixerat primum de lege Falcidia, quia dixerat Martianus imputari in eã quartam, ea duntaxat quę iure hęreditario percipiuntur, non autem, quę iure legati vel fideicommissi. Quę ergo aut necessitas, aut occasio erat subiiciendi hanc moderatio-

D nem siue declarationem, ut pro ea parte, quæ à cohęrede accipitur, id non esset in quartam eiusdem Falcidię imputandum? Nam quę iure legati percipiuntur in quartam dictę Falcidię legis non imputantur; Quod autem à cohærede accipitur, sine dubio iure legati, uel fideicommissi accipitur: Non ergo erat necesse id exprimere, & quidem in modũ declarationis & limitationis, nempe, *pro ea vero parte*, &c.

Puto igitur illa uerba: *Pro ea vero parte*, &c. pertinere ad Trebellianicam, & referenda esse ad id, quod proximè dictum erat, de quarta hęredis, qui restituere hęreditatem sit grauatus, tempereturque ijs uerbis sententia supra dicta, ut nimirum in quartam, quam deducit hęres restituere grauatus, imputentur quidem ea, quę iure legati, uel fideicommissi accipit hęres, non tamen pro parte cohęredis, sed pro sua duntaxat parte. Ex qua interpretatione nullum sequitur absurdum. Neque enim absurdum est aliquid generaliter asserere, deinde exceptione addita illud restringere ac temperare. Quod uero dicebatur

bamr etiam in quarta Falcidiana idem statuendum esse, vt nimirum pro parte cohæredis data non imputentur, pro parte verò ipsius hæredis grauati imputari debeant, quia id iure hæreditario percipitur, nullo modo concedendum est: quia Martianus in eo constituit differentiã inter quartam Falcidiæ legis & Trebellianam, vt in eam absolutè non imputentur legata vel fideicommissa: in istam verò imputentur pro parte ipsius hæredis grauati. Nec obstat, quod pro parte ipsius hæredis non videantur iure legati vel fideicommissi accipi, sed iure hæreditario, quia legatum non valet. Nam etsi non valeat legatum pro parte ipsius hæredis, non tamen pars hæreditatis, vel hæreditas dici potest, aliud enim esse legatum, aliud hæreditatis portionem indicat, l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebellian. ibi: *Quia non portionem hæreditariam testator commemorauit, sed simpliciter portionem.* Idem probat l. si Titius ex parte, de leg. 3. & l. Titia, ff. ad leg. Falcid. lex autem Falcidia hoc voluit, vt quarta pars hæreditatis apud hæredem maneat. Eiusmodi legatum vel fideicommissum cedit lucro ipsius hæredis, tanquam ei adueniens ex voluntate testatoris, vt supra dictum est.

Et ratio huius rei hæc est: quia etsi legatum non valeat, non tamen sicut in fideicommissaria hæreditate restituenda debet alicui restitui, sed potius accrescit hæredi ac proinde legatarijs ad legem Falcidiam prodesse nõ potest. Prodesset autem, si in Falcidiam imputaretur.

Restat postrema controuersia ac difficultas, illa verò hæc est: Dicit Martianus fideicommissum heredi relictũ causa conditionis implendæ in quartam ex Trebelliano imputari. Contra Martiani eiusdem pugnat responsum, in l. in ratione, §. tametsi, ff. ad l. Falcid. vbi de Falcidia, quam pro Trebellianica ibi sumit, ita scribit: *Tametsi ante legis Falcidiæ rationem, quæ conditionis implendæ causa hæredi sunt data, in quartam non computantur,* &c.

Respondet Iacobus Cuiacius, illa verba in l. in quartam, *Sed & quod implendæ conditionis causa,* &c. Spuria esse, & non extare in Basilicis, quod ego sanè, vt credam, facilè adduci patior: Primum grauissimi Doctoris Cuiacij testimonio & autoritate. Deinde, quod nullum suppetat argumentum, quo duo illa Martiani loca conciliari possint. Nam quæ scribit Alciatus lib. 6. Paradoxor. ca. 4. explicant quidem illa verba, sed non conciliant, cum l. in ratione, §. tametsi. Tertiò, quoniam post illa verba: *Sed & quod implendæ conditionis causa,* &c. Statim Martianus subdit, in d. l. in quartam: *Si quid vere implendæ cõditionis causa,* &c. Quæ sanè verba manifestè indicant superius nihil dictum fuisse de eo, quod heredi datur causa conditionis implendæ. Hanc postremam coniecturã habeo ex Huberto Giphanio, viro Clarissimo & honorando Collega meo, cuius eruditionem singularem, & iudicium acerrimum semper magni æstimare soleo. Sed hæc sufficiant de his.

CAPVT XVI.

Prælegata an veniant in restitutionem fideicommissi?



Explodenda distinctio est antiquis probata Doctoribus, sed recentioribus damnata. Aut præcessit prælegatum, & subsecuta est heredis institutio, & fideicommissum, & tunc in restitutionem venit etiam prælegatum: aut præcessit hæredis institutio & fidicommissum, & postea prælegatum est, & tunc non venit. Nam nec prudentum Responsa, quę de his loquuntur speciebus, ratione pręcedentis vel subsequentis fideicommissi vtũtur, & nullum prorsus illa distinctio solidum fundamentum habet. Vis videre? Primum audi Vlpianum in l. Marcellus, §. Quidam liberis, ff. ad Trebellian. *Imperator noster* (inquit,) *rescripsit præceptiones quoque fideicommisso contineri: quia non portionẽ hæreditariam testator cõ-* A *memorasset, sed simpliciter portionẽ: in portionẽ autẽ & præceptiones videri cecidisse.* Audi eundem in l. in fideicõmissaria, §. vlt. ff. eo. tit. *Si legatum sit hæredi relictum* (inquit) *& rogatus sit portionem hæreditatis restituere: id solum non debere eum restituere, quod à cohærede accepit: Cæterum quod à semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit, & id D. Marcus decreuit.* Vides ex his Vlpianum distinguẽtem, vtrum quis portionem suam, an portionem hæreditatis rogatus sit restituere. Priore in casu pręlegata veniunt in restitutionem, posteriore non item. Ratio est; quia hęreditatis appellatione neque legata, neque fideicõmissa continentur, vt in l. si Titius ex parte, de lega. 3. Si tamen quis rogetur restituere quicquid ex hęreditate ad eum peruenerit, pręlegata quoque restituet, vt in l. cum virum, C. de fideicommiss. Denique ex coniectura volũtatis quęstio ista pendet, ut patet ex l. cum pater, §. fidei tuę, de leg. 2. ex l. Titia, ff. ad legem Falcid. & ex alijs legibus, ex quibus nullam inuenias, quę antiquorum distin- B ctioni faueat, vt meritò reiecta sit à posteriorib. vt dixi; Vide Dom. meum Cephalum, in cons. 259. lib. 2. Dominum meum Decianum, in cons. 41. num. 147. lib. 1. ante eos Decium, in cons. 80. Sociu. iun. in consil. 107. lib. 3. & post istos Manticam, de coniecturis vltimar. volunt. lib. 7. tit. 7. num. 1.

Sed controuersia est in foro celebris ac frequens: Testator Titio & Caio prælegata dedit. Postea *in omnibus alijs bonis* eos hæredes instituit: & si absque liberis decesserint, Sempronium eis per fideicommissum substituit. Quæritur vtrum eueniente conditione, Sempronio restituenda sit hæreditas vna cum prælegatis; & sic vtrum in proposita specie substitutus Sempronius etiam prælegata petere possit? Et prælegata restituenda non esse, neque fideicommisso contineri illis verbis ordinato, respõderunt Iason in cons. 171. lib. 4. Parisius, in consi. 79. nu. 21. lib. 2. Socinus iunior, in cons. 107. num. 45. lib. 3. & in cons. 89. lib. 4. Alciatus, in cons. 480. num. 56. Aemilianus C in cons. 39. & cons. 44.

Fundamentum est, quia institutio & substitutio refertur in hac specie non ad omnia bona testatoris, sed ad alia bona, quæ deductis legatis supersunt. Sic enim testator post legata data dixit: *In alijs autem bonis instituo & substituo,* &c. Si in alijs bonis; Ergo non in illis, quę pręlegata sunt, intelligitur facta esse institutio & substitutio; & consequenter, pręlegata non videntur esse comprehensa, immò verò ex verbis testatoris excepta ex fideicommisso.

Sed contrarium responderunt Alexander in cons. 25. lib. 1. Natta in cons. 321. Alciatus sibi cõtrarius, in consi. 604. num. 5. & alij, quos refert & sequitur Marzarius in Epitome de Fideicommissis, q. 3. Iacob. Menoch. de pręsump. lib. 4. in 2. parte præsump. 194. nu. 6.

Fundamentum est primum in antiqua distinctione; si præcessit prælegatum, & subsecutum est grauamen fideicommissi, tunc in fideicommisso prælegatum contine- D tur. Deinde in eo, quod certum sit, quoties hæres portionem suam restituere rogatus est, etiam prælegata restituenda, vt in l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebel. Ergo multo magis prælegata in restitutionem venient, cum hæredi simpliciter facta est substitutio. Illa enim apta est comprehendere etiam singularia prælegata, l. ab eo, C. de fideicommissis.

Ad argumentum verò sumptum ex illis verbis testatoris: *In omnibus autem alijs bonis,* &c. respondent nil obstare; quia illa verba non illum habent sensum, quod in alijs duntaxat bonis institutio facta sit; immò in omnibus bonis institutio facta esse intelligitur, cum onere tamen legatorum præstandorum. Et solent Notarij ea verba in testamento apponere, ex quadã consuetudine, non autem, quia significent hæredis institutionem ad vniuersa bona trahendam non esse.

Ego sanè inprimis animaduerto, fundamentum huius sententiæ posterioris valde infirmum esse. Nam distinctio illa ex ordine pręcedentis, vel subsequentis fidei-

commissi

commissi, vt iam dictum est, nigros iam tulit calculos, & alterum argumentum non satis est solidum. Nam, vt maximè verum sit verbum, *Substituo*, atque adeo substitutionem in genere etiam ad legata adaptari, & sic etiã legata particularia comprehendere posse. Siquidem etiã in particularibus legatis & fideicommissis substitui potest, l. vt hæredibus, l. Titia Seio, § Seia libertis, de leg. 2. l. ei cui, ff. de donatio. cau. mortis. non tamen sequitur in hac ipsa specie, de qua agitur, eam esse vim substitutionis vt etiam prælegata comprehendat. Nam aut intelligitur facta esse substitutio in hæreditate, & tunc prælegata pro parte alterius cohæredis non continebit, vt in dicta l. in fideicommissaria, §. vlt. ff. ad Trebellian. in l. si Titius ex parte, de leg. 3. aut facta esse intelligitur in portione, & tunc continebit etiam prælegata, l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebellianum. Hoc igitur inquirendum est in quæstione ista, an substitutio simpliciter & indefinitè facta, intelligatur esse facta in hæreditate siue hæreditaria portione; an vero in portione simpliciter. Id est, vtrum hæredes videantur esse rogati Sempronio substituto restituere portionem hæreditatis, vel portionem simpliciter. Et sanè ego existimo substitutionem obscuram ex institutione interpretandam esse, non ex præcedentibus legatis: & sic substitutionem videri factam in hæreditatis portione, non autem in legatis. Cũ ergo testator proponatur duos instituisse hæredes ex æquis portionibus, aut etiam inæquis, nil enim id refert, ac eis simpliciter substituisse per fideicommissum, ego sic interpretor substitutionem, vt ad portionem hæreditariam referatur; & sic pro ea hæreditatis portione quisque substitutum habeat, in qua institutus est. Ac proinde in quæstione, quam habemus in manibus, idem respondendum putarem, quod responderetur, si hæredes rogati essent suam quisque hæreditatis portionem restituere. Quo casu ex l. in fideicommissaria, §. vlt. ff. ad Trebellian. didicimus hæredem rogatum *ad solum non debere eum restituere, quod a cohærede accepit, cæterum quod à semetipso ei relictum est in fideicommissum cadere.*

Huic sententię adstipulantur Pronunciata quædam Iuris vulgaria. Primum, interpretationem illam sumendam, ex qua hæres minus grauatus esse intelligatur. Secundum; Relationem ad proximiora faciendam. Item. Non loquitur de hoc substitutio tua. Fauet denique natura fideicommissariæ substitutionis, per quam plerumque hæreditas restitutioni fit obnoxia, non autem res singulares. Sunt enim separati Tituli de fideicommissariis hæreditatibus, & de singulis rebus per fideicommissum relictis. Sed esto cuique liberum iudicium hac de re longè difficillima. Mea sanè hæc est opinio.

CAPVT XVII.

In legatis & fideicommissis ad pias causas relictis, sitnè, locus detractioni Quartæ ex lege Falcidia, vel ex Trebelliano Senatusconsulto?

VIdetur communiter receptum in legatis ad pias causas legem Falcidiam locum non habere, & idem multi de Trebelliano Senatusconsulto responderunt, alijs tamen multis reluctantibus, vt videre licet ex Antonio Gabrielio, libro 4. Commu. conclu. tit. ad Trebell. concl. 11. Sed mihi legum tenorem ex ipsis autoribus contemplanti, non legem Falcidiam, nec Trebellianum Senatusconsultum in legatis & fideicommiss. ad pias causas relictis cessare videtur, nisi hæres in mora fuerit prǽstandi legatum. Hęc sententia fuit interpretum antiquorũ, quos commemorat Accursius in l. si quis ad declinãdam, in verbo, *Minus*. C. de Episcopis & Clericis. & nouissimè eam amplexus est Iacob. Cuiacius in expositione Nouellæ 131.

Videamus leges ipsas, ex quibus pendet, & in hoc, & in alijs articulis sententia nostra. In primis ex antiquioribus occurrit l. prima, §. ad municipum, ff. ad legem Falcidiam Paulus: *Ad municipum quoque legata, vel etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur, lex Falcidia pertinet.* Ex Iustiniano l. si quis ad declinandam, C. de episcopis & Cleric. *Si quis ad declinandam* (inquit) *legem Falcidiam, cum desiderat totam suam substantiam pro redemptione captiuorum relinquere, eos ipsos captiuos scripserit hæredes*, &c. Sentit Imperator ad declinandam legem Falcidiam, hoc est, vt per legem Falcidiam nihil minuatur scribendos esse hæredes ipsos captiuos, siue pauperes; quia si alius hæres institueretur cum onere restituendi per fideicommissum ipsis pauperibus, vel captiuis, quarta per legem Falcidiam, hoc est, per Trebellianum (sæpe enim hæc confunduntur) detraheretur ab hęrede grauato. Ex quo argumentum sumi potest, & in huiusmodi fideicommissis locum esse Falcidiæ legi, siue Trebelliano Senatusconsulto. nam si locus non esset, nullo opus esset ad eam legem declinandam consilio ac remedio, quod & Paulus Castrensis annotauit in Commentarus eius loci. Nec quenquam moueant illa eiusdem legis verba: *Si enim propter hoc à speciali hærede recessum est, vt non Falcidia ratio inducatur, quomodo ferendum est hoc, quod in sacro venerit, per Falcidiam vel aliam occasionem minui?* Non enim sensus est in huiuscemodi relictis cessare legem Falcidiam; sed talia minuenda nõ esse ab Episcopo vel Oeconomo, quasi illis tanquam hæredibus quartę detractio competat, ut patet ex præcedentibus verbis ibi: *nullo penitus hoc ex lucro vel Oeconomo, vel Episcopo, vel sacrosancta Ecclesia relinquendo. Si enim*, &c. quod sanè & inferius sæpè repetitur, ibi: *Si enim hæredum eis* (scilicet Episcopo & Oeconomis) *& ius & nomen dedimus, sine Falcidia tamen legis emolumento*, &c. Et rursus ibi: *Pro tempore Oeconomus sacrosancta Ecclesia, vel Episcopus hæreditatem accipiat, & sine Falcidia ratione pauperibus, qui in Ciuitate sunt, vel penitus mendicantibus, vel alia sustentatione egentibus eadem pecunia distribuantur.* Et denique ibi: *Sin autem in personam certam, venerabilemve certam domum respexerit, ei tantummodo hæreditatem vel legatum competere sancimus, nulla Falcidia, nec in hac parte intercedente.* Et quibus verbis apparet, non hanc esse Imperatoris sentẽtiam, vt hæres in huiusmodi legatis amittat Falcidiæ emolumentum, sed vt Oeconomus, vel Episcopus, vel alij amittant, licet hæredes esse videantur. Et rõ est, quia hæredes verè & immediatè sunt ipsi captiui, vel pauperes; quos directè testator instituit eo consilio, vt totam substantiam obtinerent absque vlla diminutione, seu Falcidiæ detractione, quam alioqui passi fuissent, si alio hærede instituto hæreditas ei restituenda fuisset.

Denique audiamus Nouellas ipsas Constitutiones; vnus est locus, qui ad hanc rem pertinet in Nouella 131. aliàs in Authen. de Ecclesiasticis tit. §. si autem hæres, vbi Iustinianus ita scribit: *Si autem hæres, quæ ad pias causas relicta sunt, non impleuerit, dicens relictam sibi substantiam non sufficere ad ista, præcipimus omni Falcidia vacante, quidquid inuenitur in tali substantia proficere pro vsione sanctissimi locorum Episcopi ad causas, quibus relictum est.*

Hic non dicit Iustinianus generaliter & absolutè se constituere, vt in legatis ad pias causas, vt vocant, lex Falcidia cesset. Sed cum superius hæredi non adimplenti voluntatem testatoris in præstandis huiusmodi legatis, pœnam imposuisset, idem argumentum tractans, de eo loquitur hærede, qui negligit legata præstare ad pias causas relicta, eo colore ac prætextu, quod dicat, ad hæc prę standa non sufficere bona testatoris; & tunc ita Imperator statuit, vt in pœnam suæ negligentię tota substantia defuncti cedat in solutionem legati, nihil ex proprijs bonis hęrede soluente, sed & nihil ex lege Falcidia detrahente. Cęterum, si hęres non fuerit negligens in soluendo legato pijs locis, quo minus ex lege Falcidia detrahere possit aliquid, vt quartam partem habeat, nullo modo Iustinianus statuit. quod sanè, vt apertè decerneretur, ęquum erat, si veteres leges corrigendi animus

Iusti-

Iustiniano fuit, sicut in alijs non absque prefatione solitum esse Imperatorem obseruare, non ignorant ij, qui Nouellas legibus antiquis derogantes perpendunt.

Cum itaque legibus, nec Constitutionibus aliter sit cautum, quam nostra præmonstret sententia, vt Legum potius Autores, quam Commentatores sequeremur, faciendum esse iudicauimus.

Huc vsque dictaueram, cum legi Cuiacium ad librũ quartũ sententiarum Pauli, tit. 3. diuersa sentientem ab ijs, quæ docet in expositione Nouellæ supradictæ 131. Verba Pauli hæc sunt: *Lex Falcidia itemque Senatusconsultum Pegasianum, deducto omni ære alieno, Deorumque donis, quartam residua hereditatis ad heredem voluit pertinere.* Ad hæc Cuiacius; *Deduci prius oportet omne æs alienum, & Deorum dona; deinde Falcidianam aut Pegasianam quartam. Ex hoc loco in notis ad Iustiniani Institutiones testatus sum malle me in l. prima, §. ad municipium, ff. ad legem Falcid. sic legere: Ad municipium quoque legata, non etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur, lex Falcidia pertinet, nec muto sententiam. Vt enim constitutio Iuris Ciuilis quæ inter coniuges donationem prohibet in Deorum donis non valet, l. si sponsus, §. proinde, ff. de donatio. inter vir. & vxor. ita Dei cultus postulat, vt nec in eis valeat lex Falcidia, idque nouissimis constitutionibus comprobatur.*

Sed Cuiacio & Robertum oppono, & Fornerium, cuius elegantissima verba, quin adscribam, mihi temperare non possum. Etenim & ad rem istam illustrandam & nostram sententiam confirmandam & Cuiaciũ confutandum multum valent. Is libro secundo. Selectio. capitulo 25. scribit in hæc verba: *Exhausta legatis, aut fideicommissis, vel mortis causa donationibus hereditate, auxilio Falcidiæ institutus hæres quadrantem retinere potest, ne nullo adeundam hereditatem præmio inuitatus testamentum deserat, l. prima. ff. ad legem Falcid. §. primo, Inst. eod. Paul. lib. 3. tit. vlt. Sen. 1. Nec vllum ferè legati genus à Quartæ detractione immune est, cum in legatis Principi relictis lex Falcidia locum habeat, l. quarta, C. de lege Falcid. & in ijs, quæ Deo relinquuntur. Sunt tamen, qui dona Deorum excipiant, vt solida sine onere Falcidiæ præstentur ab herede, mutataque apud Paulum affirmatione in negationem, sic legant; Ad municipium quoque legata, non etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur lex Falcidia pertinet. Adducuntur alio Pauli loco, in quo est lex Falcidia, itemque sic Pegasianum. &c. Quam equidem emendationem probare nullo modo possum. Cur enim Pauli Sententiarum libros ab Alarico & Aniano interpolatos sequemur, vt tot exemplarium fidem in Pandectis etiam Florentinis constantem eleuemus? Nec verò eorum, qui pusillo et corpori nauos multos asperserunt, sententia suffragatur religionis prætextus, cuius causa strictam iuris rationem insuper habemus l. 43. sine persona. ff. de religios. & sumpt. funer. Nego legatum Deo solli, cum admodum legitimum reuocatum aliquot vnciis delibatur; nego legis Falcidiæ, quæ testatoris cæterorumq; ius tuetur rationem esse stricti iuris. l. penult. C. de leg. Falcid. testamenta conseruari è Repub. est l. 4. ff. Testamen. quemad. aper. Itaque legis Falcidiæ æquitas Senatusconsultis edictis, Constitutionib. Principum producta, & interpretatione dilata est. At lex quæ donationes inter coniuges inhibuit, vxorem viro in honorem & cultum Dei donare permittit, l. quinta, §. proinde. ff. de donat. inter vir. & vxor. Quid mirum, cum ad modò Senatus in ea lege sanciẽda spectauerit, ne mutuo amore coniuges sese bonis nudarẽt, & alter alterius spoliis locupletior euaderet? sed quod in d. §. proinde, donatur, mox in Dei cultum confertur, nec donatarii rem auget. Itaque eadem lege permissum est vxori, vt viro in honorem donet dignitatis adipiscendæ nomine, in processum viri, & in causam laticlauii, l. 40. cum ll. seqq. ff. de donation. inter vir. & vxor. Alius est legis Falcidiæ scopus; quæ, quia fauore digna est, non facilè coarctare interpretatione ac restringi debet. Nec ad rem pertinet, legato libertatis heredis quadrantem minui, l. 8. §. quartam, ff. de inoffic. testam quod eius immensa æstimatio sit, vt nulla ratione dodrantis & quadrantis calculus subducatur, l. Libertas, de*

A *regu. iur. Nec similis prælegata seu relegata dotis causa est, l. Sed etsi vsusfructus, ff. ad legem Falcid. Meritò enim extra legis Falcidiæ rationem est, cum mulier nihil lucretur, cui non tam legari, quàm suum reddi videtur. l. cum pater, §. Fidei tuæ, de lega. secundo. Quod ius nouissimis Constitutionibus abrogatum quibusdam hodie persuasum est; quo in errore versati sunt & Græci Basilicon interpretes, quos ve Iustiniani mentem non assecutos Photius notat. Nomoc. tit. 2. cap. 1. Nec enim Nouella 131. simpliciter Falcidiam à legatis in piam causam relictis excludit: sed ita demum, si dolum in his præstandis adhibeat heres, affirmetque patrimonii vires non sufficere, omni legis Falcidiæ beneficio priuatur.* Hactenus Fornerius.

CAPVT XVIII.

In fideicommissis & legatis vtrum appellatione filiorum veniant nepotes.

B



NOn puto me operę precium facturum, si Doctorum autoritates, qui vel affirmantẽ, vel negantem sententiam in hac quæstione amplexi sunt, attulero: quoniam ante me illas attulit Antonius Gabrielius, Commun. conclu. libro sexto tit. de verbo. signif. Concl. 1. & post eum Franciscus Mantica, de Coniecturis vltimar. volunt. libro 8. tit. 8. necnon Iacobus Menochius, in cons. 215. libro 3. & de præsumpt. libr. 4. Præsumpt. 94. Zasius pulchrè ad Germanicum idioma rem accommodans, in cõsilio 7. libro primo. Quare quid ipse sentiam paucis declarabo. Equidem ex autoribus nostris duo nobis manifesta sunt. Vnum, filiorum appellatione non contineri nepotes, si propriam vim ac naturam verbi spectemus. Alterum, ex iusta quadam interpretatione contineri. Ex his quid in proposita quæstione respondendum sit, facilè apparebit.

C Prior propositio probatur ex l. quod si nepotes, ff. de testamen. Tutela. Vlpianus: *Aliter*, inquit, *filii, aliter nepotes appellantur*. ex l. filium habeo, ff. ad Macedon. ex §. vlt. in Instit. Qui testam. tutor. dari poss. & declarat optimè Cuiacius in Commentarijs ad l. 2. ff. de excusat. tuto.

Altera verò propositio probatur ex l. iusta, ff. de verbor. sign. ex d. l. filium habeo, ff. ad Macedon. ex l. Senatusconsulto, ff. de ritu nupt. Non obstat l. filij, & l. liberorum, ff. de verb. sig. quia quod ibi dicitur: *Filii appellatione omnes liberos contineri*, intelligendum ex iusta interpretatione, vt puta: *Fundum cum villico & contubernali eius, & filiis do, lego.* Continentur etiam nepotes, l. vxorem, §. Concubinæ, de leg. 3. & d. l. liberorum, vers. *Sed & Papyrius.* Iusta est illa interpretatio, ne fiat dura seperatio, iuxta l. quæsitum, §. sed an instrumentum, ff. de fundo instructo. & instr. leg.

Hæc cum ita sę habeant, facilè apparet, quid respondendum sit ad propositam quæstionem. Nam respondẽ-
D dum erit in legatis & fideicommissis filiorum appellatione nepotes nequaquam contineri; quia aliter filii, aliter nepotes appellantur: sed tamen si contrariũ suaserit voluntatis coniectura, vel ratio, vel ęquitas, & aliæ circumstantię, respondendum erit, ex iusta illa interpretatione contineri. Exemplum est in d. l. vxorem, §. concubinæ. Alia exempla & coniecturas ex Menochio de præsumptionibus loco annotato petere possumus.

CAPVT XIX.

Hæres eius, qui bona restitutioni obnoxia alięnauit, possitne ea vindicare.



EXistimo hæredem eius, qui bona fideicommisso subiecta alienauit, ea vindicare non posse, licet ex fideicommisso vocatus ex persona propria actionem intendere velit. Quam sententiam amplexus est Pinellus, ad l. 1. in 3. parte, num. 82. C.

de

de bonis matern.& Iacobus Menochius in conſ. 89.lib. 1.licet contrarium multi docuerint, puta Paulus Caſtrẽ. vel potius Saluſtius quidam inter Caſtrenſis conſilia, in conſilio 197. libro ſecundo,cui & Abbas Panormitanus ſubſcripſit. Natta in conſil.470. Grammaticus deciſ. 93. & alij à Marzario citati in Epitome de fideicommiſſis, quæſtio. 46.

Hæc autem ſententia tam luculenter ex autoribus noſtris vera eſſe demonſtrari poteſt, vt mirum ſit viros doctos vllos repertos,qui contrarium docuerint.

Inprimis adſero textum in l.filiusfamilias, §. cum pater,de leg. 1. Martianus: *Cum pater filio hærede inſtituto, ex quo tres habuerat nepotes, fideicommiſiſſet, ne fundum alienaret, & vt in familia relinqueret; & filius decedens duos hæredes inſtituiſſet,tertium exhæredaſſet, eumque fundum extraneo legaſſet. Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt,verum eſſe nõ paruiſſe voluntati defuncti filium. Sed etſi cum duos exhæredaſſet, vnum hæredem inſtituiſſet, fundumque extraneo legaſſet,putat Marcellus poſſe exhæredatos petere fideicommiſſum.* Hactenus ille.

Cur non etiam filios hæredes inſtitutos fideicommiſſum petere poſſe Martianus reſpondit? quia ij non poſſunt illud petere: Non enim hęres impugnare poteſt defuncti voluntatem & factum.

Secundò adſero textum in l.vnum ex familia,§. ſed ſi vno, de leg. 2. in illis verbis: *Verum is,qui hæres ſcriptus eſt,ratione doli exceptionis cæteris fideicommiſſum petentibus facere partem intelligitur.*

Senſus eſt;fideicommiſſum peti non poſſe ab eo, qui hęres inſtitutus eſt, (erat autẽ fundus extraneo relictus, qui ex fideicommiſſo peti potuit, vt ex textu patet in ſuperioribus verbis) ſed tamen eum partem facere; atque adeo impedire,ne alii totum fundum conſequãtur: quia pars hæredis inſtituti deduci debet.

Tertiò adſero l.1. ff.de exceptio. rei vendi. & traditæ. Vlpianus: *Marcellus ſcribit,ſi alienum fundum vendideris,& tuum poſtea factum petas,hac te exceptione rectè repellendum: ſed etſi dominus fundi hæres venditoris exiſtat idem erit dicendum.*

Obſtat ergo doli mali exceptio hęredi vindicare volenti rem ſuam ab eo venditam,cuius eſt hæres. Idem reſcripſerunt Dioclet.& Maximin.in l.cum à matre, C.de rei vend.in l. venditrici,C. de reb. alienis non alienand. Idem reſpondit Imperator Gordianus in l.ſiue poſſeſſio, C.de euictio.& text.in l.Polla,C.de his, quib. vt indig. quibus adſtipulatur & Aureliani Reſcriptum, in l. ſi ab eo,C.de liber.cauſ.

Poſtremò,adſero hoc argumentum; Is qui bona vẽdidit & alienauit,non poteſt eam alienatione reuocare: ergo nec hæres eius. Conſequens probatur ex l. ex qua perſona,de reg.iur.& ex §.1.in Auth. de iureiurando, à moriente præſtito. Antecedens autem; quia nemo poteſt proprium factum infringere ac impugnare. l. ſi creditoribus.C. de ſeruo pigno.dato manumiſſo,l.filius,C.de reuoc.his quæ in fraud.cred.l.cum profitearis,C.de reuoc. donation.

Sed videamus, quantum argumenta contrariæ ſententiæ habeant momenti. Primum argumentum. Quilibet impugnare poteſt factum ſuum, & contra illud venire, quoties nullum eſt, vt notatur in l.poſt mortem, ff. de adopt.l.Quemadmodum,C.de agric. & Cenſit. ergo multo magis illud impugnare poterit hæres, & ſucceſſor eius. Sed alienatio rei fideicommiſſo ſubiectæ eſt nulla, eueniẽte conditione,vel die fideicommiſſi, l.penultima,§.ſin autem ſub conditione,C.commun. de legat. Ergo reuocari poterit ab hærede eius, qui alienauit.

Reſpondeo,maiorem propoſitionem veram non eſſe abſolutè,ſed tunc veram eſſe, cum actus eſt nullus iure publico,prout loquitur l.quemadmodum, & loquuntur aliæ leges,quas adfert Glo.in d.l.poſt mortem, Alienatio vero,de quo agitur,eſt nulla iure priuato, quia videlicet is,cui fideicommiſſum debetur,rem poteſt vindicare, in

A irritum deducta alienatione:ſed cum eſt hæres alienantis non poteſt,vt patet ex l.cum à matre, C. de rei vind. & aliis legibus ſupra allatis.

Secundum argumentum; Cum defunctus voluit hæredem priuare iure ſibi debito,tunc poteſt hæres contra eius factum venire,l.2.C.de inoffi.donation. Sed hic defunctus voluit hęredem priuare iure ſibi debito,nempe, fideicommiſſo. Ergò,&c. Reſpondeo, maiorem propoſitionem ita ſimpliciter prolatam veram non eſſe. Hoc tantum dicit d. l.ſecunda, C. de inoffic. donat. filium poſſe inofficioſam patris donationem reuocare, vt legitimam ſibi debitam conſequatur, quod nihil ad rem noſtram pertinet.

Tertium argumentum. Quoties defunctus aliquid facit in fraudem hæredis,poteſt hæres eius factum impugnare,l.2.ff.ſi quid in fraudem patroni,l. 1. & 2. C. ſi in fraudem patroni à libertis alienatio facta ſit.

Reſpondeo,leges,quę in argumento adferuntur, lo-
B qui,cum alienatio facta eſt in fraudem legitimę patrono debitæ,qua de re noſtra non eſt diſputatio. Agitur enim hic de re alienata,contra voluntatem teſtatoris, qui fidei commiſit,quæ alienatio fieri nec debuit, nec potuit: ſed hæres alienantis eam impugnare non poteſt.

Quartum argumentum ſumitur ex eo,quod hæres in propoſita ſpecie ex ſua perſona petere fideicommiſſum poteſt,& rem vindicare,cui proinde impedimentum adferre non poteſt factum defuncti, l. vlt. C. de euictionibus in illis verbis: *Factum eius,cui ſucceſſit ex ſua perſona dominium vindicare non impedit.* Reſpondeo,illam legem non loqui de hærede eius,qui rem vendidit, ſiue alienauit,ſed de hærede fideiuſſoris, qui videlicet pro venditore promiſit de euictione. Cum verſamur in hærede venditoris, ille vindicare non poteſt rem venditam, etiam ex ſua perſona,vt puta ſi res ſit ipſius hæredis propria, l. cum à matre,C.de rei vind. Ratio eſt; quia tanquam hæres tenetur præſtare factum defuncti imò, de euictione
C tenetur, & ideo,quem de euictione tenet actio,eundem agentem repellit exceptio,l.vindicantem, C.de rei vindicatio. Cæterum,in hærede fideiuſſoris aliud eſt conſtitutum, & ratio eſt; quia ille non vendidit, ſed pro venditore ſe obligauit: Ergo emptor actionem habet euictionis nomine, ſi res vindicetur ab hærede fideiuſſoris aduerſus ipſum venditorem,qui precium recepit, & principaliter tenetur, & aduerſus etiam fideiuſſorem, vt patet ex verbis d.l.vlt.ibi: *Scilicet euictionis cauſa durãte actione.* Sed fideiuſſori conſultum erit actione mandati contra venditorem. Dices, quæ eſt ratio,cur hæres venditoris ex ſua perſona rem vindicare non poſſit; hæres autem fideiuſſoris poſſit? Reſpondeo, hanc adferri rationem poſſe; quia venditoris hæres inuenit precium rei venditæ in hæreditate defuncti,aut conuerſum illud fuit in vtilitatem ipſius defuncti,quare iniquum videtur, vt ipſe hæres, qui rei venditæ precium habet,aut certè ex eo ſentit vtilitatem,rem vindicet à defuncto alienatam. Fideiuſſo-
D ris autem hæres,non inuenit precium rei in hæreditate, nec illud conuerſum eſt in vtilitatem eius, ſed venditor illud accepit,qui proinde ipſius hæredis indemnitati ſatisfacere poterit, quatenus euictionis actione ipſe hæres condemnabitur; quæ ratio prorſus in hærede venditoris ceſſat.

Quintum argumentum; hypothecaria actio non cõfunditur ex aditione hæreditatis, l.debitor,ff. ad Trebel. ſed hæres habet actionem hypothecariam pro rebus per fideicommiſſum relictis. l.2. C.commun. de legat. ergò illa non confunditur ex aditione hæreditatis, & conſequenter hæredi ſalua manet,& competit aduerſus poſſeſſores. Reſpondeo,hypothecariam non confundi ex aditione hæreditatis,quoties illa competit hæredi in bonis ipſius defuncti,cui ſuccedit, & aliis hęreditatem reſtituere is debet. Nam tunc hæres retinere ſibi poteſt res obligatas,cum reſtituit fideicommiſſum,ita loquitur l. debitor,ff.ad Trebel. Hoc autem à ſpecie & quæſtione noſtra quàm longiſſimè abeſt.

Cęteris

Cæteris argumentis ſatisfacit optimè Menochius in d.conſil.89. lib. 1. Nos hic conſultò ea prætermittimus; quia leuiſſima ſunt, & ex iuribus feudalibus deducta, quæ & diſſimilia ſunt, & vim habent iu rebus non feudalibus.

CAPVT XX.

An per diuiſionem cum Clauſula, de non faciendo aliquid contra eam, vel aliàs, cum generalibus, & vt loquuntur, prægnantibus verbis, cenſeatur renunciatum fideicommiſſo.

SCænola in l.qui Romæ, §. duo fratres, ff.de verb. oblig in hæc verba reſpondit: *Duo fratres hæreditatem ſuam inter ſe diuiſerũt, & ſibi cauerunt, nihil ſe contra eam diuiſionem facturos, & ſi contra quis feciſſet, pœnã alter alteri promiſit, poſt mortem alterius, qui ſuperuixit, petiit ab hæredibus eius hæreditatem, quaſi ex cauſa fideicommiſſi ſibi à patre relicti debitam, & aduerſus eum pronunciatum eſt, quaſi de hoc quoque tranſactum fuiſſet, quæſitum eſt, an pœna commiſſa eſſet, reſpondit pœnam ſecundum ea, quæ proponerentur, commiſſam.*

Ex hoc Reſponſo controuerſia oritur, an per diuiſionem cenſeatur renunciatum eſſe fideicõmiſſo, ſi ea cautio ſit adiecta; nihil contra eam factum iri. Et rurſus alia oritur controuerſia, quid ſi verbis amplioribus concepta ſit eadem cautio, vt puta, promiſit alter alteri nihil amplius ſe petiturum, nihil contra diuiſionem facturum, ex quacunque cauſa, ex quocunque iure, quod cogitari poſſit. Et quidem, quod ad priorem attinet, notæ ſunt omnibus Doctorum ſententiæ in Commentarijs dicti loci. Aliqui enim cenſuerunt bene iudicatum fuiſſe in ea ſpecie, de qua loquitur Scæuola; atque adeò, per diuiſionem eo modo factam, videri renunciatum fideicommiſſo. Aliqui vero malè iudicatum, & idcirco per illam diuiſionem fideicommiſſo renunciatum nõ uideri. Ego quod ad reſponſum Scæuolæ attinet, magis probo ſententiam Iacobi Cuiacij in Commentarijs eius loci, & Franciſci Connani lib.6.Comment. Iuris Ciuilis, cap.3. num. 8. Iſti docent in ſpecie Scæuolæ propoſita ſic accidiſſe, ut & de fideicommiſſo quoque tranſactum eſſet, & ideo quæſitum fuiſſe id duntaxat, utrum pœna commiſſa eſſet; & reſpondit Scæuola commiſſam. Vt huic acquieſcam expoſitioni illud facit, quia nec propoſita hæc quæſtio fuit Scæuolæ, utrum per diuiſionem ita factam uidetur de fideicommiſſo quoque tranſactum eſſe, nec eam ille definit, ſed narrat aduerſus eum pronunciatum fuiſſe, qui fideicommiſſum petebat. Et ideo de pęna quæſitum. Itaque illa uerba, *quaſi de hoc quoque tranſactum fuiſſet*, poſſunt quidem dupliciter accipi; Primum ſcilicet, quia per talem diuiſionem, *de hoc quoque*, (nempe de fideicommiſſo) *tranſactum eſſet*, ſed non eſt probabilis expoſitio; nuſquam enim cautum eſt diuiſionem inter fratres ita ſimpliciter factam, hoc efficere, ut renunciatum eſſe fideicommiſſo, ac de eo trãſactum uideatur; immò repugnat ratio, lex quoque, & non ita ieiunè tractandum id erat à Scæuola. Altero modo accipi poſſunt illa uerba, nempe, præter diuiſionem factam ea adhibita cautione, ac pœnali ſtipulatione, tranſactum quoq; fuiſſe de fideicommiſſo. Et ideo quæſitum, an is, qui fideicommiſſum petijſſet, in pęnam incidiſſet. Videbatur pęnam non fuiſſe commiſſam; quia illa promiſſa fuit, ſi cõtra diuiſionem aliquid fieret. At petens hæreditatem ex fideicommiſſo, non facit contra diuiſionem, ſed contra tranſactionem factam de fideicommiſſo. Reſpondit Scęuola commiſſam. Ratio eſt: quia tranſactio de fideicommiſſo facta fuit in ipſa diuiſione hæreditatis; atque adeò pars diuiſionis fuit, & ad diuiſionem pertinuit.

Quod attinet ad alteram controuerſiam, multi cenſuerunt, propter illa uerba generalia renunciatum uideri fideicommiſſo, nec amplius peti poſſe. Eorum anteſi-

A gnanus Io. Andr. fuit ad Specul. tit. de Teſtamentis, §. in primis, num.27. Curt. iun. in conſ.49. nu. 2. qui alios citat; alij verò nec tunc renũciatum cenſeri fideicommiſſo reſponderunt. Ita Decius in conſ.495. Ruinus in conſil. 138. lib. 2. & alij, quos commemorat Gabrielius, lib. 4. Comm. Concl. tit. de fideicommiſſis, Concl. 1. num. 21. Marzarius in Epitome de fideicommiſſis, in 3. par. quæſtio. 59. Omnis difficultas his duabus iuris propoſitionibus tollitur. Prior propoſitio: Generalis Clauſula tranſactioni adiecta, ſiue pactioni, & obligationi, reſtringitur ac refertur ad eam cauſam ſolam, de qua actum eſt, l. ſi de certa, C. de tranſact. l. iubemus, C. ad Velleian. l. vlt. §. idem quæſijt, ff. de condict. indeb. l. 2. de iudicijs. Altera propoſitio: Si adeo generalia ſint verba, vt citra manifeſtam calumniam reſtringi non poſſint, verbis ipſis ſtandum eſt, l. ſub prætextu ſpecierum, C. de tranſact. Quapropter, temperare quiſque ſibi à tam effuſo ſermone admonetur, ne in promptum incidat periculum, l. vlt. C. de B dotis promiſſ.

Ex his, ni fallor, perſpicuum euadit, quid reſpondendum ſit in propoſita quæſtione. Ita enim reſpondendum erit, vt per diuiſionem renunciatum eſſe videatur fideicommiſſo, ſi cautio ac promiſſio diuiſioni adiecta tam generalibus uerbis concepta ſit, vt reſtringi ſalua ratione recti ſermonis nequeat ad ſolam diuiſionem. Exemplum, ſi quis promittat ſe nil facturum contra diuiſionem, & nullam moturum controuerſiam, nihilque petiturum ex quacunque cauſa, quocunque tempore; Tũc fideicommiſſi ſcientia ſuppoſita non dubitarem cũ Ioanne Andreæ pronunciare, fideicommiſſo renunciatum videri: Si verò verba ſalua ratione recti ſermonis, ac citra calumniam reſtringi ad ſolam diuiſionem poſſint; tunc ad eam reſtringenda erunt; ſicut docet prior propoſitio.

C

CAPVT XXI.

Vtrum matri, vel auiæ, cum relinquunt filio, vel nepoti legitimam portionem, vel etiam hæreditatem, liceat eam conditionem, quantum ad legitimam adijcere, vt vſusfructus patri non acquiratur.

PRoponebatur ex facto in Auditorio Collegij huius Inclytæ facultatis Iuridicę Ingolſtadienſis, Auiam teſtamento inſtituiſſe nepotem ex filio in legitima portione, & alijs quibuſdam rebus, ea adiecta conditione, ne vſusfructus patri acquireretur, & reſponſum petebatur, an ea conditio rectè etiam, quoad legitimam adiecta eſſet, ac proinde ualeret. Aderant Clariſſimi viri, ac Conſultiſſimi, qui Reſponſa non niſi ſummo ſtudio, & ſumma grauitate conſulentibus communicare ſoliti ſunt, ac proinde re maturè diſcuſſa, viſum fuit controuerſam eſſe hanc quæſtionem; Nam Accurſius in Authen. Vt li- D ceat matri, & auiæ, in principio, verſ. *Participium*, reſpõdit eam conditionem adiectam, valere etiam quoad naturale debitum, hoc eſt, quoad legitimam, & Accurſium ſecuti fuere Angelus ibi, necnon Baldus, ad l. filiæ, C. famil. herciſ. & alij, quos refert, & ſequitur Fernandus Vaſquius de ſucceſſionum creatione, in Tractatu primæ partis, lib. 1. §. 10. nu. 234.

Cæterum, non ualere talem prohibitionem, ac conditionem, quantum ad legitimam, docuerunt Bart. Caſtr. & Corn. in Authen. Excipitur, C. de bonis, quæ liberis. Alios commemorat Vaſquius loco proximè citato.

Fuit ergo dictum, fundamenta vtriuſque ſententiæ perpendenda eſſe. Fundamentum Accurſii in eo eſt poſitum, quod ea conditio nullum onus, nullum grauamẽ inferat legitimæ; ac proinde ualere debeat, argumento l. filius matrem, C. de inoffic. teſtam. ibi: *Neque ei nomine filiorum inofficioſi eo modo actionem poſſe competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, ſed potius putauerit prouidendum*, &c.

Huc accedat text. in Auth. Excipitur, C. de bonis, quæ lib. *Excipitur inquit, quod eis datur,* (scilicet filijs) *ab aliquo parentum conditione hac adiecta, ne ad patrem perueniat vsusfructus.*

Fundamentum autem contrariæ sententiæ est in textu Authen. Vt liceat matri, & auiæ, vbi ita dicitur : *Sancimus igitur licentiam esse matri, & auiæ, alijsque parentibus, postquam reliquerint filijs partem, quæ lege debetur, quod reliquum est, suæ substantiæ siue in solidum voluerint, siue in partem filio, vel filia, nepoti, vel nepti, & deinceps descendentibus donare, aut etiam per vltimam relinquere voluntatem, sub hac conditione ac definitione, si voluerint, vt pater, aut qui omnino eos habet in potestate in his rebus, neque vsumfructum, neque quodlibet penitus habeant participium. Hoc enim & extraneis relinquere poterant, vnde nulla parentibus vtilitas nasceretur.*

Ex his verbis Iustinianus indicat, prius relinquendā esse legitimam iure debitam, nulla adiecta conditione, sed in eo, quod vltrà legitimam relinquitur, eam conditionem adijci posse, vt pater non habeat vsumfructum. Non licebit ergò eam adijcere conditionem in legitima portione debita.

Respondit Vasquius, sensum Nouellæ hunc esse : *Licere matri, & auiæ legitima portione filio, vel nepoti relicta, residuum hæreditatis etiam extraneo dare, prohibere aūt, ne id patri acquiratur, quoad proprietatem, & etiam quoad vsumfructum, id eis generaliter licet, non solum in eo, quod est vltrà legitimam, sed etiam in ipsa legitima, quasi dicat : extraneis concedere in præiudicium filij non licet, nisi id tantum, quod vltrà legitimam est. In vtilitatem autem filij vetare, ne patri penitus quidquam etiam, quoad legitimam acquiratur, id matri testanti licitum est, vtpote ipsi filio fructuosum, vtile, conducibile.* Sic ferè Vasquius.

His ita discussis, vnanimi omnium consensione, Bartoli & Sequacium sententiam, ego & collegæ mei amplexi fuimus, vti probabiliorem ac iuri magis consentaneam. Nam hæc est Iustiniani sententia in dicta Nouella, vt quoniam id, quod vltrà legitimam filio relinquitur vel donatur, extraneis etiam relinqui poterat, ita vt nullam inde pater vtilitatem acquireret; ideirco etiam relinqui posse, ac donari filio, vel nepoti, ea conditione adiecta, vt vsusfructus patri non acquireretur. Cum enim hæc ratio locū non habeat in legitima filio debita, quandoquidem mater, & auia, tenetur eam filio, ac nepoti relinquere, non autem eis auferre, & extraneo dare, sicut dari potest id, quod vltrà legitimam est, rectè infertur in ipsa legitima illam conditionem adijci non posse, vt nimirum eius vsumfructum pater non habeat.

Sic itaque ex ratione legis argumentum sumitur satis perspicuum. Sed & ex verbis ipsis Iustiniani manifestū est, eam conditionem in legitima non esse adijciendam: quia, si & in legitima adijci posset, æquum erat id exprimere. Perperamque id Imperator reticuisset.

Nec quicquam Vasquij responsio valet; quia repugnant verba textus. Fateor hoc velle Iustinianum, licere matri, & auiæ legitima portione filio, vel nepoti relicta residuum hæreditatis etiā extraneo dare. Nego quæ Vasquius subdit: *Prohibere autem, ne id patri acquiratur, quoad proprietatem, & etiam quoad vsumfructum, id eis generaliter licet, non solum in eo, quod est vltra legitimam; sed etiam in ipsa legitima.* Non enim ita loquitur Iustinianus; sed ait; quod reliquum est vltrà legitimam, relinqui & donari posse filijs, ac nepotibus, ea conditione adiecta, ne patri vsusfructus acquiratur; quia hæc etiam extraneis, *relinqui poterant, vnde nulla parentibus vtilitas nasceretur.*

Quòd verò dicitur, vt patri vsusfructus non acquiratur, etiam in legitima, id esse filio vtile, fructuosum, & conducibile, & ideo licere matri, & auiæ eam conditionem adijcere, etiam in legitima, argumento l. filijs, C. de inoff. testam. nihil obstat; quia cum legitima filio debeatur, ita vt non sit in potestate matris, vel auiæ non relinquere eam filio, non eis licet vllam legem, vllam con-

A ditionem adijcere, sicut nec alicui licet de re aliena disponere, etiam si in meliorem statum commutare eam velit, l. vlt. ff. de vsu, & habita, l. 7. in fine, & l. 8. ff. de vsufruct. Nec text. in allegata l. filijs matrem, C. de inoff. testam. loquitur in terminis legitimæ, cui aliqua adijciatur conditio etiam in vtilitatem filij; sed loquitur de generali institutione filij facta sub conditione emancipationis, & ait patri filiorum nomine inofficiosi actionem competere non posse, quia nullam eis iniuriam mater fecit; immò prouidendum putauit.

Et obseruandum est, rationem illius legis hanc esse; quia eo tempore hæreditas matris delata filio acquirebatur patri, tam quoad proprietatem, quàm quoad vsumfructum. Vt enim non acquiratur, quoad proprietatem, postea constitutum est in l. 1. C. de bonis matern. Quare sub ea conditione relicta hæreditate, pater nullam causam conquerendi habuit. Nam aut filium emancipauit, & tunc hæreditatem obtinere potuit filius, aut noluit e-
B mancipare, & tunc meritò excluditur pater ab omni emolumento, nec filij nomine agere potest de inofficioso, quia filius est institutus sub ea conditione, quæ illi erat vtilissima. Nec ex parte filij dici potest, eum debuisse sine illa conditione hæredem institui: quia si absque illa conditione hæres institutus fuisset, pater omne emolumentum acquisiuisset, de cuius moribus ita malè mater suspicabatur, vt vereretur, ne omnia prodigeret, ita vt filio post mortem patris nihil superesset.

Hodierno autem iure, quo bona materna filijs acquiruntur quoad dominium, vix putarem eam conditionē, quoad legitimam, admitti posse; Ratio est; quia grauamen continet. Nam etsi filius non emancipatur, ei tamē proprietas acquiritur, & non patri, l. 1. C. de bonis matern. Quare necessaria filio esset emancipatio ad acquirendam hæreditatem, cum tamen absque emancipatione dominium saltem, siue proprietas filio acquiratur; Neque enim negari potest, quin grauamen sit, onusque
C non leue, vt id, quod purè & simpliciter filio per legem acquiritur, tunc demum acquiratur, si pater eum emancipauerit.

Non obstat sententiæ nostræ textus in Auth. Excipitur, C. de bonis quæ lib. quia desumptus est ex Nouella supradicta. Vt liceat matri, & auiæ, quamobrem ei non est standum, sed Authentico, vnde sumptus est. Ex prædictis autem constat Authenticum ipsum huic sententiæ nostræ magnoperè adstipulari.

CAPVT XXII.

Sitne donatio causa mortis, cum quis sanus existens, & nullo mortis periculo exterritus, post mortem suam donat?



Riplex est Doctorum sententia hac de re. Vna donationem causa mortis non videri,
D sed inter viuos. Ita Oldradus in consil. 139. Bald. ad l. 2. C. de iure dot. Gulielmus Benedictus ad c. Rainucins, in verb. Testamentum, 4. num. 23. de Testament. Fundamentum est in legibus, quibus est constitutum, contractus inter viuos, siue obligationes cōferri posse in tempus mortis, vt si quis post mortem suam promittat se daturum, l. Nam si cum moriar, ff. de condictione indeb. §. post mortem, in Instit. de inutilib. stip. l. 1. C. vt actiones ab hæredibus, & contra hæredes incipiant, l. scrupulosam, C. de contrah. & committen. stipul.

Altera est sententia, donationem causa mortis videri, non autem inter viuos. Ita Albericus ad d. l. nam si cum moriar, ff. de condict. indeb. Iason ad l. quæ dotis, nu. 43. ff. sol. matr. & in cons. 6. lib. 3.

Fundamentum est; quia donatio causa mortis est, cū quis rem mauult habere, quàm eum cui donat: eum aūt cui donat, quàm hæredem suum, l. 1. ff. de donat. caus. mortis. Sed ita est in specie ista; quia donās mauult rem

habere?

habere; nõ enim donat, niſi poſt mortem ſuam. Mauult autem eum, cui donat, habere, quàm hæredem ſuum, vt patet; quia ei donat. Adſtipulari videtur l. mortis cauſa, ff. de manumiſſio. ibi: *Quemadmodum cum rem ita tradiderit, vt moriente eo, fiat accipientis.* Et in l. Seia, ff. de dote præleg. ibi: *Videri eum in eum caſum, qui morte mulieris extitit, mortis cauſa ſtipulatum.* Et ibi Gloſ. in verbo, *In eum caſum.*

Tertia eſt ſententia diſtinguens; Aut mortis tempus adiectum eſt ſubſtantiæ donationis, aut eius executioni, puta præſtationi ipſius rei donatæ. Priori caſu eſt donatio cauſa mortis: Poſteriori autem eſt donatio inter viuos, cuius executio poſt mortem confertur. Ita poſt Dynum Alexander in conſ. 14. lib. 1. Socin. ſen. in conſil. 53. lib. 1. Boerius, deciſ. 353. nu. 12. Couuar. de teſtam. in 3. par. Rubr. nu. 25.

Hanc ſententiam ac diſtinctionem, & ipſe probo. Primum membrum eius probatur ex l. 2. ff. de donatio. cauſ. mort. Vlpian. *Iulianus lib. 17. Digeſtorum, tres eſſe ſpecies mortis cauſa donationum ait; Vnam, cum quis nullo præſentis periculi metu conterritus, ſed ſola cogitatione mortalitatis donat.* Et hic eſt caſus quæſtionis noſtræ: nam ita verba textus intelligo, cum ſcilicet ſola cogitatione mortalitatis quis donat poſt mortem ſuam. Cum enim faciat mentionem mortis, videtur aliquo modo de ea cogitare, licet nullo tunc præſenti mortis periculo terreatur.

Poſterius autem diſtinctionis membrũ probatur ex eo, quòd verba præſtationi ſiue executioni adiecta non faciunt actum conditionalem eſſe, l. ex his verbis, C. quando dies legati cedat. Et ideo, ſi quis ita dixerit; Titio centum dono præſtanda poſt mortem meam, erit donatio inter viuos, & tempus adiectum videbitur differendæ ſolutionis cauſa: ideoque non erit donatio cauſa mortis, nec ſub conditione mortis facta.

Argumentum prioris ſententiæ non obſtat, quia & nos dicimus donationem obligationemque, & contractum ab hæredibus, & ſic poſt mortem incipere poſſe; ſed talem donationem mortis cauſa appellabimus, quidquid de cæteris obligationibus, & contractib. ſtatuatur.

CAPVT XXIII.

Mortis cauſa, ſi quis donet, & promittat, ſe non reuocaturum eam donationem, an ſit mortis cauſa donatio?

EXiſtimo non eſſe donationem cauſa mortis, cum quis ita donat, vt nullo caſu donatio reuocetur, autoritate textus in l. vbi ita donatur, ff. de mortis cauſa donatio. Martianus: *Vbi ita donatur mortis cauſa, vt nullo caſu reuocetur cauſa donandi magis eſt, quàm mortis cauſa donatio, & ideo perinde haberi debet, atque alia qualibet inter viuos donatio.* Autores habeo Bartolum in Comment. eius loci. Angelum, in conſ. 179. nu. 6. Clarum, in §. donatio, quæſt. 4. Couuar. de Teſtam. in 2. par. Rubr. num. 12. verſ. Prima Concluſio.

Alij donationem mortis cauſa eſſe reſponderunt, eã verò conditionem ſiue promiſſionem, de non reuocando, accipiendam eſſe rebus ſic ſtantibus, videlicet, niſi donatorem pœnituerit, argum. l. quod Seruius, ff. de condict. cauſ. data, l. quæro, §. inter locatorem, ff. locati, ita Baldus ad l. cum quis, ff. de condict. cauſa data, Decius in conſ. 305. num. 4.

Sed huic ſententiæ obloquitur Martianus, l. vbi ita donatur, ff. de mortis cauſ. donat. Nec ad rem pertinent leges allegatæ: Et contra rationem eſt ex pronunciatis quibuſdam generalibus expreſſas legum deciſiones euertere. Quid quæſo commune habet cum re noſtra generale illud Axioma: Quælibet promiſſio intelligenda eſt rebus ſic ſtantibus? cum poſſe pœnitere, & reuocare donationem, & non poſſe reuocare, ſint pugnantia?

A Alij diſtinguunt, vtrum promiſſio non reuocandi adiecta ſit ſubſtantiæ donationis, an verò executioni: priore caſu inter viuos dicitur, poſteriore cauſa mortis; quia Clauſulæ executioni adiectæ non mutant ſpeciem, vt in Clem. 1. de præbend. Decius d. conſ. 305. num. 7. Natta in conſ. 104. Couuar. loco proximè citato, num 13. verſ. Tertia Concluſio. Non rectè: neque enim ea diſtinctione indigemus, qui claram legis deciſionem habemus. Valeant generalia, & Brocardica. Adhæreamus ſingularibus deciſionibus. Nam ſecundum Ariſtotelem ſermones Generales ſunt faciliores, Particulares autem veriores.

Non obloquitur Martiano in d. l. vbi ita donatur, Iulianus in l. ſi alienam, §. Marcellus, ff. eod. tit. *Poteſt*, inquit, *ſic quoque donari mortis cauſa, vt nullo caſu ſit eius repetitio:* Quia verba ſequentia rem aperiunt. Subdit enim Iulianus: *Id eſt, nec ſi conualuerit quidem donator.* Et licet ſecundum aliam literam ſic dicatur: *Et ideo nec*
B *ſi conualuerit quidem donator, reuocabitur*, apparet tamen Iuriſconſultum non hoc velle, vt donatio cauſa mortis ita fieri poſſit, vt nunquã abſolutè reuocetur, ſed vt nullo caſu ſit rei donatæ repetitio, ſcilicet etiam ſi donator conualuerit; Vel dicendum eſt, ita donari quidem poſſe cauſa mortis, vt nullo caſu abſolutè reuocari poſſit: ſed talis donatio non erit mortis cauſa, verum inter viuos, vt in d. l. vbi ita donatur, ſicuti explicat Accurſius in d. §. Marcellus, in verſ. Nullo caſu; vel dicas, *nullo caſu*, id eſt, ex ſupradictis in præcedentibus verbis.

Cæterùm, non dubito, quin verior ſit lectio prior, quę habet, *id eſt, nec ſi conualuerit quidem donator.* Nam & huic lectioni concordat, l. Senatus, §. ſic quoque, ff. eod. tit. vbi Paulus: *Sic quoque poteſt*, inquit, *donari mortis cauſa, vt nullo caſu ſit repetitio, id eſt, ne ſi conualuerit quidem donator.*

C

CAPVT XXIV.

De donatione cauſa mortis filijfamiliâs controuerſia, an requiratur patris conſenſus ad integrandam perſonam filij, vt loquuntur, ſiue pro ſolennitate actus: an verò propter patris præiudicium.

FIliusfamiliâs donare cauſa mortis patre conſentiente poteſt, l. tam is, §. 1. ff. de donatio. cauſ. mortis, l. filiusfam. ff. de donat. Sed cõtrouertitur primo, cur ſit neceſſarius patris conſenſus, an pro ſolennitate actus quaſi filiusfam. non ſit idoneus, & vt loquuntur noſtri, integrã ac ſufficientem perſonam non habeat ad donandũ cauſa mortis: an verò propter patris præiudicium. Secundò, vtrum ipſimet patri conſenſum accommodanti donare poſſit.

Quod attinet ad primũm, conſenſum patris eſſe neceſſarium, propter eius prę̨iudicium, reſponderunt Pau-
D lus Caſtrenſ. ad l. Senium, num. 7. C. qui Teſtam. facere poſſ. Alexand. ad l. 1. §. fuit quæſitum, num. 7. ff. ad Treb. & ibid. Ripa, num. 3.

Argumenta ſunt iſta: Filiusfam. abſque conſenſu patris donare poteſt mortis cauſa bona Caſtrenſis peculij, & quaſi Caſtrenſis, l. filiusfam. §. vlt. ff. de donat. Non aliam ob cauſam, niſi quia in ijs bonis nullum ius pater habet, ea enim bona pleno iure filio acquiruntur. Ergò in cæteris rebus, quæ patri acquiruntur, aliter conſtitutũ eſt, quia patri fieret præiudicium; & ideo conſenſus, & voluntas eius requiritur.

Secundum argumentum eſt, quia non dicit lex autoritatem patris eſſe neceſſariam in huiuſmodi donatione, ſicut dicimus in contractibus pupilli neceſſariam eſſe tutoris autoritatem; ſed requirit tantum patris conſenſum ſiue uoluntatem, ac permiſſum, ut in d. l. tam is, §. 1. ff. de donat. cauſ. mort. & in d. l. filiusfam. §. vlt. ff. de donat. Ideo non uidetur pro ſolennitate requiri, ſed propter patris præiudicium.

A Tertium argumentum. Si pro solennitate actus requireretur patris consensus, illud esset, quia filiusfam. non haberet integrum animi iudicium, ac sufficiens ad donandum, sicut pupillus non habet ad se obligandum, & ideo tutor adhiberi debet; sed hoc est absurdum dictu: quia filiusfamil. potest esse triginta, & quadraginta annorum, & prudens & rerum peritus; & ideo per se sufficiens ad omnia gerenda; Ergò requiritur patris consensus ratione præiudicij ipsius patris, non ratione solennitatis.

Quartum argumentum est, quia sic videmus, & in iudicijs. Nam sine patris consensu filiusfamil. in iudicio esse non potest, l. vlt. § necessitate, C. de bonis, quæ liberis, & tamen requiritur huiusmodi consensus ratione præiudicij patris, quod patet; quia si nullum vertatur patris præiudicium, vt puta, si agatur de rebus, quarum vsusfructus patri non acquiritur, filius in iudicio esse potest absque patris consensu, vt notat Bart. in d. §. necessitate, argum. c. vlt. de iudicijs, lib. 6. B

Cæterum, contrariam sententiam amplexi fuere Bartholom. Socin. ad l. 1. §. fuit quæsitum, ff. ad Trebel. & in cons. 112. lib. 1. Couuar. ad Rubr. de Testam. in 3. parte, nu. 6. & alij, quos refert, & sequitur Clarus, §. donat. q. 6. vers. Habes ergo; Isti docent consensum patris requiri pro solennitate actus.

Fundamentum est; quia si ratione præiudicij consensus patris requireretur, & non solennitatis causa, dicendum esset, consensum non requiri in casibus, in quibus pater nullum ius habet in bonis filij, etiam extra bona castrensia, vel quasi; tunc enim non posset aliquod patris præiudicium considerari, & allegari: Sed consequens est falsum, quia lex generaliter dicit, filiumfamil. donare non posse mortis causa absque patris consensu; & sic generaliter comprehendit omnia bona prorsus, etiam quæ patri non acquiruntur (exceptis tamen Castrensibus, vel quasi) ergò & antecedens est falsum, quod scilicet ratione præiudicij talis consensus requiratur. C

Confirmatur hoc argumentum; quia si verbi gratia, filiusfam. rem patris donaret, saltem in præiudicium ipsius filij valeret donatio rei alienæ, licet non in præiudicium patris. Et tamen lex absolutè dicit donare non posse filiumfam.

Ego existimo priorem sententiam longè probabiliorem esse, licet posterior sit magis communiter recepta. Et moueor duabus legibus, quæ si rectè perpendantur, manifestè probant hanc sententiam. Prima est l. filiusfamilias, ff. de donat. Altera l. vltima, §. filius, C. de bonis, quæ liberis: *Filiusfamilias* (inquit Vlpianus) *donare non potest, neque si liberam peculij administrationem habeat. Non enim ad hoc ei conceditur libera peculij administratio, vt perdat.* Et paulò infrà: *Item videamus*, inquit, *si quis filiofamilias liberam peculij administrationem concesserit, vt nominatim adijceret, sic se ei concedere, vt donare quoque possit, locum habeat donatio. & non dubito donare quoque eum posse.* D Tandem subdit textus: *Pari autem ratione qua donare filiusfamilias prohibetur, etiam mortis causa donare prohibebitur. Quamuis enim ex patris voluntate donare quoque mortis causa possit, attamen cum cessat voluntas, inhibebitur hæc quoque donatio.*

Ex hoc loco sic argumentor: Filiusfamilias ea ratione prohibetur sine patris consensu donare mortis causa, qua prohibetur inter viuos donare. Hoc probo ex §. pari autem ratione. Sed filiusfamilias donare prohibetur inter viuos propter præiudicium. Hoc probo ex verbis illis textus: *Non enim ad hoc ei conceditur libera peculij administratio, vt perdat.* Id enim vergeret in præiudicium patris, vt patet, qui liberam filio peculij administrationem concessit. Ergò filiusfamilias prohibetur donare causa mortis, ne rem perdat in præiudicium ipsius patris, ad quem pertinet res donata, inspecto tempore Vlpiani autoris dictæ legis.

Venio ad §. filius, cuius verba hæc sunt: *Filijs autem*

A *familiarum in ijs duntaxat casibus, in quibus vsusfructus apud parentes constitutus est, donec parentes viuunt, nec de eisdem rebus testari permittimus, neque cura voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, vlla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypotheca titulo dare, vel pignori adsignare. Melius enim est coarctare iuueniles calores, ne cupidinis dediti tristem exitum sentiant, qui eos, post dispersum expectat patrimonium. Cùm enim, sicut dictum est, parentes alere eos secundum leges, & naturam compellantur, quare ad venditionem rerum suarum prosilire desiderant?*

Ex hoc etiam loco sic argumentor; Si pro solennitate patris consensus requireretur, quasi filius integram personam non haberet ad donandum causa mortis, non autem ratione præiudicii, tunc prohibitio locum sibi vindicaret, etiam in iis rebus, quarum vsusfructus patri nō acquiritur: nulla enim ratio assignari potest, cur in iis rebus, quarum vsusfructus patri acquiritur, filius non habeat integram personam; B in alijs autem habeat. Sed prohibitio loquitur de iis duntaxat rebus, quarum vsusfructus patri acquiritur. Ergo inde argumentum oritur, id esse constitutum propter patris præiudicium, vt filius sine voluntate patris alienare non possit; consequenter etiam nec mortis causa donare.

Confirmatur hæc sententia; quia textus dicit, filium non habere potestatem alienandi ea bona, ne tristem exitum sentiat, qui post dispersum patrimonium sequitur. Et quia, cum pater eum alere teneatur, non est permittendum, vt res alienentur. Ratio est: quia patri, qui alere tenetur, & ex rebus aduentitiis fructus percipere potest, ex quibus filium aliqua ex parte alat, præiudicium ex tali alienatione generatur.

Ex quo fundamentum corruit contrariæ sententiæ; neque enim concedimus, filium mortis causa donare non posse absque consensu patris, res, in quibus nullum ius acquiritur parenti. Sed quoniam id quoque contro- C uersum est, vt diligentius discutiatur, sequens caput totum huic assignamus disputationi.

CAPVT XXV.

Possitne filiusfamilias mortis causa absque patris consensu res donare aduentitias, in quibus parens nullum habet vsumfructum?

HAec est controuersia, de qua diximus in fine præcedentis capitis; Filius quædam bona aduentitia habere potest, in quibus patri vsusfructus non acquiratur, puta, si ea lege sint ei relicta, vt nullum vsumfructum pater habeat, vt in Authen. Vt liceat matri, & auiæ, in principio. Vnde sumpta est Authen. Excipitur, C. de bonis, quæ liberis. Est igitur controuersia; Vtrum ea donare D mortis causa possit filiusfam. absque patris consensu. Affirmant Paulus Castrensis, & Iason, ad l. Senium, C. qui Testam. facere possunt. Idem Iason in l. pen. C. eod. titu. Negant Alexand. in d. l. pen. & Couuar. ad Rubr. de Testam. par. 3. num. 8.

Fundamentum huius posterioris sententiæ illud est; quoniam consensus patris requiritur ad solennitatē donationis, cum filius non habeat integram personam ad donandum absque patris consensu. Deinde, quia is, qui testari non potest, nec donare causa mortis potest, l. 1. §. 1. ff. de tutel. & rationibus distrahend. l. discretis, C. qui testamen. facere possunt. Sed filiusfamilias testari non potest de bonis aduentitiis, etiamsi pater in eis vsumfructum non habeat, l. penult. C. qui Testamen. facere poss. Ergò nec ea bona donare causa mortis poterit; Præsertim, quia si donare posset ea bona mortis causa, eluderetur legis prohibitio, per quam testari non potest; Sic enim filius testari prohibitus donaret causa mortis.

Adiun-

Adiungit his Couuar. argumentũ ex l. filiusfamilias, §. vlt. ff. de donat. vbi patet, filiumfamilias donare bona Castrensis peculij posse, quia de illis testari potest; Igitur si testari non possit, nec donare causa mortis poterit. Sed filiusfamilias testari non potest, vt dictum est, de huiusmodi rebus, quarum vsusfructus patri non acquiritur, d. l. pen. C. qui testam. facere possunt, Ergò nec donare causa mortis poterit.

Sed primum argumentum locum habere non potest, si eam sententiam amplectamur, quam defendimus in præcedenti capite. Posterius autem argumentum nequaquam solidum videtur; quia non est vera illa propositio ita generaliter; Qui non potest testari, nec donare potest causa mortis; sed vera est in eo casu tãtum, quo quis testari nõ potest, quia sit pupillus, vel mutus, aut surdus. Eadem enim ratio defectu personæ, quæ à testamenti factione prohibet, etiam à donandi facultate prohibere videtur. Et patet filiumfam. nec quidem patre consentiente testamentum facere posse, cum tamen donare causa mortis cum eiusdem patris consensu possit, vt, iu d. l. tam is, §. 1. ff. de donat. causa mortis.

Quòd verò deducitur argumentum ex d. l. filiusfam. § vlt. ff. de donat. nullius est momenti; quia non ita loquitur ibi Iurisconsultus, vt velit ex testandi potestate pendere potestatem donandi; sed argumentatur à maiori ad minus: *Cæterum, qui habent Castrense peculium,* inquit, *vel quasi Castrense, in ea conditione sunt, vt & donare mortis causa, & non mortis causa possint, cum testamenti factionem habeant.* Quare non licebit econtrariò sic argumentari: Non habet factionem testamenti; Ergò nec potestatem donandi causa mortis; quia à maiori ad minus argumentari, argumentum non valet ad negandum, sed ad affirmandum duntaxat.

Ego igitur existimo, contrariam sententiam probabiliorem esse. Etsi enim lex generaliter prohibeat filijsfamil. donare causa mortis, absque consensu patris, tamen iusta interpretatione restringi debet, vt habeat locum in ijs duntaxat rebus, quarum vsusfructus parentibus acquiritur; non autem in alijs. Iusta, inquam, mihi videtur hæc interpretatio; quia donatio inter viuos, & donatio causa mortis in hoc casu à lege æquiparantur, vt scilicet vtraque sit filio interdicta sine patris voluntate, & consensu, & quidem pari ratione, vt patet ex l. filiusfam. §. pari autem ratione, ff. de donat. sed nouo iure, quo vsusfructus patri duntaxat acquiritur in bonis aduentitijs, ita constitutum est, vt in illis duntaxat casibus, in quibus acquiritur vsusfructus patri, filijs sit omnis bonorum alienatio prohibita absque consensu patris, vt patet ex d. l. vlt. §. filiis, C. de bonis, quæ liber. Ergò in alijs, quorum vsusfructus patri non acquiritur, prohibitio locum non habebit; atque adeò licebit filio etiam absque patris consensu ea bona alienare.

Et licet quoad testamenti factionem alia sit interpretatio facienda, ex l pen. C. qui testam. facere possunt, tamen id ita expressum, & declaratum est à Iustiniano in testamenti factione, non autem in donatione, vel alia alienatione. Et sanè, si voluisset Imperator id etiam in donatione, & alia quapiam alienatione locum sibi vindicare, æquum erat exprimere, sicut in testamenti factione expressum est: sic enim ait Imperator in d. l. pen. *Nemo ex lege, quam nuper promulgauimus in rebus, qua parenti bus acquiri non possunt, existimet aliquid esse innouandum & permissum fuisse filiusfam. &c. testamenta facere, nullo etenim modo hoc eis permittimus, &c.*

Lex autem à Iustiniano promulgata intelligitur, l. vlt. §. filiis, C. de bonis quæ liber. vbi dicit Imperator: *Filiis autem fam. in ijs duntaxat casibus, in quibus vsusfructus apud parentes constitutus est, nec de eisdem rebus secta rs permittimus.*

Ex hac lege meritò quis existimare poterat, filio interdictam à contrario sensu non esse testamenti factionem in ijs rebus, in quibus nullum ius patri acquiritur. Et ideo Iustinianus edidit illam l. pen. C. qui testam. facere

A poss. declarantem non ex hoc permissam esse filiisfam. testamenti factionem.

Quod si voluisset etiam, quantum ad alienationes, & obligationes antiquas leges obtinere, præsertim verò quoad donationes, vt nimirum filiisfamil. absque patris consensu alienare, ac donare non possent, etiam ea bona, in quibus parentes nullum ius habent, æquum, vt dixi, erat id exprimere, quod cum expressum non fuerit, nobis sane licebit ita legem priorem interpretari, nempe, l. vlt. §. filiis, ut inde colligamus de iis rebus, quæ parentum acquisitionem prorsus effugiunt, licere filiisfam. disponere, vel alienando, vel donando, vel obligando absque consensu parentum.

Confirmatur hæc interpretatio ex Nouella eiusdem Iustiniani, vt liceat matri, & auiæ, illis verbis: *Sancimus igitur licentiam esse matri, & auia, alijsque parentibus, post quam reliquerint filiis partem, qua lege debetur, quod reliquum est sua substantia, &c. filio vel filia, &c. donare, aut*
B *etiam per vltimam relinquere voluntatem, sub hac definitione atque conditione, si voluerint, vt pater, &c. neque vsumfructum, neque aliquod penitus habeat participium.* Et paulò infrà: *Res autem ita relictas siue donatas, positis sub potestate personis, si quidem perfecta sint atatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant, quò velint modo, disponere.*

Respondet Alexand. verbum illud, *disponere*, accipiendum non ex vltima voluntate, sed inter viuos, hoc modo, vt filius disponere possit non testando, non donando causa mortis; sed inter viuos tantum.

Rectè, quantum ad testamentum faciendum, & conuenienter, l. pen. C. qui testam. fac. poss. sed non rectè, quantum ad donationem causa mortis; quia de ea Imperator nihil dixit in d. l. pen. Et illa æquiparatur donationi inter viuos, quantum ad hoc, vt interdicta sit filio absque consensu patris, l. filiusfam. §. pari autem ratione,
C ff. de donatio. Igitur si concedit Alexander, filiumfam. disponere posse inter viuos absque consensu patris, poterit etiam causa mortis donando pari ratione disponere, vt dictum est.

Illud porrò argumentum, quo dicebatur, eludi posse legem prohibentem filiisfam. testamenti factionem, si permittatur eis donare causa mortis, nihil prorsus valet; quia aliud est testari, aliud est donare causa mortis, & eodem pacto liceret argumentari perperam, concessum esse filiisfamil. vt donare mortis causa possint patre permittente; quia sic eluditur prohibitio testamenti faciendi etiam patre permittente. Quæ sanè argumentatio, sicut absurda est, ita nihili facienda videtur altera, quæ in hac affertur disputatione, eodem enim vitio laborat.

CAPVT XXVI.

Vtrum filiusfam. donare possit ipsi patri consentienti causa mortis bona aduentitia.

D PEndet magna ex parte huius controuersiæ decisio ex præcedentibus. Nam si pro solennitate donationis patris consensus requireretur, sine dubio nõ liceret ei, ad propriam vtilitatem eum accommodare, l. 1. ff. de auct. tutor. atque ita responderunt Glos. in d. l. 1. in vers. *rem acquirat.* ff. de autor. tutor. Socinus in l. 1. §. fuit quæsitum, ff. ad Trebell. Couuar. ad rub. de Testam. in 3. parte, num. 7. Clarus in §. donatio, quæst. 46. vers. Quero etiam.

Sed quoniam verior mihi videtur eorum sententia, qui censuerunt patris consensum requiri propter præiudicium ipsius patris, vt suprà in capit. 14. conclusum est, sic etiam existimo longè probabiliorem eorum sententiam, qui responderunt donationem factam à filiosam. ipsi parenti valere. Neque enim obstare potest regula d. l. 1. ff. de autor. tutor. *In rem suam auctorem quempiam esse non posse.* Cum hic patris autoritas non requi-

ratur pro solennitate, sed ratione præiudicij, quòd patri oritetur ex donatione filij, propter vsumfructum scilicet quem pater habet in bonis filij; Consequenter nil proponi posse uidetur, cur donare non possit filius ipsi patri consentienti; donare, inquam, non usumfructum, quem pater iam habet, sed proprietatem, quam non habet. Sie enim ratiocinari iuuat. Filius habet dominium & proprietatem rerum, ergo potest de ea disponere, si quidem vsumfructum patris attingat, requiritur eius consensus, vt in l. vlt. § filijs, C. de bonis, quæ lib. ne uidelicet patri in eo vsufructu fiat præiudicium. Si ergo velit ipsi patri donare filius proprietatem causa mortis consentienti & acceptanti, cur ea donatio non ualebit? Nonne mortis firmantur donationes inter patrem & filium, l. donationes quas parentes, C. de donat. inter uirum & vxorem? Cur igitur & donatio mortis causa à filio facta non con firmabitur filii morte? Ita sanè responderunt Alex. Iason Ripa, ad l. 1. §. fuit quæsitum, ff. ad Treb. Castren. in l. Senatum, C. qui testam. fac. possess. & in l. tam is, §. 1. ff. de do nat. cau. mort. quibus subscribo.

CAPVT XXVII.

An l. si pater puellæ, C. de inoffic. testam. sit correcta ex l. quoniam in prioribus, eod. titu. quantum ad legitimam.



Vm legitima filijs debita nullum onus, nullū grauamen recipiat, vt in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. in controuersiam venit, vtrum id, quod responsum est in l. si pater puellæ, C. eod. tit. nunc etiam obtinere debeat, an verò quantum ad legitimam filii correctum esse videatur. Et Accursius, Barto. Bald. Castren. Iason, in Commentarijs d. l. si pater, existimant, quoad legitimam locum non habere. Idem docet Alex. ad l. cum ex filio, ff. de vulg. & in consi 43. circa fin. lib. 2.

Fundamentum est in verbis generalibus, l. quoniam in prioribus, C. eod. tit. quibus omne grauamen reiicitur de legitima. tot: *Ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcunque onus introducens tollatur*, &c. & in l. Scimus, §. cum autem, C. eo. ibi: *Quia nostra constitutio, qua antea composita est, omnem dilationem, omnemq; moram censuit esse subtrahendam, vt quarta pars pura, & mox restituatur*, &c.

Sed contrariam sententiam habuit Dec. in consi. 456. col. 3 post Ricardum Malumb. Fulgosium, & alios, & nouissimus adductis aliorum autoritatibus, Simon Pretus, de interpretatione vltim. volunt. lib. 3. Dubitatione sexta, solutione 2. num. 9. isti responderunt non esse correctam l. si pater puellæ, nec alias similes leges, quibus querela olim inofficiosi testamenti denegabatur: non esse, inquam, correctas etiam quantum ad legitimam.

Et istis ego planè assentior eo argumento, quo & ipsi vtuntur, nempe quod l. quoniam in prioribus, non loquatur, nisi eo in casu, quo olim querela de inofficioso competebat, vt scilicet testamentum minimè rescindatur, sed grauamen pro nullo habeatur. quare vbi olim de inofficioso querela cessabat, ipsum grauamē valebit. Verba legis hæc sunt: *Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, vt si quid minus legitima portione iis derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem mouere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamētum rescindatur: hoc in præsenti addendum esse censemus, vt si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliqua dispositione moram, vel modum, vel aliud grauamen introducente eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcunque onus introducens tollatur: & ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.*

Ex quibus verbis patet, Imperatorem hoc voluisse, vt

A testamentum non rescinderetur, siue minus legitima portione filijs relictum esset à parente, siue quantum sufficit pro legitima portione, sed tamen adiecta conditione, vel mora. Priore enim casu statuit, vt quod ad legitimam deest, repleatur. Posteriore autem, vt conditio, mora & onus nullius sint momenti. Quare si nullum prorsus periculum esset rescissionis testamenti, nec Constitutio loquitur, nec ratio eius locum habere potest. Sed nullum periculum erat testamenti rumpendi in ea specie, de qua fit mentio in d. l. si pater puellæ, vt patet ex ipsa lege: Ergo ad eum casum, nec verba l. quoniam in prioribus, pertinere possunt; nec ratio illius locum habere potest.

CAPVT XXVIII.

Ad l. vlt. vlt. de leg. 2. annotationes, quibus, & quæ controuersa sunt, expediuntur.

B



Vm multa de fideicommissis dixerimus, prætereunda nobis non videtur l. vlt. de leg. 2. sed potius illustranda aliquibus adnotationibus & interpretationibus, quibus, & quæ sunt inter Doct. controuersia, expedientur. Verba tex. hæc sunt: *Maritus vxorem ex asse hæredem instituit, cuius post mortem codicillos aperiri testator præcepit: prædium hæreditarium vxor infructuosum ratum sua existimans, vendidit, emptor quærit: an retractari hæc venditio possit post mortē mulieris ab his, quibus codicillis per fideicommissum hæreditas data deprehenderetur: an vero solum quantitas pretii ab hærede vxoris fideicommissariis debeatur. Respondi propter iustam ignorantiam tam mulieris, quàm emptoris hæredem mulieris, vt fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario precium dare debere.*

Primo notandum est, non esse locum huic decisioni, cum is, qui alienauit rem restitutioni subiectam, vel hæ C res illius, soluendo non est; tunc enim in subsidium res alienata vindicari potest. argum. l. planè, 97. §. qui rogatus, de leg. 1. Ita Iason, ad Auth. res quæ, nu. 2. C. commu: de leg. Soc. iun. in conf. 137. num. 5. lib. 1.

Secundo notandum, illud Responsum locum habere in fideicommisso vniuersali, scilicet de restituenda hæreditate; secus in particulari. ita Alexander post Imolam, in l. Marcellus, § res quæ, num. 4. ff. ad Trebell. Sic enim tex. ille loquitur: Sed cum ratio legis posita sit in iusta ignorantia tam hæredis, quàm emptoris, dicendum est, etiam in particulari fideicommisso idem iuris videri, si eadem ignorantiæ ratio subsit. Ita docet Paulus Castr. ad l. vlt. §. sed quia nostra, nu. 4. C. commun. de leg. cui & ipse consentio.

Tertio, notandum textum, quem in manibus habemus, haudquaquam locum sibi vindicare posse, vbi res restitutioni subiecta est purè, vel ad diem certum; tunc enim alienatio facta non valet, vt in l. vlt. §. sed quia no-D stra. C. commun. de leg. & fideicom. & ideo in fideicommisso duntaxat conditionali, de quo loquitur, accipiendus erit. ita Paulus Castrens. in d. §. sed quia nostra, nume. 4. Alexander in d. l. Marcellus, § res quæ, post nu. 4. ff. ad Trebell.

Quarto, notandum textum hunc non procedere, cū res restitutioni subiecta expressè alienari prohibita est, tunc enim alienatio facta non ualet, secundum Glos. communiter receptam, in l. cum pater, §. Libertis, de legat. 2. ita Alexander in d. l. Marcellus, §. res quæ, num. 4. Ripa ad l. filiusfam. §. Diui, nu. 2. de leg. 1. Rota Romana nouissimè in prima parte Decisionum nouissimarum, decis. 21. 22.

Quinto, non procedit textus, vbi alienatio titulo lucratiuo facta est; loquitur enim ibi Iurisconsultus de venditione facta. Ita Cuman. in l. quidam ita, §. si quis cum filium, ff. ad Trebell. cuius meminit Alexan. in d. §. res quæ, num. 6.

Sed non placet hæc sententia, quia repugnat text. in d. §.

d §.si quis cum filium: ibi enim pretium serui manumissi debetur, etsi filius ignorasset Codicillos à patre factos, ne factum eius alteri damnum afferat; & tamen manumissio facta fuit sine pretio: & sic ea causa lucratiua potest dici facta alienatio, & nihilominus actio competit ad pretium. Denique etiam hoc in casu ratio ignorantiæ tam hæredis, quàm ei, cui donatur, locum habet.

Sextò, non procedit textus noster, nisi quando hæres, qui fideicommisso grauatus fuit, ignorantiam ipsius fideicommissi iustam & probabilem habuit facto testatoris, qui prohibuit Codicillos aperiri; secus si aliam ob causam ignorauerit, ita Coman. in hunc locum adducta Baldi autoritate in Authen. res quæ, C. Commun. de legatis: sed vt rectè monet Alexand. in d. l. Marcellus, §. res quæ, num. 4. ff. ad Trebell. nec Baldus id dixit, nec vera est interpretatio ista; quia lex non est imposita verbis, sed rebus. l. 2. C. Commun. de legatis. Quare licet textus hic loquatur in ea specie, qua ignorantia hæredis circa fideicommissum ex facto testatoris prouenit, nihil tamen proponitur, cur non idem sit iuris, quoties iusta & probabilis est ignorantia, licet ex alterius facto, quàm testatoris proueniat.

CAPVT XXIX.

De actione fideicommissario competente contra tertios possessores.

DIdici Placentiæ in excelso Iustitiæ Consilio arduam illam controuersiam de actione fideicommissario competente, aduersus tertios rerum restitutioni subiectarum possessores, facile componi posse distinctione hac adhibita. Aut enim alienatio facta est ab hærede onus fideicommissi ignorante, in eum, qui similiter ignorauit, & nulla competit actio aduersus possessorem; sed ad pretium hæres, qui alienauit, conueniri potest, l. vlt. §. vlt. de leg. 2. de qua in capite præcedenti dictum est: Aut alienatio est facta ab hærede sciente, vel in eum, qui sciebat onus fideicommissi, atque adeò rem restitutioni subiectam; & tunc rei vindicatio competit fideicommissario, vt docet text. in l. vlt. §. sin autem sub conditione, C. commun. de leg. illis verbis: *Sed in his omnibus casibus legatario quidem vel fideicõmissario omnis licentia pateat rem vindicare, & sibi assignare, nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.*

Ita responderunt Baldus in consil. 4. lib. 4. Paulus Castrens. in consil. 94. in vltimo dubio, lib. 2. Aretinus in consil. 37. ad finem. Crauetta in consil. 61. num. 6. Angelus in consil. 163. Natta in consil. 400.

Qui hanc sententiã probant fortissimo hoc argumento. Tres actiones dantur pro rebus fideicommisso subiectis. Actio personalis ex testamento, hypothecaria, & rei vindicatio. Personalis hoc in casu competere nõ potest; illa enim contra hæredem competit, qui ea aditione hæreditatis videtur quasi contrahere cum legatarijs, & fideicommissarijs, §. hæres, in Instit. de oblig. quę quasi ex contractu, non autem contra singularem successorem, l. 1. §. si hæres, ff. ad Trebell. Hypothecaria competere non potest; quia illa non datur ad res fideicommisso subiectas, sed ad alias res defuncti, l. 1. C. Commun. de legatis. ibi: *Et insuper vtilem Seruianam, id est, hypothecariam super his, quæ fuerunt derelicta in res mortui præstare.* Ergo necesse est, vt rei vindicatio detur. Neque enim fideicommissaria hæreditatis petitio competere potest; quoniam illa datur ad instar petitionis hæreditatis, l. 1. & 2. ff. de fideicommiss. hęred. petit. Petitio autem hæreditatis non datur contra titulo possidentem, l. regulariter, ff. de petit. hæred. & fuse disserui in prima parte Controuersiarum, lib. 1. cap. 4.

Ex hoc infertur, agenti in hoc casu onus incumbere probandi, non simpliciter bona in bonis fuisse defuncti testatoris, vt Doctores loquuntur; sed in dominio fuisse testatoris. Nam is, qui conuenitur, habet titulum & possessionem; quare si actor probet dumtaxat possessionem defuncti, & simul causam, quam habet ex fideicommisso, absoluetur reus. In pari enim causa melior est conditio possidentis, secundum Iuris Regulam.

Dices, is qui emit, siue causam habet ab hærede grauato, referre non potest quæstionem dominij, ex notatis per Glos. in l. cum res, C. de probation. Ergo non erit necesse dominium probare defuncti testatoris; quia id possessor negare non poterit. Respondeo, cum agitur actione in rem, eum qui ab aliquo causam habet, referre ei posse quæstionem dominij; atque adeo negare eum dominum fuisse, vt declarat post Glos. Bartol ad l. ita vt si fur, ff. commod. Alexander in consil. 92. num. 1. lib. 1. Crauetta in consil. 157. num. 5. Neguzantius de pignorib. 3. memb. 2. partis, num. 64.

CAPVT XXX.

Ad l. 1. de leg. 1.



AIt Vlpianus: *Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis.* Sed controuertitur quomodo verum sit, Vlpiani tempore legata exæquata fuisse fideicommissis, cum in multis differrent. Ecce legatæ rei dominium recta via transit in legatarium, l. à Titio, ff. de furt. Rei autem per fideicommissum relictæ non æquè, l. qui vsumfructum, ff. si vsusfruct. petat. Pro legatis actio in personam ordinaria competebat, §. hæres, in Instit. de oblig. quæ ex quasi contr. Sed fideicommissa extra ordinem officio Iudicis implorato petebantur, l. pecuniæ, ff. de verb. signif. Legata non aliter valebant, quàm si testamento relicta essent, vel Codicillis testamento confirmatis: fideicõmissa verò etiam in Codicillis testamento non confirmatis relinquebantur, vt latè alias differentias explicans docet Caius lib. 2. Institut. tit. 7. & Accursius ad d. l. 1. de leg. 1. Huc accedat quod Iustinianus se exæquasse ipsa legata, & fideicommissa profitetur, vt in §. sed non vsque, in Institut. de legat. ibi: *Necessarium duximus, omnia legata fideicommissis exæquare.* C. commun. de legat.

Accursius tres adfert solutiones, Prima consideranda esse tria tempora. Primum est vetustissimũ, duodecim tabularum, & eo tempore erant aliquæ differentiæ inter legata & fideicommissa. Secundum est Vlpiani tempus, quod mediæ Iurisprudentiæ appellat, & tunc exæquatio legatorum, & fideicommissorum facta est. Tertium est tempus Iustiniani, qui sententiam Vlpiani approbauit, & legata & fideicommissa exæquauit.

Secunda est solutio: Vlpianum fortè in ea sententia fuisse, quod legata exæquata essent fideicommissis, sed alios Iurisconsultos contrariam opinionem habuisse.

Tertia est solutio, aliquid detractum fuisse ex Vlpiani verbis à compilatoribus Pandectarum, quod propterea hanc nouitatem inducit.

Priorem solutionem Bartolus, & alij communiter secuti sunt, in d. l. 1. Secundam verò ferè omnes reijciunt. Tertiam Alciatus probat, existimatque eam Vlpiani legem à Triboniano, & alijs emendatam fuisse, & addita illa verba: Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis, vt legi Iustinianæ conformis esset. Quam ob causam Gregorius Haloander in Editione Norica inscriptionem, quam habet d. l. 1. nempe Vlpianus lib. 67. ad Edictum non apposuit. Id quod testatur, ac probat Eguinarius Baro in Commentarijs Instit. tit. de legatis, dicitque in exemplari Biturigum, inscriptionem d. l. ita cõceptam esse, vt loco Vlpiani substitutus fuerit Imperator. Quod risu excepit Iacob. Cuiacius lib. 8. Obseruat. cap. 4. Quẽadmodum & Haloandri sententiam reprobat Antonius Augustinus lib. 3. Emendationum, cap. 9. paulò ante nu. 10. eam ob causam, quod in Pandectis Florentinis caret Inscriptio vulgata. Vlpianus lib. 67. ad Edictum. Suspicatur tamen Augustinus idem, quod Accursius, dum ait:

Arbitror

Arbitror tamen eius ſententia exceptiones, quas fortaſſe Vlpianus adſcripſerat Tribonianum diſcutere noluiſſe, ne contra Iuſtiniani conſtitutiones faceret.

Eandem ſententiam ferè habuit Duarenus lib. ſecundo Anniuerſar. Diſputat. cap. 9. putat enim, aliquid à Cópilatoribus detractum eſſe ea Vlpiani lege. laudat exemplar, quod inſcriptionem habet Imperator Vlpiani loco; probat & Haloandri ſententiam inſcriptionem Vlpiani adimentis archetypo Florentino poſthabito. Eidemque ſententiæ adſtipulatur Viglius in Commentariis Inſtit. ad ti. de legatis, §. legatariis.

Ioannes Coraſius lib. quinto Miſcellaneorum, ca. 17. putat ab Vlpiano exæquata eſſe legata fideicommiſſis, licet Iuſtinianus ſe exæquaſſe dicat, quòd ei ſolēne fit multa à veteribus Iuriſconſultis ordinata, & conſtituta ſibi adſcribere. Ego ſanè hanc ſententiam & ipſe probo, totam hanc rem Triboniano, & cæteris compilatoribus attribuendam, qui ueterum Iurisconſultorum Reſponſa non raro immutant, vt Iuſtiniani legibus appareant eſſe conformia. Nec aliud probabiliter magis adſerri poteſt, niſi quis Ferdinando Vaſquio aſſentiri malit, lib. ſecundo de ſucceſſionum creatione, §. 17. num. 119. verſ. nona concluſio, exiſtimanti legata exæquata eſſe fideicommiſſis, ſed non contra fideicommiſſa legatis, vt uidelicet quicquid iuris fideicommiſſis indultum eſt, id & legata producendum ſit, ſed non è contrario: qua tamen in re ſubſiſto.

Iacobus Cuiac. lib. 8. Obſeruat. c. 4. *Per omnia exæquata ſunt legata fideicommiſſis, inquit, in quarta deductione, & exæquata ſunt S. C. Pegaſiano; Ideóq; interdictum quorum legatorum, dabitur etiam hodie fideicommiſſorum nomine propter Falcidia retentionem, de qua cum Vlpianum eodem libro tractaſſe conſtet ex l. 1. ff. quor. legat. inde liquido apparet, eam l. 1. de leg. 1. pertinere ad Tractatum de leg. Falcidia.* Hactenus Cuiacius, cui non aſſentior.

CAPVT XXXI.

Pro legatis conſequendis ſitne executiue procedendum, an ordinariè.


Errant, qui putant, pro legatis conſequendis proceſſum executiuum (ſic enim pragmatici loquuntur) inſtitui poſſe. In hanc enim ſententiam adducuntur ex lege perperam intellecta. Hæc eſt Nouella Iuſtiniani de heredibus & Falcidia, §. illud, verba tex. hæc ſunt: *Illud quoque proſpeximus; ne tempus fiat longum in talibus quæſtionibus. Nullam enim talium quæſtionum, aut litium tranſcendere anni tempus ſancimus: neceſſitatem imponentes omnino intra annum poſt aditionem, & legata ſolui, & quæ à teſtatore ſunt relicta compleri ſecundum ſui naturam, & omnia agi, quæcunque prius ediximus. Initium autem anno damus, ſicut prius iam diximus ab admonitione ex iudiciali decreto facta. Annus enim per culpam hæredis tranſacto, tunc ille quidem cadet relictis: alii verè ad hæc venient, quos prius vocauimus.*

Accurſius in verbo; *Decreto, per quandam interlocutoriam,* inquit, *qua præcipiat ei, vt ſoluat, vel per iudicem, vel per nuncium.* Hinc ſententia illa nata eſt: execuitiuum eſſe iudicium, ac proceſſum pro legatis conſequendis, vt uidere licet ea Angelo in Commentariis illius loci. Alexand. ad l. vlt. nume. 13. C. de edicto Diui Adriani toll. & ibid. Iaſone, nume. 14. Socino ſeniore, in conſil. 103. lib. 3. Decio, ad l. in teſtamentis, num. 6. de regul. iur. vbi etiam Cagnol. num. 9. Alciato, ad l. pecuniæ verbum, §. actionis, de verb. ſig. Natta in conſ. 206. nu. 4. conſil. 626. num. 25.

Non rectè: quia hæc eſt ſententia Iuſtiniani, vt hæres incidat in pœnam priuationis relictorum, ſi poſt aditam hæreditatem annum integrum ceſſauerit in exæquē da voluntate defuncti, qui tamen annus non ab aditione numerabitur, ſed ab admonitione & conuentione iudicis, à quo tempore his peragenda eſt intra annum, & eſt exceptio ad l. properandum, C. de iudiciis. Vide Iacobum Cuiacium in expoſitione dictæ Nouellæ, vbi id confirmat ex verbis Græcis, & ratione ſatis manifeſta. Quare negantibus executiuè procedi hoc in caſu poſſe, planè aſſentior. Ita Alexander ad l. ſi cum dotem, §. eo tempore, ff ſol. matrim. & in l. ait prætor, §. ſi iudex, nu. 5. ff. de re iud. Decius in l. vlt. num. 16. C. de edicto D. Adr. toll. Zucchar. ibid. nu. 694. Menochius de adipiſcen. poſſeſ. remedio 4. nu. 693. & ſeq.

CAPVT XXXII.

Sitne legatum, an verò inter viuos donatio, cum quis in teſtamento donat aliquid præſenti & acceptanti.


Teſtator dicit, dono Titio centum, qui erat præſens & acceptauit; quæritur an ſit legatum: an verò inter viuos donatio. Legatum eſſe reſponderunt Ioannes Fabri, in §. legatum, in Inſtitu. de legat. Iacobus Niger ad Rubr. de leg. 1. num. 13. Socin. iun. ibid. num. 63. Franciſcus Caldas ad l. ſi curatorem habens, C. de in integrū reſtitut. minor. in verbo, ſine curatore, num. 19. verſ. contrarium tamen, Mantica, qui & Nattam einſdem ſententiæ adſert, de coniect. vlt. volunt. lib. 8. ti. 1. poſt num. 36. verſ. ſed aduertendum eſt.

Cæterùm, donationem eſſe inter viuos reſponderunt Angelus Aretinus in § legatum, col. 1. in Inſtitu. de leg. Ioannes Crotus, in Rubr. de leg. 1. nu. 10. & ibid. Ludou. Aluarus, nu. 143. Crauetta, nu. 133. Fernan. Vaſquius de ſucceſſionum creatione & progreſſu, §. 23. num. 3. Menoch. qui & alios adducit, de præſumpt. lib. 4. in 2. par. præſumpt. 105. nu. 18. 19.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt; quia verba ſunt intelligenda ſecundum ſubiectam materiam, l. ſi vno, ff. locati. Subiecta autem materia eſt teſtamentum, cui magis congruit legatum & fideicommiſſ. quàm donatio inter viuos. Huc accedat, quod legatum nihil aliud eſt, quàm donatio, vt in §. legatum, in Inſtit. de leg. Nec obſtat præſentia & acceptatio: quia licet neceſſaria hac non ſint, non repugnant tamen naturæ legati: cum & dictantibus teſtamentum, & teſtibus in teſtamento præſentibus legari poſſit, l. dictantibus, C. de teſtam. l. ſi quis ita ſcripſerit, ff. de reb. dub. §. legatarij, in Inſt. de teſtam. & potius dici debet donatio cauſa mortis, quæ etiam exigit præſentiam & conſenſum donatarij, l. inter mortis, ff. de mortis cau. donat. & legato æquiparantur, l. illud, ff. eo. ti. §. 1. in Inſtit. de douat.

Poſterioris autem ſententię fundamentum eſt, quia legatum non exigit præſentiam legatarij, cum abſenti & ignoranti poſſit relinqui, l. cum pater, §. ſurdo, de leg. 2. Donatio autem requirit conſenſum donatarij, l. abſenti, ff. de donat. l. in omnibus reb. ff. de act. & oblig. Cum ergo donatarius hic fuerit præſens, & acceptauerit, videtur eſſe donatio inter viuos. Huc accedat, quòd verba propriè ſunt accipienda, l. non aliter, de leg. 3. & in potiori ac pleniori ſignificatu, l. in teſtamentis, de reg. iuris, c. ſi pater, de teſtam. lib. 6. Ergo verbum dono ita potius accipiendum eſt, vt donationem inter viuos ſignificet, quàm legatum; illa enim eſt plenior, & magis propria inter pretatio. Et licet præſentia illa & acceptatio non impediat legatum ex legibus allegatis in contrario argumento, nihil tamen hoc ad rem pertinet, quia leges allegatæ loquuntur, cum teſtator vſus eſt verbo (lego) quod ſui natura & proprietate non donationem, ſed legatum ſignificat.

Neque verò dubitari poſſe videtur, quin in teſtamento fieri poſſit donatio inter viuos, cum & contractus, & alia id genus celebrari queant, argum. l. hæredes palam, §. vlt.

§.vlt.ff.de testam.l.cum quis decedens, §.codicillis, de legat.3.l.1.§.assignare, iuncta l assignare, ff.de assignand.libertis, & est communis sententia Doctorum, ut latè adductis autoritatibus ostendit Tiraq.de legib. connubiallib. in verbo *Contractu*. Glo.5.nu.101.

Ego verò priorem sententiam verissimam esse iudico, & moueor hoc argumento, quod fortasse nouum alicui videbitur: quoniam in testamento fieri non possit talis inter viuos donatio, nec vllus alius actus siue cōtractus, qui ad testamentum non pertineat. Ad testamentum autem pertineret, si, exempli causa, quis diceret; si non ualet testamentum dono Titio hæredi meo bona mea inter viuos, aut simile aliquid testator inter viuos ordinaret, si non ualeret testamentum, ut declarat optimè Castrensis, in l.hæredes palam, §. vlt. ff.de Testamen. Cum enim hæc, quæ inter uiuos dicuntur, in testamento fieri non possint, vt probabo, sequitur dicendum, in proposita specie non donationem inter uiuos videri, sed potius legatum, quod in testamento procul dubio fieri potest.

Iam igitur id probo: *Vno contextu actionis testari oportet. Est autem vno contextu, nullum alienum actum testamento intermiscere*, verba sunt Iurisconsulti in l.hæredes palam, §.vlt. ff.de Testam. Idem habetur in l.cum antiquitas, C. de Testamentis, & alibi. Quamobrem Vlp. *Verba contraxerunt*, inquit, *gesserunt, non pertinent ad ius testandi*. l.verba, 20.de verb. signif. Ergo contractus inter viuos, qui à testamento alienus est, fieri non poterit.

Ad probandum autem fieri posse, adfertur primo tex. in d.l. hæredes palam, §.vlt.respondeo, nihil facere; verba hæc sunt: *Quod si aliquod pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur*.

Nullum verbum hic de contractu, qui ad Testamentum non pertineat.

Secundo adfertur l.cum quis decedens, §.Codicillis, de leg.3.Respondeo, nihil facit, uerba hæc sunt: *Maximo domino meo denaria decies quinquies mille, quæ accepi in depositum à patruo eius Iulio Maximo, vt ei viro facto, vel adulto reddam cum vsuris, quæ sunt triginta millia ei dari volo, ita enim patri suo iuraui*.

Nullus hic est contractus inter viuos, sed Codicillum facientis confessio & ordinatio, vt soluatur, quod promissum ab eo est, quod non repugnat testamento, vel Codicillo, immò maximè conuenit.

Tertio adfertur l.assignare, ff.de assignand. liber. quæ nihil ad rem facit, vt notauit Paul.Castrens. in d.l. hæredes palam, §. vlt. ff.de Testam. quia libertorum assignatio etiam in testam. fieri potest, l. 1.§.assignari, ff. eod. n. quod autem contractus in testam. fieri possint, nulla lege potest demonstrari.

Dices, etsi testamentum vno contextu fieri debeat, ac proinde nullus contractus alienus misceri debeat; si tamen misceatur, non uitiabitur, sed potius testamentum non valebit, & consequenter, quod ad rem propositam attinet, valebit inter viuos donatio, licet fortasse testamentum non sit validum. Respondeo, hinc sequi, donationem non esse interpretandam in dubio, sed potius legatum; quia si legatum sit, valebit utrunque, & testamē tum scilicet, & legatum. Quoties enim ambigua est oratio, commodissimum est id accipere, quo res, de qua agitur, magis valeat, quàm pereat, l. quoties, 13. ff.de reb. dub. l.quoties, ff.de uerb.oblig. Contractum in testamento fieri posse, vult Duarenus, ad ti.de testamentis, c.de testam.nuncup.ex l.26.ff.de pig.act. quæ non obstat: quia accipienda est secundum l.casus, ff.de alim. & cibar. leg. Præterea, de hypotheca loquitur quæ nudo pacto contrahitur, & ideo contractus non est. Adducit etiam l.si auia, C.de iure delib. quæ non loquitur de contractu, sed de aditione hæreditatis.

CAPVT XXXIII.

De legato à debitore relicto creditori, an compensandum sit cum debito, vbi discutitur illa communis distinctio, vtrum ex causa necessaria, an voluntaria debitum procedat.



Communis est distinctio, si debitum ex causa voluntaria originem habeat, non compensari cum legato, nisi voluntas testatoris compensare uolentis ostendatur euidēter, l.creditorem, 87.de leg.2.l.creditor, C.de leg l.si compensandi, C.de hæred.instit. Cæterum, si descendat ex causa necessaria, compēsari, l.si cum dotem, §.si pater, ff.sol.matr.l.huiusmodi, §.cum pater, de leg.1. l.Titia cū testamento, §.quia inuita, de leg.2. Auth. Præterea, C.vnde vir.l.omnimodo, §.imputari, l.quoniam Nouella, C. de inoff.testam.vide interpretes in hæc loca, Couuar.in c.officij, de testam. Manticam de coniect. vlt. volunt. lib.10.ti.2.nouissime Menoch. de præsumpt. lib.4. in 2.par. præsumpt.109.

Sed vereor, vt uera sit hæc distinctio, magisque assentior Francisco Duareno in commentariis d.l.si cum dotem, §.si pater, ff.sol.matr.asseueranti absque ratione excogitatam esse; & Corasio lib.3.Miscellaneor. c.1. dubiā sibi videri dicenti. Videbamus. Dotis debitum ex causa necessaria oriri docent, & rectè: Pater enim dotem tenetur dare filiæ suæ, l.vlt.C.de dotis promissio. Si ergo à patre legetur aliquid, compensabitur cum dote; quia, vt sic statuamus, cogit distinctio. At contra oppono, l.si pater, ff.de collat.dotis. Pomponius: *Si pater pro filia dotem promiserit; deinde exhæredata, vel etiam emancipata & præterita legatum dederit, habebit filia etiam dotem præcipuā & legatum*.

At ibi dicunt, propter iniuriam exhæredationis, vel preteritionis legatum non compensatur: Sed quæ est ratio? nonne legatum potest esse magnum & legitimam exuperans, quo casu illo tempore nō erat querelæ locus? At legatum (inquiunt) erat in specie, dos in quantitate: Quis reuelauit hoc arcanum? At ibi dos promissa fuerat genero: Legatum autem relictum filiæ. Nugæ; immò etsi ita sit, fit compensatio, l.huiusmodi, §.cum pater, de leg.1. *Cum pater pro filia sua dotis nomine centum promisisse: deinde eidem centum eadem legasset, doli mali exceptione hæres tutus erit*, &c. Vides ibi dotem pro filia promissam, sine dubio genero. At ibi agitur de collatione facienda, vel non, quid hoc est? Sufficit filiam utrumque potuisse consequi, & dotem & legatum.

Quid igitur dicemus; an rem ita relinquemus indecisam, quasi non liqueat? Sic sanè reliquit Iurisc. celeberrimus, nostra tempestate: nec enim, si distinctioni hæreamus supradictæ, hunc scopulum facilè uitabimus. Ego non relinquo, sed ab hac distinctione recedo, primus fortasse à Duareno & Corasio, & aio Pomponium loqui, cum in legato dotis causa adiecta non est. Declaro. Cum pater dotem promisit; deinde dotis causa legauit, fit cō pensatio, l.huiusmodi, §.cum pater, de leg.1. ibi: *Eidem centum eadem legasset*. in l. Titia, cum testamento, §.qui inuita, de leg.2.ibi: *Et ab eo fideicommissum filia dotis nomine reliquit*. Cum uero dotis debitor parens dotis nomine non reliquit, sed simpliciter, non fit cōpensatio. Pomponius in d. l.si pater, vnde habes? ex l.vnica, §.sciendū, C.de rei vxor.act.ibi: *Nisi specialiter pro dote ea maritus ei dereliquit, cum manifestissimum sit testatorem, qui non hoc addidit, voluisse vtrumque cōsequi*. Iacobus Cuiacius lib.3. Obseruat.cap.16.ad finem (ne me putet quis solum esse) *De patre vero*, inquit, *qui non illud adiecerit, se dotis nomine legare, nunc videndum est: & putem vtrumque tunc filiam consequi posse, sicut à patre pro filia dote promissa, & filia relicto legato traditum est, in l.si pater, ff.de collat. dotis*. Hactenus Cuiacius.

Quod verò in legitima filij constitutum est, vt imputetur

tentur in eam legata, donationes, &c. l. quoniam Nouella, l. omnimodo, §. imputari, C. de inoffic. testamen. suam habet rationem; quia uidelicet, cum filius ex substantia patris debitam habet portionem, non est locus querelæ de inofficioso, l. Papinianus, §. si quis mortis, & §. quoniam, ff. eod. titu. Hodie titulo institutionis habere debet, vt in §. aliud quoque, in Authen. vt cum de appellat. cognosc.

Et cum mulier, quæ absque dote nupsit, legatum habet, quo suam subleuare inopiam possit, cur non illud in portionem ei lege delatam imputaretur, cum ad inopiã ipsam subleuandam delata sit portio, vt in d. Auth. Præterea, C. vnde vir & vxor. & ex Nouella vnde sumitur, intelligi potest, & iam ex legato subleuari aliqua ex parte queat?

Portò illud argumentum, quod sumunt ex l. quod autem, ff. de iure dotium, ad probandum non esse necessarium in hac specie mentionem fieri nominis dotis, planè nihil ualet. Ait textus: *Quod autem in stipulatione non est necessaria dotis adiectio, etiam in donatione tantundem dicimus*. Sensus est: Si uir dicat se accepisse ab vxore, vel contra uxor à viro certam pecuniæ quantitatem, quã promitur restituere, necessariam non esse dotis mentionem, vel donationis propter nuptias. Quid hoc, quæso, cum re, qua de agitur, commune habet?

CAPVT XXXIV.

Quid dicendum, si legatum consistat in specie, & debitum necessarium in quantitate, retenta specie, de qua in capite praecedenti.

EXistimat Bartolus in l. huiusmodi, §. cum pater, de leg. 1. Si legatum consistat in specie, & debita dos in quantitate, non esse locum compẽsationi, autoritate l. si pater pro filia, ff. de collatio. dotis. Eandem sententiam secuti sunt ibidem Bald. Castrens. Comens. Alexand. & alij, quos refert, sed non sequitur Menoch. de præsumpt. lib. 4. in secunda parte, pręsumpt. 109. num. 16. vers. Respondet primò. & Mantica de coniect. vltim. volunt. lib. 10. titu. 2. num. 8. & num. 37. vers. Cæterum. Sed contrarium docuit Socin. alijs adductis in tract. Regul. Reg. 282. sequitur Menoch. loco proximè citato, nu. 31. & num. 37. illi docent etiam hoc in casu locum esse compensationi, autoritate communis distinctionis, quæ docet legatum censeri animo compensandi cum debito necessario relictum; nec distinguit quantitatem à specie.

Ego neque priori, neque posteriori sententiæ assentior: Non posteriori; quia communis illa distinctio iure non probatur, vt iam in præcedenti capite demonstrauimus. Non priori, quoniam, quæ adfertur lex, id non dicit. Sed vera ratio illius legis est, quia non fuit legatum factum nomine dotis. Ita enim nostris legibus conuenienter loquimur, cum dicimus, legatum nõ videri animo compensandi factum cum dote, quoties nulla mentio dotis est facta, l. vnica, §. sciendum, C. de rei vxor. act. Videri autem animo compensandi factum, cum mentionem dotis continet, quia non est uerisimile testatorem duplici præstatione onerare hæredem uoluisse ex eadem causa, vt in l. Titia cum testamẽto, §. qui inuita, de leg. 2. Duplex autem præstatio futura est, si dotem promissam à defuncto hæres soluat, & simul dotem legatam; nisi probet filia hoc animo testatorem fuisse, vt duplicaret ei legatum, l. cum pater, ff. de iure dotium. Vlpianus: *Cum pater dotem pro filia promittit, & dotem legat, siquidem marito legauit, videndum est, an legatum valeat: & non puto valere; Nam cum creditori debitor legat id, quod debet, nullum legatum est. Quod si filia legauit, valet legatum: Dos enim ex promissione marito debetur, & legatum filia. Et siquidem hoc animo testatorem esse filia ostenderit, vt duplicaret ei legatum, habebit utrumque, & dotem, quam maritus consecutus fuerit, & legatum ex causa legati*, &c.

Hæc est solida doctrina ex iuris fontibus hausta, non ex riuulis Commentariorum. Non ignoro Couuar. in c. officij, num. 2. vers. in secundo, de testamen. adferre pro sententia priori textum in l. 3. §. Mulier, ff. de dote prælleg. Sed ibi non fit compensatio; quia maritus uxori legauit fundum diuersum ab eo, quem dotis nomine receperat; & præterea fundum ipsum, quem pro dote acceperat. ex quo manifestum est eum voluisse, vt vxor utrumque haberet. Adducit etiam l. planè. §. sed si non corpus, de leg. 1. quæ non facit ad rem, & regulam vulgarem: de specie ad quantitatem non fit compensatio. Quæ ad hoc propositum non pertinet, quæ compensatio propriè non est, sed potius imputatio, cum scilicet dicimus in causam debiti legatum imputari, vt declarat Corneus in consi. 257. col. penul. lib. primo, Hieronym. Gabrielius consi. 16. num. 51. lib. primo. Et ideo, cum pecunia omnes res æstimari possint, l. secunda, C. de constit. pecun. nihil prohibet, quo minus fundus, vel alia res legata imputari possit in causam debiti, si aliud non impediat.

CAPVT XXXV.

Legatum an videri possit animo compensandi relictum à debitore creditori, cum dixit debitor, se legare ex proprijs bonis.

BOna dicuntur, quæ deducto ęre alieno supersunt, l. subsignatum, §. bona, ff. de verborum signif. l. Mulier, ff. de iure dot. Ergo, si quis debitor ex bonis suis creditori legauerit non animo compensandi cum debito, legasse videtur; quia intelligitur voluisse, vt deducto eo, quòd deberet, etiam legatum præstaretur ex suis bonis creditori. Ita Baldus in l. si cum dotem, §. si pater, ff. solu. matrim. & ibidem Ias. num. 26. Iacobus Menoch. qui alios citat de præsumpt. lib. 4. in secunda par. præsumpt. 109. num. 6.

Sed contrariam sententiam habuit Decius in Auth. Præterea, nume. 12. vers. quartò limitatur, C. vnde vir & vxor. & alij, quos refert & sequitur Couuar. in cap. Officij, nume. 7. de testam. Quia cum à testatore bonorum fit mentio, illa accipiuntur pro hæreditate, l. nam quod, l. cogi, ff. ad Trebel. & aliàs legata sunt ex bonis defuncti deducto ære alieno præstanda. Quare hoc in casu id exprimitur, quod tacitè inest, vnde nihil operatur secundum regulas vulgatas.

Ego posteriorem hanc sententiam sequor, & differentiam constituo; vtrum quis bona sua relinquat, an uero aliquid ex bonis suis leget, vel præstari mandet. Priore casu bona intelliguntur deducto ęre alieno, atque ita loquuntur leges allegatæ; sed cum aliquid ex bonis legatur, non est illa interpretatio adhibenda, vt prius deducatur æs alienum testatoris, quia non est necesse. Tunc necesse est, cum bona relinquuntur in ratione bonorum ponenda; tantum enim in bonis habere dicitur, quantum nobis deducto ęre alieno superest. Sed cum aliquid ex bonis suis pręstari quis mandat, non est necessaria æris alieni excussio: sed perinde est, ac si diceret, ex substantia mea, ex rebus meis, ex hęreditate, patrimonio, præstari volo. Si æs alienum exhauriret omnia, tunc legatum non esset pręstandum: sed si hoc non adsit impedimentum, legatum pręstabitur, & compensabitur, vel non compensabitur cum debito, secundum alias voluntatis coniecturas, & iuris regulas. Ita sentio saluo meliori iudicio.

CA-

CAPVT XXXVI.

Legatum viro relictum ab vxore, an ſit cum lucro dotis, quod ex ſtatuto defertur, vxore ipſa præmoriente, compenſandum.



EX eo principio, quod iam reſutauimus ſupra hoc eodem lib. c. 33. effluxit quàm plurimorum ſententia; legatum ab uxore viro relictum, compenſandum eſſe cum lucro ex forma ſtatuti delato, præmoriente uxore quaſi videatur lucrum illud eſſe ad inſtar debiti cuiuſdā neceſſarij, vt uidere licet ex Mantica de coniect. vltim. volunt. lib. 10. ti. 2. num 7. Menochio de præſumpt. lib. 4. in 2. parte præſumpt. 109. num. 35. à qua tamen ſententia aliqui diſceſſerunt ab ijs relati, quos ſequor, eo libentius ac procliuius, quòd de legato coniugum compenſando doctrina eſt præclara Iuſtiniani, in l. vnica, §. ſciendum, C. de rei vxor. act. *Sciendum*, inquit, *itaque eſt. dictum Prætoris, quod de alterutro introductum eſt, ut ex ſtipulatu actione ceſſare, ita vt vxer & à marito relicta accipiat, & dotem, niſi ſpecialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifeſtiſſimum ſit, teſtatorem, qui non hoc addidit, voluiſſe vtrumque conſequi.* Ego ita diſtinguo in hac ſpecie, ut ſi non pro dotis lucro reliquerit uxor marito, tunc & legatum maritus recipiat, & lucrum conſequatur. Si pro dotis lucro reliquerit, alterutro debeat eſſe contentus.

CAPVT XXXVII.

Si legetur feudum alicui, vtrum hæres ad æſtimationem præſtandam legatario teneatur?



INter omnes conſtat de feudo neminem teſtari poſſe, c. 1. de ſucceſſ. feudi. ibi: *Nulla ordinatione defuncti in feudo manente, vel valēte.* Conſequenter legari teſtamento non poteſt, c. 1. §. donare, qualiter olim feudum alien. pot. Sed cō trouerſia eſt, ſi legetur, an hæres ſaltem ad æſtimationē teneatur; & non teneri, reſponderunt Baldus in d. §. donare, num. 3. Aretinus in l. apud Iulianum, §. conſtat, de leg. 1. Alexander in conſi. 19. nume. 2. lib. 6. Curtius iun. in tract. feud. in 4. par. penult. quæſtio. num. 126. Socinus iunior in conſil. 74. nume. 19. lib. primo, Natta in conſil. 502. num. 33. Purpuratus in conſi. 101. num. 6. lib. 1. alios citat Menoch. de præſumpt. lib. 4. in ſecunda parte, præſumpt. 119. num. 6.

Argumenta hæc ſunt: Legatum rei feudalis non ualet; ergo nec eius debetur æſtimatio, l. apud Iulianum, 41. §. conſtat, de leg. 1.

Secundum argumentum: ius quod teſtator habet in feudo, morte eius extinguitur: aut enim feudum tranſit ad alios, quibus eſt conceſſum in inueſtitura, aut ad Dominum reuertitur. Cum autem quis legat rem, in qua ius habet, quod morte eius extinguitur, legatum eſt inutile, vt de eo, qui vſumfructum habet, qui morte finitur, reſponſum eſt, in l. quod in rerum, §. 1. de leg. 1. Si legatū eſt inutile, ergo æſtimatio non debetur.

Contrarium reſponderunt Io. Faber, in §. non ſolum, in Inſtit. de leg. Bal. ſibi contrarius, in c. 1. num. 3. de ſucceſſ. feud. Curt. iun. ſibi contrarius, in conſi. 30. num. 5. & quidam alij, quos refert & ſequitur Mantica de coniect. vlt. volun. lib. 9. ti. 11. nu. 8. illi docuerunt æſtimationem deberi legatario, ſi teſtator rem legatā feudalem eſſe non ignorauerit. Et fundamentum eſt in l. cum alienam, C. de leg. vbi diſtinguitur inter teſtatorem ſciētem & ignorantem. Ad contraria argumenta reſpondent, legatum rei feudalis non ualere, quātum attinet ad præiudicium eorum, qui ad feudum vocantur, non autem quantum ad hæredis præiudicium. Sic dicimus fundum dotalem

A alienari non poſſe, nec fundum minoris, nec res reſtitutioni ſubiectas: & tamen in his legatum ualet, quantum ad æſtimationem, l. cum pater, §. cum pater, de legat. 2. & notatur in l. apud Iulianum, §. conſtat, de legat. 1. *Conſtat* (inquit tex.) *res alienas legari poſſe, etiamſi difficilis earū paratio ſit.* Quod vero dicebatur, legatum eſſe inutile, cum quis rem legauerit, in qua ius habet morte periturum, id locum non habere reſpondent, vbi teſtator ſcierit ius extinctum iri; quia tunc ſaltem æſtimatio debebitur, argum. d. l. cum alienam, ita Cuman. in d. l. quod in rerum, §. 1. de leg. 1.

Ego in hac difficultate dico tria; Primum, non videri mihi idoneam interpretationem, quę adfertur ad l. quod in rerum, §. 1. de leg. 1. vt nimirum in ea ſpecie debeatur æſtimatio, ſi teſtator non ignorauerit ius ſuum morte extinctum iri. Verba tex. hæc ſunt: *Si vſumfructū habeam, eumq́; legauerim, niſi poſtea proprietatem eius nactus ſim, inutile legatum eſt.* Si teſtator ipſemet vſumfructum
B habebat, procuídubio non ignorabat, morte finitum iri, & tamen dicit tex. *inutile legatum eſt.* Idem dicit tex. in l. vxor patrui, C. de leg.

Secundo dico, non uideri mihi ſolidum illud argumētum, quod ſumitur ex l. apud Iulianum, § conſtat, de legat. 1. ad probandum legatum non valere etiam quantū ad æſtimationē, cum res legata alienari non poteſt; quia non ita ſimpliciter ille tex. loquitur, ſed hoc modo: *Si vero, inquit, Saluſtianos hortos, qui ſunt Auguſti, vel fundū Albanum, qui principalibus vſibus deſeruit, legauerit quis, furioſi eſt talia legata teſtamento adſcribere. Item Campum Martium, aut forum Romanum, aut ædem ſacram legari non poſſe conſtat. Sed & ea prædia Cæſaris, quæ in formam patrimonij redacta ſub procuratore patrimonij ſunt, ſi legentur, nec æſtimatio eorum debet præſtari; quoniam commercium eorum, niſi iuſſu Principis non eſt, cum diſtrahi non ſoleant.*

Vides, ut puto, quantum hæc à rebus feudalibus di-
C ſtent, quæ, vt omnibus palam eſt, quotidie diſtrahuntur? Ergò non eſt ſolidum, vt dixi, argumentum ex d. §. conſtat.

Tertiò, quod attinet ad principalem quæſtionem, dico, me non ignorare Regulas generales, quibus docemur eam in dubio interpretationem accipiendam, qua res ualeat potius, quàm pereat, l. quoties, ff. de rebus dub. & æſtimationem regulariter deberi rei alienæ à teſtatore ſciente relictæ, & eandem æſtimationem deberi, licet talis ſit res, quam legatarius capere non poſſit, vt in l. ſed ſi res aliena, de leg. 1. & in l. filiuſfam. §. ſi quid, ff. eodem. Tamen illis omnibus inſuper habitis, exiſtimo non valere legatum, etiam quoad æſtimationem, & hoc ex eo argumento, quod in feudo non valeat ordinatio defuncti. Nam ſi non ualet, vt habet textus in argumento prioris ſententiæ citatus, ſequitur, ut non debeatur æſtimatio: Sic enim ualeret, ſaltem quoad æſtimationem. Sed quod non ualet, inutile reputatur, & nullum producere
D poteſt effectum; aut proferatur legis alicuius teſtimoniū quo legatum ſit inutile, & tamen ualeat, quoad æſtimationem. Nulla ſanè proferri poteſt; quia uidetur implicare contradictionem, legatum non ualere, inutile eſſe; & ualere, & utile eſſe, quantum ad hoc, ut æſtimatio debeatur, quid enim eſt aliud rei æſtimatio effectu, quàm quodammodo res ipſa?

CAPVT XXXVIII.

Vtrum legatum rei alienæ iure Canonico valeat.



SCribit in hæc verba Greg. Pont. Max. in ti. de Teſtamētis. ad Epiſcopum Meſalinum: *Filius noſter Fauſtinus conqueſtus eſt, quod quondam Peltraſius pater ſuus aliqua Eccleſiæ noſtræ ſepultura ſua gratia iuris alieni reliquit. Et quidem leges ſeculi hoc habent, ut hæres ad ſoluendum*

dum cogatur, ſi autor eius rem legauerit alienam Sed quia A *lege Dei,non autem huius ſeculi viuimus,valde mihi videtur iniuſtum, vt res tibi legata, quæ cuiuſdam Eccleſiæ eſſe perhibentur, à te teneantur, qui aliena reſtituere debuiſti.*

Huius tex. autoritate legatum rei alienæ iure Canonico non valere, docuerunt Panorm. ibi, & in c. cum eſſes, eo. ti. Gloſ. Alexand. Iaſon & Siehard. in l. cum alienam, C. de legatis.

Sed quoniam Greg. loquitur de eo, qui legauit rē alienam, quæ alicuius Eccleſiæ erat, idcirco autoritate eiuſdem tex. alij docent legatum rei alienæ, quæ ſit Eccleſiæ alicuius, iure Canonico non valere. Ita Inno. Ant. But. Anch. & Imola, in d. c. filius. Ratio eſt: quia res Eccleſiæ alienari non poſſunt, niſi adhibitis ſolennitatibus, à iure requiſitis, iuxta c. ſine exceptione, 1 x. q. x. & quoties non poteſt niſi cum difficultate res alienari, tunc rei alienæ legatum eſt inutile, etiam iure Ciuili, l. apud Iulianum, §. conſtat, de leg. 1.

Alij ex hoc textu Gregorij vnum illud argumentum B ſumunt, rem alienam inuito domino ſub prætextu legati detineri non poſſe, ſed reſtituendam eſſe domino, licet legatarius petere poſſit æſtimationem eius ab hærede. Ita Glo. in eundem locum, & Andreas Siculus, Salyc. & Caſtrenſ. in d. l. cum alienam, C. de legat. Corneus in conſ. 32. lib. 1.

Denique Couuar. in Commentariis d. c. filius, & Fräc. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 9. ti. 10. nihil iure Canonico circa legatum rei alienæ immutatum eſſe docuerunt, præterquam in ea ſpecie, de qua loquitur Greg. eſt videlicet Eccleſiæ teſtator legauit rem alterius Eccleſiæ ſepulturæ ſuæ gratia, & filios hęredes inſtituit, quibus non admodum amplum patrimonium reliquerat; tunc enim nec res legata debetur, nec eius æſtimatio. Hæc ſentētia uidetur mihi cęteris probabilior, quod vt planū faciam, integram epiſt. Gregor. hic adſcribam. ea reperitur lib. 7. Epiſt. ad Epiſcopū Meſalinum his verbis cōſcripta: *Filius noſter Fauſtinus vir eloquentiſſimus ad nos veniēs,* C *queſtus nobis eſt, quod pater eius quondam Petraſius aliqua veſtra Eccleſia ſepultura ſua gratia iuris alieni reliquerit. Et quidem quid de hac re ſeculi leges habeant, & ipſe noſti, & nos audiuimus; quia hæres ad ſoluendum cogitur, ſi autor eius vel aliena legauerit. Sed quia fraternitatem veſtram lege Dei, nō autem legibus ſeculi nouimus viuere, valde mihi iniuſtum videtur, vt calix electrinus. & puer qui cuiuſdam Eccleſiæ in poſſeſſione eius poſita Diœceſeos Conſentinæ Eccleſia eſſe perhibetur, à tua fraternitate teneatur. Cum enim & vir Reuerendiſſ. Palumbus Epiſcopus, tunc vero Archidiaconus ita fuiſſe teſtatus eſt, vt eis omnino eius fidei credere. & aliena reſtituere debuiſtis. Tabulam vere auream, quam prædictus uir moriens pariter reliquit, conſiderare, ut arbitror, debuiſti, quæ eſſet ſumma eius ſubſtantiæ; ſi quid eſſet vnde hi, quos reliquerat, ſuſtentari debuiſſent, & tunc pro ſepultura eius accipere, quamuis noſtrum inſtitutum noueris, nos illicitam antiquam conſuetudinem a noſtra Eccleſia omnino uetuiſſe, nec cuiquam aſ-* D *ſenſum præbere, ut loca humani corporis precio poſſint adipiſci.* Hactenus epiſt. Gregorij.

CAPVT XXXIX.

Legata ab inſtituto relicta nominatim an à ſubſtituto repetita cenſeantur.



Egata nominatim ab inſtituto relicta nō uideri à ſubſtituto repetita, docuerunt magis communiter Doct. teſte Menochio, qui refert nominatim autores lib. 4. de præſumpt. in 2. par. præſumpt. 108. nu. 24. addo Mant. de coniect. vlt. volun. lib. 8. ti. 2. nu. 15. Repugnantes ſunt Cum. & Caſtren. ad l. licet. de leg. 1. & Alc. de pręſum. regu. x. præſumpt. 35. quibus me ſocium lubens adſcribo: referam prius vtriuſque ſententiæ argumenta, tum, cur magis probem pauciorum ſententiam paucis declarabo.

Argumentum communis ſententię primum eſt ex l. ſi plures, de leg. 3. Paulus: *Si plures gradus ſint hæredum, & ſcriptum ſit, hæres meus dato: ad omnes gradus hic ſermo pertinet. ſicuti hæc uerba: quiſquis mihi hæres erit. Itaque, ſi quis uelit non omnes hæredes legatorum præſtatione onerare, ſed aliquos ex his: nominatim damnare debet.*

Secundum ex l. Celſus, §. quod alicuius, de leg. ſecūdo. *Quod alicuius hæredis nominatim fidei committitur, poteſt videri ita demum dari voluiſſe, ſi ille extitiſſet hæres.* Hactenus Iuriſconſultus.

Tertium eſt ex l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione, ff. ad legem Falcid. in illis verbis: *Sed ea, quæ ab eo legata ſunt, ſi omiſerit hæreditatem, non augebuntur, ſcilicet ſi ab eo nominatim data ſunt, non quiſquis mihi hæres erit.*

Qnartum eſt ex l. 1. C. ſi omiſſa ſit cauſa teſtamenti, ſed non uideo, quo modo faciat ad rem. Poſtremum eſt ex eo, quod eum nominatim legatur, onus perſonæ duntaxat, non etiam hæreditati videtur adiectum, arg. l. nonnunquam, ff. ad Trebel.

Contrariæ ſententiæ argumenta ſunt hęc. Primum; quia certum eſt legata ab inſtituto relicta videri à ſubſtituto repetita, l. licet, de leg. 1. ergo etiam repetita videntur cum nominatim relicta ſunt ab inſtituto; quia ſi, verbi gratia, vnus tantum ſit inſtitutus, & ab inſtituto legatū relinquatur, eſt perinde, ac ſi nominatim relicta eſſent, arg. l. 2. ff. de lib. & poſtum. & tamen repetita à ſubſtituto etiam hoc in caſu cenſentur. Confirmari poteſt argumētum; quia nominatim legatum accipiendum eſt, quod à quo legatum ſit, intelligitur, licet nomen pronunciatum non ſit, l. nominatim, de leg. 3.

Secundum eſt ex l. non iuſtam, C. ad Trebellian. vbi auia teſtatoris ex parte heres ſcripta, rogata erat hæreditatem reſtituere, & tex. dicit deberi etiam à ſubſtitutis fideicommiſſum, licet aliter inducat Paul. Caſtr.

Tertium eſt ex l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione, ff. ad legem Falc. perpendendo illud verbum, *non augebuntur legata*, ex quo ſignificatur, ſaltem deberi à ſubſtituto, quod nominatim relictum erat à cohęrede.

Poſtremum argumentum eſt; quia ſi teſtator nominatim onere legati grauauit inſtitutum, quem magis dilexit, multo magis cenſetur voluiſſe grauare ſubſtitutū, quem minus dilexit. argum. l. Publius, §. 1. ff. de condit. & demonſtr.

Iam cur repudiata communiori ſententia in aliam deſcenderim, illud argumentum effecit, quod in ea ſpecie, de qua tex. loquitur in l. non iuſtam, C. ad Trebellia. erat fideicommiſſum relictum nominatim, & tamen etiam ſubſtitutum tacitè rogatum videri pronunciatur ex generali Reſcripto Imperatoris Antonini, quo declaratum eſt, legata ſeu fideicommiſſa etiam à ſubſtituto repetita videri; à quo quidem Reſcripto, cum diſcedendum eſſe ex coniectura voluntatis teſtatoris reſponderit Iuriſc. & coniecturas etiam adiecerit in l. licet, de leg. 1. ſi hæc, de qua agitur, ſufficiens eſſet coniectura, cum ſcilicet ab inſtituto nominatim relictum eſt legatum vel fideicōmiſſum, probabile eſt eum aliquam mentionem facturum fuiſſe huius exceptionis, & coniecturæ, quando ſcilicet nominatim ab inſtituto legatum uel fideicommiſſum relictum eſt: nulla autem prorſus mentio facta eſt in d. l. licet. nec alibi: Ergo non eſt legitima hæc coniectura, ſed vt ob oculos verſetur clarè argumenti huius efficacia, referam verba text. *Non iuſtam te gerere ſolicitudinē* (verba ſunt Dioclet. & Maxim.) *per fideicommiſſum relictæ portionis hæreditatis perſpicimus, verentem, ne fructum amittas relicti fideicommiſſi, quoniam auia teſtatoris ex parte hæres ſcripta, & tibi rogata reſtituere* (Ex his verbis apparet nominatim auiæ iniunctum fideicommiſſum) *calliditate ac fraude repudiauit, vt ad alium nepotem, eundemque cohæredem deuoluatur portio, à quo tibi nominatim non fuerat fideicommiſſum relictum, & coacta ſuſpectam hæreditatem adire, prius quam pro hærede gereret, rebus ſit humanis exempta: cum D. Antonino parenti noſtro*

ſtre deberi etiam à ſubſtitutis fideicommiſſum, contemplatione iudicii teſtatoris quaſi tacite ab his repetitum iamdudum placuerit.

Vides his poſtremis verbis nullam adhiberi diſtinctionem, vtrum nominatim relicta ſint legata, & fideicommiſſa ab inſtituto: nec illud mouere Imperatorem, quod auia rogata eſſet reſtituere; quod ſanè aliud nõ eſt, niſi nominatim relictum ab ea ſuiſſe fideicommiſſum, argum. l. nominatim, de leg 3. & tamen reſpondit etiam à ſubſtituto repetitum videri.

Ad primum & ſecundum argumentum reſpondeo, cum nominatim ab aliquo hærede relictum eſt legatũ, vel fideicommiſſum: ſine cum hæredum aliqui nominatim ac ſpecialiter onerati ſunt à teſtatore, cæteros hæredes oneratos non eſſe, ſi iura ſpectemus, quæ fuerunt ante Reſcriptum Imperatoris Seueri Antonini: ad quod ſanè tempus referendæ ſunt leges allegatæ. Cæterùm, poſt Reſcriptum Seueri aliter reſpondendum eſt, nempe, legatum, vel fideicommiſſum ab inſtituto relictum, cenſeri à ſubſtituto repetitum. Huius rei teſtis eſt Vlpianus, in l. ſi Titio, 63. §. Iulianus, de legat. 2. ſic dicens: *Si alter ex legitimis hæredibus repudiaſſet portionem, cùm eſſet ab eo fideicommiſſum relictum, cohæredem eius cogendum non eſſe fideicommiſſum præſtare: portionem enim eius ad cohæredem ſine onere pertinere; ſed poſt Reſcriptum Seueri* (nota) *quo fideicommiſſa ab inſtituto relicta à ſubſtitutis debentur, & hic quaſi ſubſtitutus cum ſuo onere conſequetur accreſcentem portionem.*

Ad l. 1. §. id quod ex ſubſtitutione, ff. ad leg. Falcidiam reſpondeo, non eam eſſe Iuriſconſulti ſententiam, vt legata ab altero ex hæredibus nominatim relicta debeantur, vel non debeantur ab eo, qui eſt cohæres, & ei ſubſtitutus eſt; ſed dicit textus, legata non augeri, quia videlicet erſi ſubſtitutus portionem alterius conſequatur, nõ tamen eſt æquum, quàm teneretur, ſi non ex ſubſtitutione eius portionem fuiſſet conſecutus; Itaque ſi, exempli cauſa, portio eius legatis ſit exhauſta, quo in caſu Quartam ex lege Falcidia retinet, non debet integra legata ſoluere, licet conſecutus ſit ex ſubſtitutione portionem cohæredis, ſi legata ſcilicet à cohærede nominatim relicta ſint: licet enim legata repetita cẽſeantur ab ipſo ſubſtituto, quæ ab eius cohærede relicta fuere, tamẽ quarta pars ex lege Falcidia ei debetur abſque omni onere legatorũ, tam ex portione ſua, quàm cohæredis ſui: & ideo illa minui non debet propter legata à cohærede relicta nominatim. Cæterùm, ſi teſtator dixiſſet; quiſquis mihi hæres erit, dato, tunc cohæredis portio prodeſſet legatarijs: etenim, ſi hæres eſſet ſolus, & ſolus ad omnia legata præſtanda obligatus vna ſola Quarta totius hæreditatis ex lege Falcidia retenta. Itaque ille textus neutri ſententiæ ſuffragatur.

Ad poſtremum argumentum reſpondeo, iure quidem ſummo ita reſpondendum eſſe, vt onus legatorum hæreat perſonæ, cui eſt iniunctum, nec ad ſubſtitutũ tranſeat. Cæterùm, aliud dicendum eſt, poſt Reſcriptum Seueri Imperatoris, quo cautum fuit, vt ad ſubſtitutũ onus legatorum, & fideicommiſſorum tranſiret, quæ ab inſtituto relicta ſunt.

CAPVT XL.

Legatum ab extraneo relictum Epiſcopo, ſub nomine proprio, an Eccleſiæ adquiratur?

Sequor & ipſe communiorem ſententiam; legatum Epiſcopo relictum, etiam proprio eius nomine expreſſo ab extraneo, Eccleſiæ contemplatione relictum videri, autoritate textus in cap. requiſiuiſti, de teſtamen. in illis verbis: *In primo caſu diſtinguendum eſt, vtrum relinquatur Epiſcopo ab extraneo; an à propinquo, ſi ab extraneo, generaliter verum eſt, quod præſumitur eſſe re-*

A *lictum intuitu Eccleſiæ, non perſonæ, vnde Cathedralis Eccleſia de illo poteſt Canonicam petere portionem*, &c.

Licet enim non loquatur textus expreſſè in ea ſpecie, qua de agimus, vbi ſcilicet proprium Epiſcopi nomen expreſſum eſt, verba tamen & hanc ſpeciem complectuntur; ſunt enim generalia. ibi: *Generaliter verum eſt*, &c. Et ratio id ſuadet; quia loquimur nunc de extraneo, qui ad Epiſcopo relinquendum eius contemplatione nulla affectione, nulla cauſa inductus videri poſſit; quamobrẽ etſi nomine proprio eum appellauerit, id feciſſe non ei donandi animo, ſed demonſtrandi potius quis eſſet, præſumitur. Quæ cum ita ſint, & ſatis clarè conſtituta, non poſſum ſatis mirari in contrariam ſententiam quenquã permouiſſe exemplum ſerui, qui vni ex dominis nominatim ſtipulatus eſt, vt in l. ſi communis ſeruus, ff. de ſtipul. ſeruor. eſt enim exemplum longè alienum, perquam diſſimile, non ad ſpeciem iſtam pertinens. Nihil

B autem perniciosius eſt in quæſtionibus decidendis, quam omiſſis ad rem accommodatis teſtimoniis, ea conquirere, quę planè remota, nec rem tangunt, qua de agitur, licet quandam argumẽti ſpeciem pręſe ferre videantur.

CAPVT XLI.

Legatum Canonicis relictum, cui acquiratur, Eccleſiæ ne, an Capitulo: an ipſis ſingularibus perſonis.

Si Canonicis legetur, non ipſis ſingularibus perſonis, non Eccleſiæ, ſed Capitulo ſiue collegio in communi legatum interpretor in obſcura teſtatoris voluntate; quanquam multi ijque grauiſſimi interpretes aliter exiſtimauerint, vt videre licet ex Menoch. de præſumpt. lib. 4. in 2. parte, præſumpt. 113. Fundamentum pono in ſimi-

C li, legis: Nam cum ciuibus legatur, ciuitati relictum intelligitur. l. ſecunda, ff. de reb. dub. Ergo ſimiliter & cum Canonicis legatur, Collegio videtur relictum. Ciues repræſentant Ciuitatem, Canonici Collegium, ſiue, vt loquimur, Capitulum. Non ratio, non oratio diſpar. Eccleſiæ non videtur relictum, quia non eſt ratio, non lex. Nam Eccleſiam is, qui ei præeſt, refert, non Canonici qui ſubſunt; & ideo, ſi Epiſcopo legetur, videtur intuitu Eccleſiæ relictum, vt in cap. Requiſiuiſti, de teſta. non idem in relicto Canonicis eſt conſtitutum, nec dictat ratio. Non offendor l. annua, §. Attia, ff. de annuis legatis. quoniam in ea ſpecie Sacerdoti & Aedituo templi relictum eſt. Quamobrem ait Scæuola: *Miniſterium quidem deſignatorum deſignatum, ſed datum templo.* Non adquiritur, nec datum intelligitur ſingularibus perſonis, quia non ille eſt modus legandi perſonis ſingularibus: ſignificatur enim dignitas vel officium potius, quam perſona; Sicut cum legatur Ciuibus. Et ideo, ſi diſſolutum ſit col-

D legium, legatum manet ab eo, à quo eſt relictum, l. pater, §. Tuſculanus, de leg. 3.

CAPVT XLII.

Legatum vxori, vtrum de prima duntaxat, an verò etiam de ſecunda intelligendum ſit?

Si vxori ſuæ teſtator legauerit, ea defuncta, quæ tempore teſtamenti erat: ſecundæ, quam poſtea duxit, & quæ mortis tempore ſupereſt, legatum deberi interpretor. Argumento vtor ex l. ſi cognatis, ff. de rebus dubiis, illis verbis: *Cæterum, ſi quis teſtamenti facti tempore cognatus non fuit, mortis tempore factus eſt per adrogationem, facilius legatum conſequitur.* Et loquitur Iuriſconſultus in ea ſpecie, qua quis cognatis legauerit, vt in principio legis dicitur, ibi: *Si cognatis legatum ſit*, &c. Eſt & aliud argumentum ex l. cum ita, §. in fideicommiſſo, de leg.

A de leg. 2. *In fideicomiſſo, quod familiæ relinquitur, ii ad petitionem veni ũt, qui nominati ſunt, aut poſt eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo teſtator moreretur*, &c. Nõ offendor, l. ſi quid earum, §. vlt. de leg. 3. illis verbis: *At quæ prioris vxoris cauſa parata ſunt, ita poſteriori debentur, ſi ei adſignata ſunt: quia nõ eſt ita de poſteriore vxore cogitatũ, ſi cum pararentur*, &c. Hæc enim ſunt diſſimilia. Nam id vxoris cauſa paraſſe videtur maritus, quod ei tradit, vt in eodem textu habetur. Ergo, ſi aliqua parauit prioris vxoris cauſa, non poteſt videri paraſſe poſterioris cauſa, niſi ſicut priori tradidit, ita & poſteriori aſſignauerit. Noſtra autem diſputatio non eſt de his, quæ parata ſunt, ſed de his, quæ ſimpliciter legata vxori: illa traditionem, ſiue adſignationem poſtulant, qua ceſſante non poſſunt dici parata: hæc ex nuda teſtantis voluntate pendent, qui non mutato teſtamento, quo vxori legauerat, dum moritur, legatum vxori, quæ tempore mortis reperitur, confirmaſſe videtur. Vide Menochium lib. 4. de præſumpt. in 2. parte, præſumpt. 122. B

CAPVT XLIII.

Vſusfructus domus ſi legetur adiecto onere, ne altius tollatur, vtrum relicta proprietas videatur?



SCribit Pomponius in hæc verba: *Proculus putat inſulã ita poſſe legari, vt ei ſeruitus imponatur, quæ alteri inſulæ hæreditariæ debeatur; hoc modo: ſi ille hæredi meo promiſerit, per ſe non fore, quo altius ea ædificia tollantur, tum ei earum ædificiorum vſumfructum do, lego. Vel ſic: ad diem illarum, quoad altius, quàm nunc ſunt, ædificata non erunt, illi vſumfructum do, lego.* l. Proculus, ff. de vſufructu, & quemadmodum quis vtatur.

Huius textus autoritate docent noſtri communiter, proprietatem in hac ſpecie legatam videri, licet enim diſerte id Pomponius non dicat, tamen perpenduur illa C verba: *Inſulam poſſe ita legari*, &c. Ergo inſula his verbis legata videtur, & conſequenter proprietas ipſius inſulæ. Et ratio eſt; quia vſusfructus appellatio proprietatem continet, quoties ſub conditione, vel modo relinquitur, qui perpetuus eſſe poteſt. Vſusfructus enim morte vſufructuarij, & alijs modis ad proprietatem ſuam natura reuertitur; quare cùm quis eum facit perpetuum, vel ita conſtituit, vt poſſit eſſe perpetuus, videtur proprietatem reliquiſſe, ſed eam vſusfructus verbo propterea notaſſe, quod reſtituenda erat conditione adueniente. Ideo in propoſita ſpecie, ſimile eſt, ac ſi diceret teſtator: Lego inſulam ea lege, vt ne vnquam altius tollatur; ita enim dominus eſt inſulæ is, cui legatur, vt reſtituere debeat, ſi altius eam velit tollere. Ita, inquam, docent noſtri, vt videre licet ex Commentarijs in d. l. Proculus, & ex alijs locis, quos commemorat Menochius de præſumpt. lib. 4. in 2. parte, præſumpt. 133. num. 2.

D Sed contrarium docuit Arius Pinellus, ad l. 1. in 3. parte, num. 42. & 43. C. de bonis maternis, quem ego veritatis amans potius, quàm opinionum ſequor. Principio enim certum eſt, legati verba vſumfructum continere, non autem proprietatem; ergo non aliter à verbis recedendum erit, quàm ſi conſtet de voluntate teſtatoris, l. non aliter, de legat. 3. Deinde nullum verbum eſt apud Pomponium, quo ſignificetur, proprietatem eo in loco legatam videri. Licet enim in principio dicat; *Inſulam ita poſſe legari*, ſubdit tamen, *hoc modo ſi ille hæredi meo*, &c. Ex quibus verbis ſequentibus perſpicuum eſt, Pomponium intellexiſſe, Inſulã poſſe legari, ſicut infra exempla poſuit: vtrum autem, ſi ita legetur, vt in exemplis poſitis intelligatur inſulæ proprietas relicta, necne, nõ diſſerit Pomponius. Hoc enim dumtaxat explicare voluit, inſulam ita poſſe legari, vt ei ſeruitus imponatur, quæ alteri inſulæ hæreditariæ debeatur; non autem id in animo habuit explicare, vtrum ſi legetur vſusfructus inſulæ eo modo, vt in exemplis adiectis, intelligatur eſſe proprietas relicta. Quare eius reſponſum præcipuum à nobis erit perpendendum; non quia vnum verbum ambiguum adiecit, ex eo licebit argumentum ſumere aduerſus verborum naturam & ſignificationem: Neque enim ſatis idonea illa eſt coniectura: Porrò, quod dicitur in ea ſpecie, legatum vſumfructum videri ſub modo, quo poteſt eſſe perpetuus, nihil obſtat, quia id negari poteſt. Etenim, ſi altius ædes tollantur ab eo, cui relictus erit hoc modo vſusfructus, tunc extinguetur, & amittetur. Quod ſi non altius tollantur, morte tamen fructuarij extinguetur, ſicut regulariter extinguitur, §. finitur, in Inſtit. de vſufructu. Neque enim hoc expreſſe dixit teſtator, aut neceſſariò ex verbis eius colligitur perpetuò, & ſic etiam ad hæredem legatarij peruenturum vſumfructum ædium, ſi non altius tollantur. Nullum verbum eſt in ea lege, quo id ſignificetur. Et cum alioqui vſusfructus morte finiatur, dicendum eſt, etiam in ea ſpecie finiri: Immo & amitti quoque, ſi altius tollerentur ædes. B Neque enim Regulæ Iuris interpretatione noſtra violandæ ſunt, ſed potius tuendæ. Denique, ſi dicatur fruſtra illam conditionem, & modum adiectum, ne altius tollantur ædes, niſi proprietas relicta intelligatur, cùm fructuarius altius tollere non poſſit. Reſpondeo, nõ rarò accidere; vt teſtatores fruſtra aliquid exprimant, & adijciant, quod tacite ineſt, & à lege ſuppletur aut intelligitur. Deinde id efficere teſtatoris modum, & conditionem expreſſam, vt legatarius vſufructu cadat, ſi altius tollere ædes voluerit; licet enim alioqui poteſtatem fructuarius non habeat altius ædes tollendi, non tamen iure cautum eſt, ſi ædes altius tollat, eum priuari vſufructu. Atque ita ſentio.

CAPVT XLIV.

Si prædij vſusfructus fuerit in teſtamento relictus, ea conditione adiecta, vt alienari non poſſit, vtrum proprietas relicta cenſeatur. C



RVrſus controuertitur; Teſtamento relictus eſt prædij vſusfructus, ea lege, vt alienari nõ poſſit; vtrum intelligatur proprietas relicta? Affirmant multi ſanè Interpretes, & multi negant, vt videre licet ex Menochio de præſumpt. lib. 4. in 2. par. præſumpt. 133. num. 3. Omnis cardo in hoc verſatur, quod ſi non proprietas intelligatur relicta, fruſtra videatur alienandi prohibitio legato inſerta. Cùm inter omnes conſtet, vſufructuarium alienare non poſſe rem, cuius vſumfructum habet; Et ideo pro huius ſententiæ confirmatione adducunt l. Proculus, ff. de vſufructu, & quemadmodum quis vtatur, de qua in præcedenti capite multa diximus; vt ſicut in ea ſpecie id operatur altius tollendi, prohibitio vſusfructus legato inſerta, vt proprietas intelligatur relicta, ne fruſtra prohibitio inſerta videatur; neque enim fructuarius D altius ædes tollere poteſt; ita etiam in hac ſpecie reſpondendum ſit, id efficere alienationis prohibitionem, vt relicta videatur proprietas. Sed cùm fundamentũ iſtud valde ſit infirmum, vt patet ex his, quæ diſputauimus in præcedenti capite, magis mihi probatur contraria ſententia, nõ videri proprietatem relictam, atque ita hanc rem interpretandam eſſe, vt adiecta eſſe videatur illa prohibitio à teſtatore in eum modum, quo ſæpè fieri ſolet, vt nõ neceſſariæ conditiones, & quæ tacitè inſunt legatis inſerantur: & vt hoc efficiat expreſſa teſtatoris prohibitio, vt ſi alienatio fiat, legatum amittatur. Verba enim legati ad vſumfructum, non autem ad proprietatem pertinere manifeſtum eſt, ac proinde non licet ab eis recedere, niſi voluntatis coniectura ſit in contrarium, perſpicua; non etiamſi & valde incerta ſit, & aliter, vt verbis non aduerſetur, commode interpretari queat.

CA-

CAPVT XLV.

Si vsusfructus prędij sit relictus cum facultate illud alienandi, vtrum intelligatur proprietas relicta.

De Contrario controuertitur, si legetur prædij vsusfructus, & facultas legatario detur alienandi prædium; vtrum proprietas relicta esse intelligatur. Tres sunt Doctorum sententiæ; Vna relictam censeri proprietatem. Secunda, non censeri. Tertia, distinguendum, an libera data sit facultas alienandi, & tunc proprietas intelligatur esse relicta; an verò alienandi arbitrio boni viri, & tunc nequaquam. Vide Menochium de præsumpt. lib. 4. in 2. parte, præsumpt. 133. num. 4.

Ego eorum sententiam magis probo, qui proprietatem legatam videri responderunt. Nam, vt quis vsusfructuarius sit, & simul alienandi potestatem habeat, cohęrere hæc duo non possunt. Et cum alienandi potestas illi competat, qui rei proprietatem, ac dominium habet, consequens est, vt licet in specie proposita vsus fuerit testator vsusfructus vocabulo, tamen non vsumfructum, sed proprietatem legare voluisse existimandus sit.

Contraria sententia longè infirmo nititur fundamento; quia videlicet alienandi potestas illi concessa esse intelligatur, qui eam non habuit: Vsufructuarius autem non habet. Ergo illam acquirit à testatore: Cui dubium quin acquirat? Sed inde nos colligimus, eum esse legatarium proprietatis, non autem vsusfructus: quoniam vsusfructus naturæ id repugnat. Voluit igitur testator, vt rei proprietas ad legatarium spectaret, & vsusfructus verbo abusus est.

Distinctio verò allata nullum habet firmamentum, sicut adnotauit optimè Menochius loco proximè citato.

CAPVT XLVI.

Si vsusfructus prædij legetur ea conditione adiecta, vt post mortem suam illud legatarius alteri restitueret, an relicta proprietas intelligatur.

DEnique & illud cõtrouertitur. Legauit quis prædij vsumfructum, & à legatario petijt, vt illud post mortem suam alteri restitueret; vtrum intelligatur proprietas relicta. Vide Menochium de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsumpt. 133. num. 7. Ego affirmantem sententiam amplector, nisi testator imperitia lapsus, ita dixerit: Quia scilicet putauerit vsumfructum morte non extingui. Moueor autoritate l. vlt. ff. de vsufructu ear. rer. quæ vsu cõsumuntur. Martianus: *Cùm pecunia erat relicta Titio, vt post mortem legatarij ad Mæuium rediret; quamquam adscriptum sit, vt vsum eius Titius haberet: proprietatem tamen ei legatam; & vsus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem eius, diui Seuerus & Antoninus rescripserunt.*

Item autoritate l. species, ff. de auro & argen. legato; Scæuola: *Species auri & argenti Seia legauit, & ab eo petijt in hac verba: A te Seia peto, vt quicquid tibi specialiter in auro & argento legaui, id cum morieris reddas, restituas illi, & illis Vernis meis: quarum rerum vsusfructus tibi sufficiet, dum viues. Quæsitum est, an vsusfructus argenti & auri solus legataria debeatur. Respondit verbis, quæ proponerentur proprietatem legatam addito onere fideicommissi.*

Excepi casum imperitiæ testatoris autoritate l. qui vsusfructus, ff. de vsu, & vsufructu legato. Papinianus: *Qui fructus prædiorum vxori reliquit, post mortem eius prædia cum reditibus ad heredes suos redire voluit, imperitia lapsus. Nullum fideicommissum dicimus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reuerti debere. Etenim reditus futuri, non præteriti temporis demonstrari videbantur.*

Contraria sententia eo nititur argumento, quod verba testatoris vsusfructus legatum, non autem proprietatis significent. Et ideo iniunctum esse videatur onus fructuario, qui bonorum possessionem habuit, eam restituendi. Et in legibus allegatis pro sententia, quæ proprietatem legatam videri docet, ita responsum fuisse, quia testator proprietatem legauit; sed quia, vsus, verbum adiecerat, videbatur à priori voluntate recessisse, & responsum est, non recessisse; sed proprietatem legatam videri.

Sed quod ad istam responsionem attinet, ego animaduerto illam non malè ad l. species, ff. de auro & argento leg. accommodari posse; quia testator ibi reuera legauit species auri & argenti: deinde vsusfructus, verbo, vsus fuit, dicens; *Quarum rerum vsusfructus tibi sufficiet*: & aliquo modo etiam aptari ad l. vltimam, ff. de vsufructu earum rerum, dum ibi dicitur: *Cum pecunia erat relicta Titio*, &c. deinde: *Quanquam adscriptum sit, vt eius vsum Titius haberet*, &c.

Sed nihilominus eas leges pro superioris sententiæ firmamento rectè adferri censeo, quia non in eo vim ponunt, quod prioribus verbis testator proprietatem legasset; id enim facilè negari potuisset, propter sequentia verba, quibus vsusfructus relictus erat; sed in eo est fundamentum positum, quod is, cui vtenda & fruenda res relicta erat, eam restituere post mortem suam iussus fuit. Sic enim colligitur vsusfructus mentionem factam, non quia legato solus vsusfructus contineretur; sed quia ad instar fructuarij vti frui donec viueret legatario concederetur. Quia verò post mortem suam restituere debebat, etiam proprietatem relictam videri Iurisconsultus existimauit; quoniam non potest illud onus restituendi conuenire fructuario; Morte enim fructuarij extinguitur vsusfructus, & ideo res statim redit ad proprietatem. Istud illis verbis textus indicat in dicta l. vltima: *Et vsus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem eius*, & in dicta l. species, illis verbis: *Proprietatem legatam addito onere fideicommissi.*

Quod autem dicitur verbis legati vsumfructum contineri, non inficior. Sed res tota cum omnibus circumstantijs perpendenda est, nempe, legatum esse vsumfructum cum onere post mortem restituendi. Hoc onus facit, vt legatario proprietas relicta videatur cum onere fideicommissi, & vsusfructus videatur à testatore mẽtio facta, quia res post mortem restituenda erat à legatario, vt dictum est.

Ad extremum, quod subijcitur videri fructuarium hoc in casu iussum restituere post mortem suam eam possessionem, quam adeptus erat, (Est autem possessio naturalis, l. naturaliter, ff. de acquirend. possess.) id, inquam, nihil me mouet; Quia etiam in illis casibus, de quibus loquuntur leges allegatæ, hæc ratio valere posset, & tamen responsum est, legatam videri proprietatem cum onere fideicommissi. Neque enim intelligi hoc potest, vt is, qui morte omne ius amittit, id restituendi facultatem habere possit. Aliud enim est Iurisconsultis subtiliter res intuẽtibus, nihil iuris habere post mortem; aliud verò illud, quod habuit, restitui ab eo alteri oportere. Prior species repræsentat morte ius finiri simpliciter, (& id fructuario maximè conuenit) posterior non simpliciter finiri, sed alteri restituendum, quod proprietario conuenit; Quid enim si is, cui post mortem restituere debet, vel nollet accipere, vel non posset, vel conditio deficeret? Certè illud maneret apud grauatum, & hęredes eius l. vna, §. sin autem aliquid sub conditione, C. de caducis tollend.

CAPVT XLVII.

De vxore relicta vsufructuaria liberis extantibus, atque hæredibus institutis controuersia, vtrum intelligantur tantum ei alimenta relicta.



VSu forensi frequens ea est disputatio, quæ versatur circa vsumfructum vxori relictū, omnium bonorum liberis hæredibus institutis; vtrum ad alimenta tantum restringatur. Latè verò, & copiose tractatur à Gabrielio, lib. 5. Commun. conclus. ti. de Vsufructu concl. 2. Mantica de Coniecturis vltimar. voluntat. lib. 9. titu. 7. Menoch. de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsumpt. 139. Simone Preto de interpret. vltimar. voluntat. lib. 4. dubitatione 10. num. 45. cum pluribus sequent. Andr. Geyll, lib. 2. Obseru. 144. Ex quorum scriptis nonnullæ tractari possent controuersiæ, sed quoniam eo fundamento nituntur, quod sanè mihi infirmum videtur; ideo illis B posthabitis, ipsum illud fundamentum aggrediar, in controuersiam reuocabo, & fortè etiam expugnabo; neque enim tanti Doctorum placita, & opiniones facere soleo, vt eas nostri iuris conditoris præferendas existimem.

Fundamentum, de quo verba facere institui, est in quadam consuetudine positum, cuius Bulgarus mentionem fecit; vt si filij extent, & à patre hæredes instituantur, tunc vsusfructus mulieri relictus ad alimenta tantum restringatur. Neque enim credendum est, patrem magis consulere voluisse vxori suæ, quàm liberis; atque adeo ipsis auferre vsumfructum omnium bonorum, ne videlicet inopia & fame laborarent, vt in §. prohibemus, in Authen. de Triente & Semisse. Quod maximè dicendum est, cùm *Domina & vsufructuaria est* relicta, ne testator, qui hæredes filios instituit, id est, dominos esse voluit, statim mutata uoluntate, eos dominio priuare voluisse existimetur. C

Existimo hanc sententiam iuris nostri autoribus non esse consentaneam, atque adeo ea testatoris voluntate verum vsumfructum relictū videri; dominamque censeri relictam vxorem, scilicet quantum ad ius vtendi & fruendi, donec vixerit, excepta tamen filiorum legitima, cuius, & proprietas, & vsusfructus ad filios spectat. Quod si alicubi consuetudo sit contraria, & ita hoc legatum interpretetur, vt alimenta dumtaxat contineat; tūc seruanda illa erit, quatenus legitimè introducta apparebit. Hoc enim ego contendo, illam iuri nostro repugnare. Vtor autem argumento ex ipsa verbi natura, & significatione petito, nempe *Vsusfructus*, qui sanè, vt ad alimenta tantum referri debeat, neque ex libris nostris, neque ex alijs animaduerto: Et quidem integer extat titulus de vsufructu mulieri relicto, C. si secundo nupserit mulier, &c. & agitur de eo etiam in Authen. de nuptijs, & alibi, & tamen nullibi hæc interpretatio Bulgarina continetur. Et quod me maxime mouet, Imperator Iustinianus in Authent. de Triente & Semisse, §. D prohibemus, eos reprehendit patres, qui vxori rerum suarum vsumfructum relinquunt, quia videntur auferre suis filijs alimenta, & prohibet deinceps relinqui; quia vult legitimæ portionis proprietatem simul, & vsumfructum ad filios pertinere; quæ sanè reprehensio, & querela, non erat necessaria, si vsusfructus vxori non debeatur, sed tantum alimenta. Audiamus verba Iustiniani, vt res clarius demonstretur: *Prohibemus autem, & illud graue existens, & habens quidem aliquam legalem occasionem, in duram tamen incidens crudelitatem, & amaritudinem* (Nulla sanè erit crudelitas, amaritudo nulla, si ad alimenta tantum restringatur, vt patet) *Nouimus enim aliqua testamenta secundum quæ morientes non paternè, nec vt viros oportebat; sed nimis molliter atque remisse fecerunt institutiones. Vxoribus siquidem omnem dereliquerunt rerum suarum vsumfructum: filiis autem proprietatem nudam* (Nulla esset opus reprehensione, si ad alimen-

A ta tantum restringatur. Nec dici poterit proprietas nuda filijs esse relicta.) *Quamobrem arbitror studiū esse huiusmodi testamentis, vxoribus etiam proprietatem adquirere filiis fortè fame peremptis* (Hæc ratio cessat, si de alimentis accipiatur) *Vnde enim etiam in medio gubernentur, & quotidianum habeant cibum nihil eis derelicto, vxoris iure forsitan, & irrationabili intercedente. quod eis etiam quotidianam gubernationem arripiat* (Et hæc ratio etiam nulla est, si recipiatur illa interpretatio) *Non licebit igitur de cætero vlli omnino filios habenti tale aliquid agere: Sed modis omnibus eis huius legitima partis, quam nunc deputauimus, & vsumfructum insuper, & proprietatem relinquere, si vult filiorum non repente fame morientium, sed viuere valentium vocari pater:* Res sanè perspicua est, proinde alia non adijcio, ne in re clara sim nimius; Et sic eam testatoris dispositionem accipio, atque interpretor, vt excepta filiorum legitima, in reliquis bonis vsusfructus ad vxorem pertineat, ac proinde his repugnantem B sententiam, ac interpretationem valere iubeo. Consuetudine, si quæ est in loco, manente in suo robore.

CAPVT XLVIII.

Legatum dotis vel pro dote relictum puellæ certa ab extraneo, an sit purum, vel conditionale,



NOn videtur mihi admodū difficilis hęc quęstio, licet enim controuersia sit, vt patet ex Mantica de coniecturis vltimar. voluntat. lib. 11. tit. 22. & ex Menochio de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsumpt. 146. satis tamen disertè deciditur in l. Titio centum, §. Titio genero, ff. de cond. & demonstr. Nam cùm Papinianus ibi dicat: *Ante nuptias Titio vel muliere defunctis* (quibus dotis nomine centum dare hæres damnatus erat) *legatum apud hæredem manere*, satis apertè indicauit, non esse purū eiusC modi legatum, sed sub conditione; quia purum legatum ad hæredes transmittitur, non conditionale, l. vna, §. fin autem aliquid, C. de caducis tollen. Idem iuris est in legato, quod sub modo fieri dicitur; etsi enim casu fortuito modus non adimpleatur, legatum tamen debetur, l. si fundum per fideicommissum, §. 1. aliàs est l. si Titio, de leg. 1. l. pater, §. Tusculanus, de leg. 2.

His accedit text. in §. sed hoc præsenti, in Authet. de sanctiss. Episcop. ibi: *Si quis forte sub conditione nuptiarum siue liberorum, siue dotis causa, siue antenuptialis donationis donauerit siue reliquerit suis liberis, siue alii cuicunque personæ hæreditatem, aut ab initio purè relinquens eis*, &c. Quibus verbis apparet, dotis causa relictum, non intelligi purè relictum, sed sub conditione.

Quæ sanè interpretatio ac sententia euidenti ratione confirmatur. Nam dos sine matrimonio esse non potest, l. 3. ff. de iure dotium, l. vltima, C. de donat. ante nuptias. Ergo vt dotis causa, seu nomine pecunia reD licta præstetur, matrimonium contrahatur necesse est: Et ideo promissio dotis tacitam conditionem habere dicitur, si nuptiæ sequantur, leg. promittendo, ff. de iure dotium, stipulationem, leg. dotis, ff. eodem. Et ideo scribit Vlpianus: *Si ego Seia res dedero, vt ipsa suo nomine in dotem det, efficientur eius, licet non in dotem sint data, sed condictione tenebitur*, l. si ego, ff. eod.

Primum argumentum contrariæ sententiæ est ex l. qui filium, ff. vbi pupillus educari debeat. Iulianus: *Qui filium hæredem instituerat, filiæ dotis nomine, cùm in familia nupsisset, ducenta legauerat, nec quicquam præterea; & tutorem ei Sempronium dedit: Is à cognatis, & propinquis pupillæ perductus ad magistratus iussus est alimenta pupillæ, & mercedes, vt liberalibus artibus, instituerentur, pupillæ nomine præceptoribus data: pubes factus pupillus pubere iam facta sorori sua ducenta legati causa soluit*, &c.

Respondeo, puberem factum filium spontè, non quod obligatus esset, soluisse; neque enim antequam nu-

beret, tenebatur soluere; quia sub conditione apertè legauerat, cum scilicet in familia nupsisset, nec ea de re Iurisconsultus ibi respondit, sed obiter, & ad alium finem narrauit filium soluisse; quare nihil ad rem nostram facit.

Secundum argumentum est, quia quoties legati causa commodum respicit legatarij, tunc non inducit conditionem, sed modum, l. Titio centum, §. 1. ff. de condit. & demonstr. sed talis hæc est causa; respicit enim puellæ cōmodum, vt nubere possit. Ergo, &c.

Respondeo, in d. l. Titio centum, §. 1. non probari, quod asseritur; quia Iurisconsultus appellat illam conditionem: *Titio centum relicta sunt*, inquit, *ita vt Mæuiam vxorem, quæ vidua est, ducat. Conditio non remittetur*, &c. Propositio tamen illa probari potest ex eadem lege, in principio: *Titio*, inquit, *centum ita, vt fundum emat, legata sunt, non esse cogendum Titium cauere, Sextus Cæcilius existimat: quoniam ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret*, &c.

Respondeo, legati causam in hac specie nostra non respicere tantum ipsius legatarij emolumentum, immo verò etiam futuri mariti, immo & Reipublicæ, cuius interest mulieres esse dotatas, & nubere, l. 1. ff. sol. matr. Et consequenter argumentum cessat.

Tertium argumentum est, quia dictio *Pro*, non importat conditionem, sed causam significat, c. cum olim, de censib. cap. in nostra, de iniur. vel denotat modum, l. Lucius, §. peto, de leg. 2. l. si quis pro redemptione, C. de donationib.

Respondeo, non ex vi dictionis illius conditionem induci in hoc legato dotis, sed ex natura eius; quia dos sine matrimonio esse non potest, vt dictum est, & ideo dos relicta ita debetur, si matrimonium fuerit secutum, quod nihil est aliud, quā sub conditione deberi ipsius matrimonij futuri.

Quartum argumentum est ex d. l. Titio centum, §. Titio genero, ff. de condit. & demonstr. in illis verbis: *Sed cum ante nuptias (quia purum legatum est) peti potest*, &c. Quibus verbis patet eiusmodi legatum purum esse.

Respondeo, non eum esse illorum verborum sensum, quod legatum nomine dotis, de quo in principio §. fit mentio, purum sit: id enim purum non esse, sed sub conditione, satis ex eo probatur, quod textus postea dixit, *ante nuptias Titio vel muliere defunctis legatum apud heredem manere*; sed sensus est, si legatum sit purum, hoc est, sine mentione dotis & nuptiarum, tunc cautionem necessariam esse. Itaque in illis verbis non agit Iurisconsultus de ea ipsa specie, de qua in principio egit, sed ponit aliam speciem, cum videlicet legatum purum est, & tunc respondit circa cautionem, vtrum sit necessaria.

CAPVT XLIX.

Si legetur puellæ sub conditione; si fuerit matrimonio copulata Seio; vtrum legatum debeatur contractis nuptijs, ante copulam carnalem.

LEgatum in proposita specie non deberi ante copulam carnalem, respondit Baldus in consilio 200. In causa ista considerandum est. libro 3. quem secutus est Roland. à Valle, de lucro dotis, quæst. 108. num. 3. eo argumento, quod testator videatur de matrimonio intellexisse, quod perfectum & consummatum fuerit, & sic de matrimonio, quod effectum habuit, quod ex carnis coniunctione potissimum euenit, argumento text. in ca. vlt. de conuers. infidelium. ibi: *Ac ex hoc legitima coniunctio maris & fœminæ magis matrimonium, quam patrimonium nuncupetur.*

Cæterum, contrarium respondit Vlpianus, in l. cum fuerit, 25. ff. de cond. & demonstr. sic dicens: *Cùm fuerit sub hac conditione legatum; si in familia nupsisset, videtur impleta conditio statim atque ducta est vxor, quam-*

A *uis nondum in cubiculum mariti venerit: Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.*

Sed dices, non hæc est species Baldi, quia testator alijs verbis vsus est in specie Baldi, nempe, *si per matrimoniū copulabitur Seio*. Sed quid aliud est per matrimonium copulari, quàm nubere, matrimonium inire, contrahere cum Seio? Itaque summa ratione Baldi responsum improbatum est à multis, quos Menochius refert, & sequitur, de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsumpt. 148. num. 9. & sequen. nisi apparuerit eam fuisse mentem testatoris, vt matrimonium concubitu etiam consummatum esset.

CAPVT L.

In legato vsusfructus habeatnè locum ius accrescendi inter coniunctos verbis tantum?

B SI Titio & Mæuio æquis portionibus vsusfructus legetur, iuri accrescendi inter eos locum non esse existimo, autoritate nixus Papiniani, in l. penult. ff. de vsufructu accresc. *Cum singulis ab heredibus singulis eiusdem rei vsusfructus legatur, fructuarij separati videntur non minus, quam si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset: vnde fit, vt inter eos ius accrescendi non sit.* Hactenus ille. Rationem hanc adfert Duarenus, libro primo, de iure accrescen. capitulo decimo, in fine. quia cum vnaquæque vsusfructus pars hæreat personæ, cui adscripta est à testatore, deficiente persona, finitur, & ad proprietatem redit, §. finitur, in Institut. de vsufructu.

Atque ita responderunt præter Duarenum loco annotato, Petrus Belatius, ad l. re coniuncti, de leg. 3. nume. 33. Crotus ibidem, numero 44. Politus, numero 46. Ripa, num. 69. Vasquius de successionum creatione, libro
C 1. §. 10. num. 128.

Sed contrarium responderunt multi alij, quos isti referunt, quibus accedant & alij, quos refert & sequitur Menochius de præsumpt. lib. 4. in secunda parte, præsumpt. 159. nu. 7. Fundamentum ponunt in l. 1. ff. de vsufructu accrescendo. Vlpianus: *Quoties vsusfructus legatus est, inter fructuarios est ius adcrescendi, si coniunctim sit vsusfructus relictus: Cæterum, si separatim vnicuique partis rei vsusfructus sit relictus, sine dubio ius adcresendi cessat.*

Si locus est iuri accrescendi, quoties coniunctim vsusfructus legatus est, igitur inter eos locus erit, qui verbis coniuncti sunt. Respondeo, Vlpiani verba esse accipienda de coniunctis re, & verbis, aut re tantum, cum scilicet totus vsusfructus singulis relictus est, partes autem concursu fiunt. Interpretationem istam probo primò ex l. coniunctim, de leg. 3. *Coniunctim heredes institui aut cōiunctim legari* (inquit Celsus) *hoc est, totam hereditatem, & tota legata esse singulis data, partes autem concursu fieri.*
D Secundò ex eodem Vlpiano, in l. 4. ff. eod. tit. illis verbis: *Toties ius adscrescendi esse, quoties in duobus, qui in solidū habuerunt, concursu diuisus est.* Hoc autem accidit inter eos, qui re, & verbis, aut re tantum, sunt coniuncti; non autem inter eos, qui verbis tantum.

Rursus probo ex d. l. pen. vbi disertè Papinianus indicat, non esse locum iuri accrescendi inter eos, quibus vsusfructus æquis portionibus est relictus.

Respondet Menochius post Ripam, hoc modo: *Cæterum respondet Ripa, in d. l. re coniuncti, nu. 68. ibi nullo modo fuisse coniunctos: non verbis, quia erant separatim vocati. Non etiam re; quia partes censentur ab initio factæ pro portionibus ipsis hereditarijs ipsorum heredū, à quibus erat relictū, iuxta l. cum fundus, ff. de cond. & dem.* Hactenus ille.

Hæc responsio mihi non probatur, quia textus loquitur de his, qui verbis sunt coniuncti. Sic enim ait: *Non minus, quam si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset.* Isti aūt dicuntur verbis coniuncti, vt notum est, inter quos ius accrescendi locum habere in

vsufructu manifestè Papinianus indicat;& huic coniun- A ctioni illã ęquiparat,de qua nominatim quęrebatur,cùm videlicet singulis ab hæredibus singulis eiusdem rei vsus fructus legatur. Nam quia relictus censetur pro portionibus hæreditarijs singulorum hæredum,idcirco ait ius accrescendi cessare, quia fructuarij separati sunt non minus, quàm si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus esset: tunc enim quilibet diuersam ac separatam portionem haberet, siue in oratione separata relinquatur,siue in eadem oratione, vt patet.

CAPVT LI.

Si tutori vel administratori legetur; quicquid apparebit eum debere ob tutelam, vel aliam administrationem, vtrum eo legato comprehendatur etiam id, quod debet ex dolosa administratione.

VLpianus: *Si quis rationes exigere vetetur (vt est sæpissimè rescriptum) non impeditur reliquas exigere, quas quis ipse reliquauit; etsi quid dolo fecerit, qui ratione gessit. Quod si quis & hæc velit remittere, ita debet legare:* B *Damnas esto hæres meus quicquid ab eo exegerit hac vel illa ratione, id est restituere, vel actionem ei remittere*, l. si quis, 19. ff. de lib. legata.

Iulianus: *Quidam decedens filiis suis dederat tutores, & adiecerat, eosq; alogistas esse volo. Et ait Iulianus, tutores nisi bonam fidem in administratione præstiterint, damnari debere, quamuis testamento comprehensum sit, vt alogista essent; nec eo nomine ex causa fideicommissi, quicquam consequi debebunt, vt ait Iulianus: & est vera ista sententia. Nemo enim in publicum remittere potest huiusmodi cautionibus, aut mutare formam antiquitus constitutam: Damnum verò quodcunque ex tutela quis senserit, & legari, & per fideicommissum ei relinqui potest*, l. quidam decedens, ff. de admin. tutor.

C Harum legum autoritate controuersia oritur; an tutor, seu alius administrator ex dolosa administratione possit conueniri, quoties ei legatur quicquid ex administratione futura eum debere constiterit. Autores diligenter commemorat Menochius, de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsumpt. 164. num. 7. & 8. Et qui affirmant administratorem nihilominus teneri, primam partem dictarum legum perpendunt, qua cauetur dolum futurum remitti non posse tutori seu administratori, ne scilicet occasio delinquendi præbeatur.

Qui vero negant, administratorem teneri, & conueniri posse, verba posteriora considerant, quibus dicitur legari posse damnum, quod ex tutela quis senserit, vel damnari hæredem posse ad restituendum id, quod *hac vel illa ratione* (scilicet dolosam ob administrationem) exegerit, aut ad actionem remittendam administratori.

Sed hoc postremum argumentum nullius mihi videtur esse momenti; quia existimo in vtraque lege Iurisconsultum loqui de legato eius, quod debetur ex præterita administratione, non ex futura, vt ea sit sententia; D non posse quidem ita tutorem à rationibus liberari, vt nõ teneatur, si dolo egerit, & bonam fidẽ in administratione non præstiterit; sed tamen posse ei damnum legari, vel per fideicommissum relinqui, quod iam quis sensit, ex administratione facta: vel, si aliquid exactum ab eo est, eam ob causam, vt restituatur, mandari, aut etiam actionem ipsam in testamento remitti. Dolus enim pręteritus remitti potest, non autem futurus, l. si vnus, §. pacta, ff. de pactis.

Vt, inquam, huius sim sententiæ, duo faciunt argumenta. Primum est, quia Iurisconsultus dicit in d. l. quidam decedens, *neminem ius publicum remittere posse huiusmodi cautionibus*: Videretur autem remittere posse, si tutores liberare posset ab omni ratione administrationis, etiam non bona fide gesta, quia occasio delinquendi præberetur. Sed eadem occasio delinquendi præbe- A retur, atque adeo ius publicum læderetur, si legari posset futuro administratori, quicquid ex mala & dolosa administratione deberet: sic enim esset idem, ac si à dolo futuro liberatus esset, atque ab omni ratione administrationis, licet dolo factæ. Ergo non possunt dictæ leges intelligi de legato eius, quod debetur ex futura administratione; sed intelligi debent de eo, quod debetur ex præterita administratione.

Alterum est argumentum ex l. iurisgentium, §. si paciscar, ff. de pactis, in illis verbis: *Et generaliter quoties pactum a iure communi remotum est, seruari hoc non oportet, nec legatum, nec iusiurandum de hoc adactum, ne quis agat, seruandum.* Sic enim habent omnes Codices, & hanc lectionem retinendam esse probat Cuiacius lib. 1. Obseruat. cap. 24.

Si igitur legatum non valet contra ius commune, veluti, ne quis furti agat, vel iniuriarum, si fecerit: non valebit etiam legatum, de quo agitur, ne quis agat aduersus tutorem, neque ab eo quidquam exigat, etiam si dolo B fecerit. Id enim est contra ius commune, vt patet.

Atque eò pertinent hæc argumenta, vt demonstretur legatum, si fiat in eum modum, non valere. Sed in proposita specie illud etiam amplius accedit argumentum, quod generali oratione illa testatoris, non videtur dolus administratoris includi, argum. l. creditor, §. Lucius, ff. mandati, & l. si pater, ff. quæ in fraudem credit.

CAPVT LII.

Si testator ita dixerit; lego Sempronio, quod Caio legaui vtrum videatur Caio adimere legatum.

CElebris est cõtrouersia inter Bartolum, & Dynum, de qua post veteres Interpretes in l. re coniuncti, de leg. 3. nouissimè disputant prolixè accurateque Mannica, de Coniecturis vltimar. volunt. lib. 12. tit. 4. Menoch. de præsumpt. lib. 4. in C 2. par. præsumpt. 173. num. 9. Si testator ita dixerit: *quod Caio legaui, Sempronio lego*. vtrũ videatur Caio legatum adimere: an verò simul ad illud inuitare Caium & Sempronium, eosque saltem coniungere eadem re legata, vt sic vnusquisque concursu partem dimidiam consequatur. Affirmat Bartolus coniungi, non autem adimi legatum Caio. Negat Dynus, & docet legatum prorsus Caio adimi, atque in Sempronium transferri. Vterque magni nominis Interpres multos habet adstipulatores, tam veteres, quàm recentiores. Ego me Dyno suffragatorẽ paro, à quo stare Caium, Iustinianumque animaduerti. Caius in l. 5. ff. de adimen. legat. *Sicut adimi legatum potest, ita & ad alium transferri: veluti hoc modo: Quod Titio legaui id Seio do, lego. Quæ res in personam Titii tacitam ademptionem continet.*

Iustinianus de adempt. legator. in Instit. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest: veluti si quis ita di-* D *xerit: Hominem Stichum, quem Titio legaui, Seio do, lego: siue in eodem testamento, siue in Codicillis hoc fecerit: quo casu simul & Titio adimi videtur, & Seio dari.*

His testimonijs quid clarius, firmius, illustrius? Mitto nugas recensere, quæ pro responsione adferuntur. Refellũtur à Menoch. nullo negocio, nec sunt relatu dignę.

Pro sententia Bartoli adfertur primò l. si pluribus, de legatis 1. in illis verbis: *Quod si separatim, si quidem euidentissimè appareat ademptione à priore legatario facta, ad secundũ legatarium testatorem conuolasse, solum posteriorem ad legatum peruenire placet: Sin autem hoc minimè apparere potest, pro virili portione ad legatum omnes venire:* scilicet, &c.

Respondeo, in specie nobis proposita euidentissimè apparere, ademptione à priore legatario facta, ad secundum legatarium testatorem conuolasse. Attestantur id Caius, & Iustinianus, dum dicunt: *Simul & Titio adimi, & Seio dari: & in personam Titii* (prioris legatarij) *tacitam ademptionem continere.*

Secundò

A Secundò adſertur textus in l. quod ſi alij, ff. de adim. legatis. Vlpianus: *Quod ſi alij legetur ſub conditione, quod alij purè legatum eſt, non plenè receſſum videtur à primo; ſed ita demum, ſi conditio ſequentis extiterit.*

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Nam cum vni legatur ſub conditione id, quod alteri purè legatum eſt, in vtroque legatum conſiſtit: quia niſi conditio eueniat, non videtur priori legatario ademptum. Quod ſi conditio extiterit, ademptum videtur. Ergo idem, quando nulla conditio adijcitur, & ſic quod vni purè legatur, alteri ſimiliter purè legatur; tunc enim priori videtur ademptum.

Tertiò adſertur textus in § ſi eadem, Inſtitut. de legatis: *Si eadem,* inquit, *res duobus legata ſit, ſiue coniunctim ſiue disiunctim, ſi ambo perueniant ad legatum, ſcinditur inter eos legatum; ſi alter deficiat, quia aut ſpreuerit legatum, aut viuo teſtator deceſſerit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti ſi quis dicat: Titio & Seio hominem Stichum do, lego. Disiunctim ita: Titio hominem Stichum do, lego.* B *Seio hominem Stichum do, lego.*

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Aliud enim eſt dicere: *Titio hominem Stichum do, lego. Seio hominem Stichum do, lego.* Aliud vero, quod Titio legaui Caio lego: ſiue Stichum, quem Titio legaui, Seio lego. Priore caſu dicuntur eſſe re coniuncti legatarij, & ambo ad ſolidum vocati, & ſic concurſu partes faciunt: Poſteriori autem non ſunt coniuncti, ſed tacitè vni ademptum legatum eſt, & in alterum translatum.

Quartò, adſertur l. Iulianus, ff. de hæred. inſtit. Vlpianus: *Iulianus quoque libro 30. refert: ſi quis ita hæredes ſcripſerit, Titius ex parte dimidia hæres eſto, Seius ex parte dimidia: Ex qua parte Seium inſtitui, ex eadem parte Sempronius hæres eſto: dubitari poſſe: vtrum in tres ſemiſſes diuidere voluerit hæreditatem, an verò in vnum ſemiſſem Seium & Sempronium coniungere, quod eſt verius. & ideo cõiunctim eos videri conſtitutos. ſic fiet vt Titius, ſemiſſem, hi duo, quadrantes ferant.*

C Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Nam cum dicit teſtator; *quod Titio legaui, Caio do, lego,* verba referuntur ad rem ipſam legatam, quæ ſecundum communem vſum loquendi ademptionem ſignificant. At cum dicit; *Ex qua parte Seium inſtitui, ex eadem parte Caius hæres eſto,* verba referuntur ad partis aſſignationem; Vult enim teſtator ambos eſſe hæredes, vt ſcilicet concurrant ſinguli pro dimidia. Atque idem eſſet dicendum, ſi teſtator diceret; *Titio dimidiam lego, quam partem Seio legaui,* hic enim concurrerent, cum verba referantur ad partis aſſignationem. quæ reſponſio eſt Duareni, in d. l. ſi pluribus, de leg. 1.

CAPVT LIII.

Ad interpretationem Nouellæ Iuſtiniani de reſtitutionibus.

D Cvm quis rogatus eſt, per fideicommiſſum reſtituere, quicquid ex hæreditate ſupererit, poteſtatem habet bona fide, non autem animo interuertendi fideicommiſſum, omnia alienandi, ſi prudentum reſponſa ſpectentur, l. Titius, ff. ad Trebellian. Cæterum, à Iuſtiniano in Nouella, de Reſtitutionibus, aliter eſt conſtitutum; Sic enim ſtatuit, vt quartam partem hæres grauatus fideicommiſſario reſtituere teneatur, reliquo autem dodrante, ſicut voluerit, vti poſſit. Sed cõtrouerſia eſt, quomodo id accipiendum ſit; vtrum dodrantem hæres abſque ulla cauſa alienare poſſit. Aliquibus enim viſum eſt interpretibus, poſſe aliquibus non poſſe; alijs diſtinguẽdum, vtrum alienatio dolo fiat, ſcilicet cauſa euertendi fideicommiſſum, & id conſtet, & tunc non valeat; an verò dubium id ſit, nec appareat factam fuiſſe alienationem cauſa euertendi fideicommiſſum, & tunc valeat, & promiſſa ſit. Vide Menochium in conſilio 334. nume. 60.

A libro quarto, & de præſumptio. libro 4. in ſecunda parte præſumpt. 188. num. 12.

Ego vero omnem hanc diſputationem definiri à Iuſtiniano ſatis diſertè in eadem Nouella affirmare non dubito. Sic enim ait; *Sancimus vſque ad Falcidiam ſolum ſuæ inſtitutionis neceſſitatem habere ſeruare eum, qui oneratus eſt fideicommiſſi reſtitutione: & non poſſe aliquid penitus ex illa minuere ſufficiens exiſtens: ſed hæredi quidem ſuperſint tres partes, illi autem quarta ſolius relinquatur ratio. Non enim concedimus ei, qui grauatus eſt etiam donationibus vti aliquibus, & forſan ex ſtudio, quod Papinianus dicebat interuertendi fideicommiſſi cauſa, vt etiã quarta minuatur inſtitutionis eius: ſed hoc omnino relinquere fideicommiſſum aliis omnibus in eius poſitis poteſtate, & licentiam habere cum iis, ſicut voluerit vti quẽadmodum perfectis dominis competit.*

His verbis Iuſtinianus mandat quartam partem integram reſtitui fieicommiſſario, prohibetque eam minui, B vel donationibus, vel aliis cauſis, præſertim ex ſtudio euertendi fideicommiſſum. Deinde reliquas tres partes hæredi grauato liberè aſſignat, vt ſicut voluerit, eis vti poſſit, tanquam perfectus dominus. Igitur donare poſſit tres illas partes grauatus hæres, eiſque vti, ſicut voluerit, etiam animo ſeu ſtudio fideicommiſſum interuertẽdi. Hoc enim diſcrimen eſt conſtitutum ab Imperatore inter ipſam quartam fideicommiſſario reſtituendam, & cæteras partes, vt illa minui non poſſit donationibus, vel aliis modis ſtudio euertendi fideicommiſſum, cæteræ autem partes poſſint. Itaque non de ſingulis verbis diſputare oportet, ſed tota orationis ſeries contemplanda eſt illius conſtitutionis; ſic enim apparebit controuerſiam iſtam planè definitam eſſe. Atque ita mihi videtur.

CAPVT LIII I.

C *Si teſtator legauerit puellæ, ſi nupſerit, mille; ſin autem Monaſterium fuerit ingreſſa, ducenta; an ſi Monaſterium ingreſſa fuerit, mille conſequi valeat.*

ANtiqua & peruulgata hæc eſt controuerſia; Si teſtator puellæ, ſi nupſerit, mille legauerit; ſi autem Monaſterium ingrediatur, ducenta; vtrum ſi Monaſterium ingreſſa fuerit, mille poſſit conſequi affirmant Barto. ad l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nomi. Negat Bald. in Authent. Niſi rogati, C. ad Trebellian. Alios vtriuſque ſententiæ ſectatores collegit Antonius Gabrielius, libro quarto, commu. concluſ. tit. de legatis, concluſ. 2. Negantis ſententiæ fundamentum eſt in voluntate clara teſtatoris. Affirmantis illud eſt, ne puella à voto Religionis & vitæ contemplatiuę remoueatur, argumento textus in §. Sed & hoc pręſenti, in Authent. de Sanctiſſ. Epiſcop. Reſpondent contrariæ ſententiæ antores, illud argumentum lo-D cum habere, quoties teſtator nihil puellæ legat, ſi Monaſterium ingrediatur: tunc enim, et ſi ſub conditione nuptiarum, vel dotis cauſa leget, nihilominus legatum debetur, etſi non nubat, ſed Monaſterium ingrediatur, vt conſtituit Imperator Iuſtinianus in dicto §. ſed & hoc præſenti. Cæterum in præſenti ſpecie teſtator legat puellæ ducenta, ſi Monaſterium ingrediatur, quare & voluntas teſtatoris eſt certa, & ſimul declaratur, quid, & quantum puellæ debeatur, ſi Monaſterium ingredi velit; quã ſpeciem Imperator non attingit in dicta Conſtitutione. Reſponderi poſſet, ſi cum nihil eſt legatum puellæ Monaſterium ingredienti, totum habere debet; quod ſub conditione nuptiarum ei eſt relictum, vt in ea conſtitutione cauetur. Ergo, ſi aliquid ſit ei relictum, multo magis illud petere, & pręterea ſupplementum vſque ad quanntatem ſub conditione nuptiarum relictam conſequi debebit. Non videtur enim eſſe ratio differentię, Immò maior ratio pro legatario. Sed noſtrum non eſt officium, ita leges interpretatione extendere, ut ſpe-

ciem

ciem dissimilem contineant. Est enim hoc nouam potius legẽ condere. Diuersitatis ratio illa est; quod in proposita specie, puella peteret repugnante testatoris voluntate, duplicem ob causam: Prima, quia mille legauit, si nuberet. Secunda, quia ducenta legauit, si Monasterium ingrederetur. Quod vero Iustinianus statuit, in eo duntaxat testantis voluntatem offendit, quod nuptiarum conditioni non satisfacit. Sed religionis fauor & castitatis merito facit, vt insuper haberi conditio debeat.

CAPVT LV.

Ad l. filia legatorum, C. de legatis, discutitur controuersia inter Oldradum & Dynum de patre, qui filiæ suæ pro dote legauit CCCC. deinde eam elocauit viuens dote constituta & numerata ducentorum aureorum, vtrum filia residuum ex legato petere possit.



IMperator Alexander in l. vndecima, C. de legatis: *Filia legatorum*, inquit, *non habet actionem, si ea, quæ ei in testamento reliquit, viuus pater postea in dotem dedit*. Sed vetus est controuersia inter Oldradum & Dynum. Pater quadringenta dotis nomine reliquit, Postea viuus ducenta in dotem dedit; vtrum filiæ ad residuum petendum actio competat.

Oldradus competere affirmabat, Dynus id negabat. Bartolus vero distinguebat, vt si pro dote, seu dotis nomine relicta sint in testamento quadringenta, tunc residuum petere possit filia: secus si pro ea maritanda pater relinquat, quia si minori quantitate in dote data, matrimonio tradita sit, legati residuum petere non potest. Cæterum Baldus, Castrensis, Iason, Corneus, & cæteri communiter in Commentarijs dicta l. filia legatorum, sententiam Oldradi amplexi sunt, sed Dyni sententiam defendit Campegius, de Dote, parte prima, quæstio. 36.

Ego probabiliorem esse puto Oldradi sententiam duabus potissimum rationibus. Prima, quia fundata est intentio filiæ in testamento, in quo legatum continetur, ad quod petendum & consequendum actionem dari palam est; Ergo, si filia egerit, & opponatur exceptio illa: Patrem inter viuos ei dotem dedisse; Et ideo non posse eam petere legatum, replicabit illa, se non accepisse à patre totam quantitatem Testamento relictam. Altera est ratio, quia cur legatum peti non possit, si pater ea, quæ legauit viuens in dotem dederit, illud in causa esse intelligitur, quoniam legatum tacitè ademptum videtur ex defuncti patris voluntate. Nam legata ex coniectura voluntatis tacitè adimi possunt, l. quarta, ff. de adim. leg. Hæc autem est fortis coniectura voluntatis, quia pater dedit filiæ id, quod ei legauerat. Ergo, si partem duntaxat dederit, & non totum, quod testamento reliquit: deinde non mutato testamento decedat, certè nec reuocatum pro illa parte, quæ soluta non est, intelligi potest. & magna est coniectura & præsumptio patrem voluisse, vt præter dotem datam residuum quoque, quod legato continetur, filia consequatur.

CAPVT LVI.

Ad l. cum filiofam. de leg. 1. controuersia circa vltima voluntatis patris sententiam.



PApinianus ita scribit in l. 11. de legat. 1. *Cum filiofamilias, vel seruo alieno legatum, vel hæreditas datur, fideicommitti patri, vel domino potest, ac tum demum ex persona ipsorum fideicommissum vires capit, cum ipsis, per quos commodum hæreditatis vel legati patri, dominove quæritur, fideicommissum hæreditatis relinquitur.* Denique Iu-

A *lianus non insubtili ratione motus, patrem, cuius filius hæres institutus esset, extero quidem, habita ratione legis Falcidiæ restituere hæreditatem respondit, quoniam ex persona filij teneretur: Ipsi verò filio non admissa Falcidia: quia ex persona sua sibi filius obligari non posset, ac pater non vt hæres, sed vt pater rogari videretur. Et ideo, si filio rogatus sit pater post mortem suam, quod ad se peruenit ex legato, vel hæreditate filio relictis, restituere; isq; viuo patre decedat, omnino patrem id retenturum, quoniam fideicommissum ex persona patris vires acceperit.*

Posterioris partis sententia admodum obscura videtur, & dubia, quoniam verba textus ex contrario sensu indicant, si extraneo rogatus sit pater restituere, & extraneus interim moriatur, patrem non retenturum fideicommissum, quod falsum est; quia eiusmodi fideicommissum est conditionale, ideoque moriente ante hæredem grauatum eo, cui relinquitur, euanescit, nec transmittitur ad hæredem ipsius, cui relinquitur, l. 4. ff. quan-
B do dies legat. cedat, l. hæres meus, ff. de cond. & demon. Consequenter apud ipsum grauatum, à quo relictum est, manet, l. pater, §. Tusculanus, de leg. 3. l. Iulianus, de leg. 2. l. vna, §. sin autem sub conditione, C. de cadu. tollend. Si dicatur idem esse iuris, cum extraneo rogatus est pater restituere, illud obstat, quia textus constituere videtur discrimen inter vtramque speciem, quod si nullum sit discrimen prorsus indubitabile sit responsum Iurisconsulti.

Quid Gloss. quid Bartolus, & alij in medium attulerint apud Iasonem, qui refert & refellit, legi potest. & qui Pauli Castrensis sententiam secutus est, quam rectè refellit Alciatus lib. 5. Paradox. cap. 14. Vtinam sic ille probabile aliquid dixisset: Sed ita ferè accidit, vt facilius sit aliorum dicta reprehendere, quam non reprehendenda dicere.

Ego probabilem existimo Iacobi Cuiacij sententiam, eamque amplector lib. 10. Obseru. cap. 38. cuius summa
C hæc est: Non idem esse respondendum, cum extraneo, pater restituere rogatus est, & extraneus viuo patre decedit; tunc enim hæreditas quidem sit caduca, vt constat ex legibus supra citatis. Sed pater eam non retinet, quia transit ad fiscum. Neque enim eo tempore, quo Papinianus respondit, caduca erant sublata, vt postea sublata sũt ex l. vna, C. de cadu. tollend. & ideo ad fiscum pertinebant, vt patet ex Fragmentis Vlpiani, titu. 17. Cur autem eo in casu, quo pater extraneo restituere rogatus est in ea specie, de qua Papinianus loquitur, ad fiscum hæreditas tanquam caduca pertineret, & non in altero casu, cum pater filio restituere rogatus est, illa est ratio: quia cum extraneo restituere rogatus est pater, tunc non vt pater, sed vt hæres rogatus esse intelligitur: Cum autem filio rogatus est restituere, intelligitur rogatus, vt pater, non vt hæres. Id patet ex verbis præcedentibus eiusdem legis, ibi: *Extero quidem habita ratione legis Falcidiæ restituere hæreditatem respondit; quoniam ex persona filij te-*
D *neretur; ipsi vero filio non admissa Falcidia; quia ex persona sua sibi filius obligari non posset, ac pater, non vt hæres, sed vt pater rogari videretur.* Cum igitur non intelligatur rogatus vt hæres, sed vt pater, si filius viuo patre moriatur, hæreditas ad fiscum transire non potest, & ideo pater eam retinet. Non transit autem ad fiscum, quia soli hæredi onus caduci irrogatur, non ei, qui non est hæres, & ideo cum in priori casu, quo extraneo rogatus est restituere, vt hæres intelligatur rogatus, onus caduci locum habet, & fisco hæreditas defertur. Onus autem caduci ad hæredes solos pertinere certum est; quia sic erat constitutum lege Papia, vt fiscus ea vindicaret, quæ apud hæredem remansura erant. Hoc patet: nam si apud alium, quam hæredem, puta legatarium remansura essent caduca, fiscus ea vindicare non poterat, sed legatarius ea retinebat, l. Iulian. de leg. 2. Sic igitur & quæ apud patrem, non vt hæredem, remansura essent, fiscus vindicare non poterat. Erat enim odiosa lex illa, adeoque Iurisconsultis displicebat, vt interpretationibus suis, quoad eius fieri

possit,

poſſet, eam ſemper coercerent, & contra fiſcum facilè reſponderent, ſi vel minima ſubeſſet dubitandi materia, vt patet ex l. intercidit, ff. de condi. & demonſtr. l. quæret, ff. de verbo. ſignific. l. vlt. ff. de his quibus vt indig. l. Diui, §. vlti. ff. de iure codicill. l. ſecunda, ff. de auro & argent. leg. & teſtatur Iuſtinianus in dicta l. vna, poſt principiũ, C. de caduc. tollend. Quare & in ea ſpecie, qua pater non vt hæres rogatus videri poterat reſtituere, meritò eum hæreditatem vel legatum retenturum reſpondit Papinianus; quod ſanè in altero caſu locum habere non poterat, quo pater hæres reſtituere tenebatur. Nullus enim iuſtus color, ac prætextus erat fiſcum excludendi: & ideo nec pater retinere eo in caſu caducam hæreditatem potuiſſet; quæ ratio effecit, vt de eo tãtum caſu loqueretur Papinianus, quo filio pater reſtituere rogatus eſſet.

CAPVT LVII.

Innocentij III. Pontificis Maximi reſponſum in c. cum tibi, de teſtam. ſitnè iuris ciuilis regulis conſentaneum?

INnocentius III. Pontifex Maximus ſcribit in hæc verba: *Cum tibi de benignitate.* Et infra: *In ſecunda quæſtione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius diſpoſitionem committit, non videtur decedere inteſtatus.*

Controuerſia eſt, vtrum hoc reſponſum ſit iuri ciuili conſentaneum, & dubitationem facit, quod ſecundum iuris ciuilis regulas teſtamentorum iura per ſe firma eſſe oportet, non ex alieno arbitrio pendere, l. illa inſtitutio, ff. de hæred. inſtitut. Non placet Gloſſæ interpretatio aliud eſſe iure Ciuili conſtitutum, aliud ex Canonum æquitate; quia quoties Summus Pontifex à iuris Ciuilis rigore recedit, id prolixè & diſertè ſolitus eſt exprimere. Alij dixerunt Innocentium loqui, quando in alterius voluntatem non confertur principalis teſtamenti diſpoſitio; ſed tantum alteri committitur electio hæredis incerti ex certis. Non rectè; tum, quia id iure ciuili permiſſum eſſe non ſatis probatur, tum quia Innocentius diſertè loquitur de eo, qui extremam voluntatem ſimpliciter & abſolutè committit in alterius diſpoſitionem, non autem de eo, qui tantum committit electionem. Illa nec mihi placet interpretatio, quæ communiter recepta eſt, vt declarat Couuar. in relectione illius Capituli, Innocentium loqui de eo, qui ſuam vltimam voluntatem alterius diſpoſitioni committit, vt ſcilicet ad pias cauſas bona ſua diſtribuat, argumento l. nulli, & l. ſi quis ad declinandam, C. de Epiſcop. & Cler.

Nam Innocentius loquitur eo in caſu, quo is, qui in alterius diſpoſitionem ſuam committit vltimam voluntatem, nihil per ſe prorſus ordinat, vel determinat, quid, cui loco, vel perſonæ conferri debeat. Id patet ex integra ipſius Innocentij epiſtola, quæ habetur libro 3. epiſtolar. eius epiſt. 38. Antiſiodorenſi Epiſcopo, cuius verba hæc ſunt: *Cum tibi de benignitate Sedis Apoſtolicæ ſit indultum, quod ordinatio rerum clericorum ab inteſtato decedentium liberè in tua poteſtate ac diſpoſitione permaneat, volens omnem materiam ſcandali ſemouere, quod aliquando inter te, & tuos Canonicos eſt ſubortum, ſuper duobus nos conſulere voluiſti. Primò, an appellatio vocabuli Clericorũ, tam ad Canonicos, quam ad non Canonicos extendatur. Secundò, an illi, qui in diſpoſitione & voluntate alterius ſuam committunt vltimam voluntatem, nihil per ſe penitus ordinantes, nec determinantes quid, cui loco, vel perſonæ cõferri debeat, dicatur decedere inteſtati? Primæ igitur Conſultationi tuæ duximus reſpondendũ, quod appellatio Clericorum non ſolum alios, ſed etiam Canonicos comprehendat: In ſecundo vero dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius diſpoſitionem committit, non videtur decedere inteſtatus.*

Prior pars epiſtolæ continetur in cap. cum tibi, de ver

A bor. ſignif. Ex qua interpretari debemus & poſteriorem, vt nimirum inteſtatus non dicatur is decedere, qui ſuam vltimam voluntatem in alterius diſpoſitionem committit, quantum ad effectum, de quo ibi quæritur, nempe, ad hoc, vt ceſſet indultum Epiſcopo priuilegium de reb. Clericor. diſponendi, qui ab inteſtato decedunt. Nam cum clericus decedens, alterius arbitrio ſuam vltimam volunt. committit, ſatis dicitur teſtari, ac declarare, ſe nolle, vt ea poteſtas ſit penes Epiſcopum, verum penes aliũ, cuius prudentiæ & arbitrio totum committit. Huius in arbitrium alterius commiſſionis circa legata, textum habemus in l. prima, de legat. ſecundo, in l. fideicommiſſa, 46. de fideicommiſſ. liber. Circa vero diſtributionem in pios vſus, textum in l. ſi quis ad declinandam, C. de Epiſcop. & Cleric. Vt minimè mirandum ſit, ſi & in ea ſpecie admittatur ad excludendum Epiſcopum. Non igitur illud erit propriè teſtamentum, non Codicillus, ſed mentis teſtatio & declaratio morientis, cui rerum ſuarum di-

B ſpoſitionem mandarit, vt proinde non dicatur eſſe inteſtatus, ita vt ius diſponendi ad Epiſcopum pertineat.

CAPVT LVIII.

An legatum conferri in alienam voluntatem poſſit?

TRia ſunt hac de re certa & explorata: Vnum autem dubium & controuerſum eſt. Primò certum eſt, legatum conferri poſſe in voluntatem legatarij, l. ſi ita expreſſum, ff. de condi. & demonſtr. l. ſi ita, §. illi ſi volet, de leg. 1. Secundò certum eſt conferri non poſſe in liberam hæredis voluntatem, l. Senatus, §. legatum, de leg. 1. Tertiò conferri poſſe in hæredis voluntatem, ſi non libera ſit, ſed quaſi boni viri arbitrium accipiatur, l. fideicommiſſaria, 46. ff. de fideicommiſſ. liber. Illud autem dubium &

C controuerſum eſt, vtrum in voluntatem extranei conferri poſſit. Nam pugnare videtur l. nonnunquam, ff. de cõdi. & demonſtr. cum l. 1. de legat. 2. Modeſtinus ſcribit in dicta l. nonnunquam: *Non poſſe vtiliter his verbis legari: Si Mænius voluerit, Titio decem dato. Nam in alienam voluntatem conferri legatum non poteſt, licet vtiliter ita legari poſſit. Titio decem do, lego, ſi Mænius Capitolium aſcenderit, quamuis in arbitrio Titij ſit, an Capitolium aſcendat & velit efficere, vt Titio legatum debeatur.* At contra Vlpianus in d. l. 1. *In arbitrio alterius conferri legatum veluti conditio poteſt. quid enim intereſt: Si Titius in Capitolium aſcenderit mihi legetur, an ſi voluerit?* Vlpianus in d. l. fideicommiſſaria, 46. ff. de fideicommiſſ. libert. *Sed ſi ita adſcriptum ſit,* inquit, *ſi Seius voluerit, Stichum liberum eſſe volo. Mihi videtur poſſe dici valere libertatem: quia conditio potius eſt, quemadmodum ſi mihi legatum eſſet; ſi Titiũ Capitolium aſcenderit.*

Communis eſt Interpretum ſententia, legatum poſſe

D in extranei arbitrium conferri, tanquam boni viri, non autem in liberam voluntatem, ſicuti explicat Couuar. repudiata cuiuſdam Luſitani contraria ſententia, in relectione cap. cum tibi, numero ſeptimo, de teſtamen. Sed non hinc tollitur repugnantia, quæ eſt inter Vlpianum & Modeſtinum, dum ille negat legatum in alienam voluntatem expreſſe conferri poſſe, tacitè autem veluti, ſi Titius Capitolium aſcenderit, poſſe. Vlpianus autem affirmat conferri poſſe, nec vllum ſtatuit diſcrimen, an dicatur, ſi Titius voluerit, vel ſi Titius in Capitolium aſcenderit. Certè nodus difficillimus eſt adeo, vt hanc eſſe antinomiam inſolubilem dixerit Sarmientus, poſt Emanuelem Coſtam, quem refert libro ſecundo, Selectar. Interpretat. cap. 6. numero 29. Si quid probabiliter adſerri poteſt, id mihi videtur attuliſſe Iacobus Cuiacius libro ſecundo, Obſeruat. cap. ſecundo. *Sed omiſſis,* inquit, *Interpretum traditionibus, vt hæc verba: Si Titius voluerit, dupliciter accipiam, inclinat animus. Aut enim his verbis totum teſtator in voluntate Titij poſuit, vt is arbiter,*

& quaſi

& quasi datar legati sit: & hoc sit inutiliter, dicta l.nonnunquam. A *Aut hac verba pro conditione accepit, in hunc sensum, si fortè acciderit aliquando, vt Titius velit, & hoc non fit inutiliter; Aeque enim valet legatum, atque si obscuriore ratione sit res collocata in voluntatem Titii, vt puta, si Titius Capitolium ascenderit, & hoc ita Vlpianus tradit in l. 1. de legat. secundo. In arbitrium,* inquit, *alterius conferri legatum veluti conditio potest: quod enim interest, si Titius Capitolium ascenderit, mihi legetur, an si voluerit, veluti conditio, id est, quasi conditio, sed malim legere veluti conditionem. Et ex eo quidem loco, quod Vlpianus alibi tradit, legatum in aliena voluntate poni posse, sic accipiendum esse reor, vt in aliena voluntate, quasi conditione legatum poni possit, l. Senatus, §. legatum. Nam in l. fideicommissaria, 3. ff. de fideicommissar. libert. Idem auctar ideo libertatem ita relictam, si Titius voluerit, deberi ait, quod conditio potius sit, scilicet, quia in legati dandi merum arbitrium; & huic conditioni eo etiam loco illam, si Titius in Capitolium ascenderit, parem facit omnimodò.* Hactenus egregiè Cuiacius. B

CAPVT LIX.

Legatum an in voluntatem hæredis conferri possit ad interpretationem l. fideicommissaria, 46. ff. de fideicommiss. libert.

VLpianus ita scribit: *Fideicommissaria libertas ita dari potest: Hæres si volueris, fidei tua cõmitto, vt Stichum manumittas, quamuis nihil aliud in testamento potest valere ex nutu hæredis.* Et paulo post: *Quod si ita scriptum sit,* inquit, *si hæres voluerit, non valebit: Sed ita demum, si totum in voluntate fecit hæredis, si ei libuerit. Caterum, si arbitrium illi, quasi bono viro, dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur.*

Hic difficultas oritur primo, quia legatum in voluntatem hæredis conferri non potest, l. Senatus, §. legatum, C de leg. 1. Vlpianus autem respondit posse. Secundò, quia postquam Vlpianus respondit posse, quasi mutata sententia respondit non posse, si de libera voluntate intelligatur. Et tamen supra in principio de libera voluntate locutus est, dum dixit: *Hæres si volueris,* quia innuit ibi nihil aliud valere arbitrio hæredis ita relictum, recepta libertate, consequenter de libera voluntate locutus est; quia constat arbitrio hæredis tanquam viri boni non solum legatum libertatis, sed & alterius rei valere.

Veteres Interpretes dixerunt, Vlpiani verbis posterioribus priora corrigi, quod nequaquam videtur verisimile. Ricardus autem de Salyceto dicebat, in prioribus verbis Vlpianum loqui de hæredis arbitrio non libero, sed tanquam boni viri, propter illa verba: *Fidei tua committo,* sed frustra, quia non solum libertas: sed & alia committi possunt hæredis arbitrio tanquam boni viri, l. si sic, de lega. primo, l. prima, de leg. secundo. Et tamen Vlpianus indicat nihil aliud ita relictum posse valere. D Præterea, Vlpianus loquitur de ea condinone, si hæres voluerit, simpliciter & absolutè, non autem de illa: *arbitrio tuo, si tibi videbitur*, de quibus postea inferius loquitur.

Raphael Cumanus ad l. illa institutio, ff. de hæred. instit. dicebat fideicommissariam libertatem ita relictam, *si hæres voluerit*, valere, non autem directam. Initio autem legis loquitur Vlpianus de fideicommissaria. Id patet ex illis verbis: *Fidei tua committo*, sequentibus autem verbis de directa loquitur libertate relicta. Sed non probatur mihi hæc sententia, vti neque Decio, ad l. captatorias, C. de milit. testamen. quia nec fideicommissaria libertas debetur, si in liberam hæredis voluntatem conferatur: sed opus est, vt boni viri arbitrio relicta sit. Sic enim subiungit Vlpianus: *Nam & eam libertatem deberi placuit, si tibi videbitur peto manumittas; Ita enim hoc accipiendum, si tibi quasi viro bono videbitur.*

Emanuel Costa, libro primò, Select. Interpret. ca. 22. dicebat, aliud esse valere libertatem, prout principium legis loquitur, aliud libertatem deberi, prout inferius Vlpianus in vers. Cęterum, sed refutatur à Sarmiento, lib. secundo. Select. Interpret. cap. 6 nume. 15. ipse verò Sarmientus docet verba illa: *hæres si volueris, fidei tua committo, vt Stichum manumittas*, ad boni viri arbitrium fauore libertatis trahenda esse, multisque legibus adductis, probat fauore libertatis interpretationem alio modo fieri, quam alias fieri soleat, sed non rectè respondet ad argumentum Decii, quod non id in libertate singulariter constitutum sit, vt valeat legatum arbitrio hæredis commissum: nam & alia etiam legata & fideicommissa simili modo relicta valent, l. si sic, de legat. 1. cum tamen textus innuat id tantum in libertate locum habere.

Iacobus Cuiacius lib. 2. Obseruat. cap. 2. idem ferè dixit, sed clarius; *In arbitrium hæredis,* inquit, *quasi boni viri legatum conferri potest. In plenum hæredis arbitrium conferri legatum non potest, vt puta, si volueris; ne sit ita eius arbitrio, quem testator obligare cogitat, an sit obligatus; atque ideo hac etiam verba pro conditione non accipiuntur, nisi fauore libertatis, quemadmodum in initio l. fideicommissaria, 3. ff. de fideicom. libert. apertè demonstratur; namque si libertas ita relicta fuerit, veluti sub conditione, non eo animo, vt autor danda libertatis hæres ipse solus existeret, si hæres voluerit, libertas debebitur statim, vt hæres annuerit. Caterũ, ita relictum legatũ, si hæres voluerit, nec si post annuerit hæres, debebitur: quoniam inutilis prorsus ea Scriptura est. Sub alia conditione licet obscure, si legatum in hæredis arbitrium conferatur, vt puta, si hæres Capitolium ascenderit. Nisi hæres voluerit, nihil scriptura est, l. 3. de leg. 2. l. fideicommissa, §. sic fideicommissum, de leg. 3. At nisi fauore libertatis hac verba, si voluerit, ad hæredem relata per speciem conditionis, nunquam certè defendemus.* Hactenus ille.

Sed vnum obstare videtor huic sententiæ, quod si specialiter in libertatis legato constitutum est, vt valeat ex nutu hæredis, nempe, sub ea conditione: *si hæres voluerit*, quæ liberum arbitrium significat, cur postea sequentibus verbis id valere negat Vlpianus dicens: *Quod si ita scriptum sit; si hæres voluerit, non valebit, sed ita demum, si totum in voluntate fecit hæredis, si ei libuerit. Caterum, si arbitrium illi, quasi viro bono dedit; non dubitabimus, quin libertas debeatur.*

Ego puto hanc esse sententiam Iurisconsulti, vt libertas sub ea conditione relicta: *si hæres voluerit*, valeat; & hoc libertatis fauore specialiter sit constitutum, quia licet verba significare videantur liberum & plenum arbitrium hæredis, possunt tamen trahi etiam ad arbitrium boni viri, & licet in aliis legatis & fideicommissis non ea interpretatio fieret, tamen libertatis fauore recipitur. Quod vero infra Vlpianus subdit: *Quod si ita scriptum sit, si hæres voluerit, non valebit*, priori huic sententiæ non aduersari, propter verba sequentia: *Sed ita demum. si totũ in voluntate fecit hæredis*. Ex his enim verbis duo indicat Vlpianus, primum, illa verba, *si hæres voluerit*, in libertatis fideicommisso trahi posse ad arbitrium boni viri, quia si trahi non possent, non erat opus, vt diceret: *Sed ita demum, si totum in voluntate hæredis fecit*. Alterum est, ita demum non valere libertatis legatum, si ex verbis manifestum erit, testatorem totum posuisse in voluntate libera hæredis, puta dicendo, *si libuerit*. Ergo posterius responsum priori non aduersatur; quia in priori dicitur valere fideicommissum sub ea conditione, *Si hæres voluerit*. In posteriori interpretatio fit hoc modo, vt valeat, nisi totum legatum testator posuerit in plena & libera voluntate hæredis. quod vero subdit textus: *Caterum si arbitrium illi quasi viro bono dedit, nõ dubitabimus, quin libertas debeatur*, id arguit hoc in casu nullam esse difficultatem, quin legatum debeatur, quia debetur etiam, si aliud sit, quam libertas, l. si sic, de leg. 1. Ergo multo magis libertas. Sed in priore casu cum dixit, *Si hæres voluerit*, dubitari potest ex eo, quod cætera legata non valent ita relicta. Veruntamen respondit valere legatum libertatis, quia non ita accipienda sint illa verba, vt signi-

significent liberam hæredis voluntatem, sed conditionem inducant, & arbitrium boni viri significent: licet hæc interpretatio in alijs legatis non ita facilè recipiretur.

CAPVT LX.

Donare mortis causa possit ne mulier, quæ non potest contractum facere absque consensu duorum propinquorum, ita disponente Municipij lege.

Hic subijciam alias controuersias in materia donationis causa mortis, quæ superioribus commodius adiungi potuissent. Prima est: Municipali lege cauetur, vt nullum contractum mulier facere possit absque consensu duorum propinquorum; Vtrum omissa hac solennitate, donare mortis causa possit? Affirmant Ludouicus Romanus ad l. secundam, de leg. primo, Iason ibidem nu me. 13. alios duos, nempe, Alciatum & Socinum citat Tiraquellus de legibus Connubialibus, Glos. 5. numero 74. sed non fideliter: debuit enim eos citare in Commentarijs ad l. 2. ff. de verbor. oblig. Citat præterea Socinum in aliquibus consilijs, & alios, qui de hoc nihil dicunt. Eandem sententiam secutus est Ruinus ad dictam l. nu. 43. de leg. 1. Negant verò Ancharanus in consil. 384. Dubium in ista quæstione. Alexand. in l. 2. col. vlt. de leg. 1. & in l. 2. vbi etiam Aretinus, ff. de verb. oblig. Ripa ad d. l. 2. de leg. 1. num. 10. & ibid. Socinus, & alij, quos commemorat Tiraquellus loco proximè citato, nu. 78.

Prioris sententiæ fundamentum est primò, quia donatio causa mortis naturam habet vltimæ voluntatis, non autem contractus inter viuos. l. vlt. C. de donat. cau. mort. ibi: *Omnes effectus sortietur, quos vltima habent liberalitates, neque ex quacunque parte absimilis esse intelligatur.* Secundò, quia certum est, mulierem posse testamentum facere absque solennitate statuti: neque enim de testamento loquitur, sed de contractu, l. verba gesserunt, ff. de verbor. sign. ergo multo magis donare poterit mortis causa; Et præsertim, quia eadem est ratio, sicut enim testamentum reuocari potest, ita etiam donatio causa mortis, vt in Instit. de donat. Tertiò, quia minor adultus curatorem habens, non potest contractum facere, sine curatoris autoritate, l. si curatorem habens, C. de in integr. restit. minor. & tamen potest testamentum facere, l. Aurelio, §. Caius, ff. de liber. legat. Ergo multo magis etiam poterit mortis causa donare.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est, quia donatio causa mortis, dum fit & celebratur, videtur habere naturam contractus inter viuos, non autem vltimæ voluntatis. Nam requirit præsentiam eius, cui donatur. Item, traditionem, vel stipulationem, seu nudum pactum, vt docent Bartol. Alexand. Castrens. & alij, in d. l. 2. de leg. 1.

Sed mihi prior sententia probabilior videtur: Pro cuius confirmatione considero, Statutum esse contrarium Iuri, quo mulier liberè potest absque proximiorum præsentia & consensu contractus facere, ideo locum habere debet in contractibus propriè sumptis, non autem in donatione causa mortis, quæ re uera non est contractus. Secundò animaduerto, donationem ipsam causa mortis reuocari posse, l. vbi ita donatur, ff. de donatio. causa mortis. Consequenter non urget in ea ratio Statuti, quæ urget in contractibus, illa nempe, ne mulier decipiatur, ne lædatur ex contractu. Poterit enim donationem reuocare, non sic alium contractum, l. sicut, C. de actio. & obligat.

Respondet Ripa, si donatio à traditione incipiat, mulierem lædi posse, saltem in fructibus, & dicit mori posse antequam se deceptam esse intelligat, (loquitur autem Ripa de minore, sed eadem ratio est in muliere.) Ad primum argumentum respondet, donationem magis naturam contractus participare, quam vltimæ vo-

A luntatis, saltem quatenus fit, & in esse producitur. Ad secundum argumentum respondet, illud non ualere, quia testamentum, & donatio mortis causa, differunt. Ad tertium, negat minorem adultum donare mortis causa posse.

Replicari potest ad singula. In primis, quod dicit de læsione circa fructus, illam allegari non posse, quia donatio statim reuocari potest à donatore, antequam fructus percipiantur.

Quod uero dicit fieri posse, ut moriatur donans ante reuocationem, nihil est; quia satis est reuocari posse quandocunque, si non reuocauerit donator, sibi imputet. Nam fieri etiam potest, ut & contractus sine propinquorum consensu factus, non irritetur, & tamen sit damnosus; & tamen huius rei ratio non habetur. Sufficit enim legi remedium proponere, non etiam. ut quis eo utinelit, solicita esse debet.

Dum autem instat atque contendit donationem cau-
B sa mortis, quatenus in esse, vt ipse loquitur, deducitur, participare naturam contractus, loquitur contra l. vlti. C. de donat. caus. mort. ibi: *Neque ex quacunque parte ab similis esse intelligatur.*

Denique quod negat, adultum donare mortis causa posse perperam negari ostendemus capite sequenti, sicut & perperam negatur illa consequentia; Testamentum facere potest, ergo & donare mortis causa potest. Probatur enim ex l. cum hic status, §. si miles, ff. de donatio. inter vir. & vxor. *Nam & mortis causa donare poterit*, inquit textus, *cui testari permissum est.*

CAPVT LXI.

Adultus minor 25. annis curatorem habens, possitne mortis causa donare absq; eius consensu & autoritate?

C Væstio igitur est controuersa; Vtrum adultus curatorem habens donare possit mortis causa absque consensu & autoritate curatoris. Et donare posse affirmant Baldus in l. prima, ff. de Tute. & ratio distrah. Alexand. in l. si curatorem habens, C. de in integr. restitu. min. Iason in l. 2. de leg. primo, Alciatus in l. secunda, num. 2. ff. de verb. oblig. & alij, quos refert & sequitur Tiraquellus ad l. si unquam, in uerbo, donatione largitus, nu. 253. C. de reuoc. donat. quibus & ipse assentior.

Fundamentum illud est solidum, quia citra omnem controuersiam adultus testamentum facere potest sine consensu curatoris; Tantum enim impuberibus prohibita est testamenti factio. Igitur & donare mortis causa poterit. Hanc consequentiam probat textus in l. cum hic status, §. si miles, ff. de donat. inter uir. & uxor. *Nam & mortis causa donare poterit* (inquit textus) *cui testari permissum est.* Et in l. Marcellus, ff. eod. titu. & in l. filiusfam.
D ad tit. ff. de donat.

Pro contraria sententia allegantur Baldus in cap. primo, §. item sacramenta, num. 16. de pace iuram. firmand. quatenus ibi dicit, iuramentum requiri in donatione ab adulto facta. Alexand. in l. secunda, nu. 15. de leg. primo, & ibid. Ripa, nume. 10. clarè hanc sententiam amplexus est, licet non bene alleget Baldum in cap. primo, de prohibita feudi alien. per Frider. Eandem sententiam secutus est Aretinus, in l. si curatorem habens, nume. 3. C. de in integr. restit. min. Allegatur etiam Franciscus Cremensis, sing. 118. Hætes minoris. sed mihi videtur potius contrariam sententiam amplecti.

Fundamentum illud est; quoniam iure cautum non reperitur, adultum donare mortis causa posse sine consensu curatoris. Nec obstat, quod possit testari, quia ratio diuersitatis est inter factionem testamenti & donationem. Primò, quia testamenti factio non potest ex alieno arbitrio pendere. l. illa institutio, ff. de hæred. instit. at donatio causa mortis potest, quod patet: nam filiusfam.

donare

donare potest causa mortis patre consentiente, l. tam Is, §. primo, ff. de donat. caus. mortis. Secundò, quia testamento hæres instituitur & successor defuncti, quod est fauorabile valde, quæ ratio cessat in donatione mortis causa.

Addit Ripa aliam rationem ex l. filiusfamil. §. Pari ratione, ff. de donat. quatenus ibi dicitur, eadem ratione, qua filiusfamil. inter viuos donare prohibetur, prohiberi etiam mortis causa donare. Sic enim argumentatur: Adultus inter viuos donare prohibetur sine consensu curatoris, l. si curatorem habens, C. de in integr. restit. Ergo. & donare mortis causa.

Respondeo, quod attinet ad primum, satis cautum esse legibus nostris, adultum donare posse causa mortis, cum testari possit: & is, qui testari possit, etiam donare mortis causa valeat. Neque enim omnes iuris articuli sigillatim legibus comprehendi potuerunt, l. nõ possunt, ff. de legibus.

Ad rationem diuersitatis inter testamentum, & donationem mortis causa, respondeo, licet in aliquibus differant, tamen regulam esse firmam, & argumentum regulariter sumi posse, vt qui testari possit, etiam mortis causa donare possit.

Ad rationem Ripæ respondeo, filiumfam. donare nõ posse inter viuos: quia permissa ei non est libera peculij administratio; & eadem ratione nec donare mortis causa posse. Hæc est sententia Iurisconsulto in dicta l. filiumfamil. §. pari ratione, ff. de donat. Sed non inde generalis regula rectè sumitur. Qui donare inter viuos non potest, nec mortis causa donare poterit. Adde differentiæ rationem esse inter donationem inter viuos, & mortis causa, illa enim reuocari non potest, hæc autem potest, effectum habet, nisi morte donatoris secuta.

CAPVT LXII.

Vtrum vsurarius manifestus, qui testari prohibetur, etiam mortis causa donare prohibeatur, ante præstitam cautionem de restituendis vsuris?



VSurarius manifestus testamentum facere nõ potest ante præstitã cautionem de restituendis vsuris, capit. quanquam, de vsuris, lib. 6. Sed controuersia est, an donare mortis causa possit: Affirmant Baldus in l. executorem, num. vndecimo. C. de execut. rei iudi. & in consilio 298. libro secundo, Castrensis in consil. 160. libro primo, Imola in l. tam is, ff. de donation. caus. mortis. Decius in consil. 196. Probus in dicto cap. quanquam, num. 15. de vsuris, lib. 6. Eandem sententiam secutus est Couuar. in rubr. de testamen. in 3. parte, numero 11. Nisi donatio in fraudem fiat, quod præsumitur, quando est omnium bonorum Item, nisi in testamento fiat, quia sicut testamentum non valet, nec valere potest mortis causa donatio in eo facta; quod tamen non procedit, quoties interponitur stipulatio: tunc enim videtur esse contractus: quanquam in hoc vltimo contrarium docuerit Ripa in l. 2. num. 9. de leg. 1.

Fundamentum huius sententiæ est, quia donatio causa mortis non est testamentum. Atqui Summus Pontifex in dicto cap. quanquam, de testamento loquitur, ergo non prohibetur donatio causa motõs. Præsertim, quia donatio causa mortis, videtur potius participare naturam contractus, quàm vltimæ voluntatis, dum fit, & celebratur iuxta communem distinctionem Doctorum in l. 2. de legat. primo, de qua per Couuar. in rubr. de Testamen. in 3. parte, & per Gomesium Variar. resolut. tit. de Contract. lib. cap. 3. nu. 16.

Sed contrariam sententiam probabiliorem esse iudico, quam amplexi sunt Glos. in dicto cap. quanquam, quatenus dixit, eam constitutionem procedere in qualibet vltima voluntate. Constat enim donationem causa mortis, speciem esse vltimæ voluntatis, l. vlt. C. de donat. causa mort. Bald. in consi. 294. lib. 2. Lapus Allegatione 125. Laurent. de Rodulphis, de vsuris, quæst. 100. Ioannes de Anania in cap. quia in omnibus, colum. 16. de vsuris Philip. Francus ad Rubr. de testam. lib. 6. nume. 34. Socinus ad l. secundam, nume. sexto, de legat. primo, & ibid. Ripa nume. 7. qui ambo non esse ab hac sententia recedendũ, monent.

Fundamentum est primò, quia Pontificis Maximi Constitutio, fauorem animæ concernit, ideo facilè extendi potest, ac debet. Secundò, quia si permissa esset mortis causa donatio, facile eluderetur ea Constitutio. Nam vsurarius donaret mortis causa omnia sua bona. Tertiò, quia si vsurarius manifestus testamentum facere non potest, sequitur, vt nec codicillos facere possit, l. Diui, §. codicillos, ff. de iure codicillor. nec legata relinquere. Nam is legare potest, qui testamentum facere potest, l. 2. de leg. 1. Consequenter, nec donare mortis causa: quod enim iuris est in legatis, idem & in mortis causa donationibus accipiendum est, teste Iurisconsulto in l. illud, ff. de dona. causa mortis.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo, negari non posse, quin aliud sit testamentum, aliud donatio mortis causa, sed tamen per consequentiam quandam Summi Pontificis Constitutio, quæ de testamentis loquitur, trahi debet etiam ad mortis causa donationem vt dictum est.

Non obstat, quod dicitur, vbi fraus sit, donationem infirmari posse, quia consulous est fraudis occasionem euitare. Et cum hæc interpretatio fiat contra manifestos vsurarios, quamuis lata sit, iusta tamen videtur ad crimen vsurarum compescendum, quod summo studio in ea constitutione conatus est Pontifex Maximus efficere.

CAPVT LXIII.

Donatio mortis causa possitne reuocari ex pœnitentia donatoris absque hærede decedentis.



EXistimo reuocari posse. Hæc est enim natura donat. causa mor. vt pœnitentia donatoris reuocetur, l. vbi ita donatur, ff. de mortis caus. donat. §. 1. Instit. de donat. Nec contrarium eo in casu, quo donator absque hærede decesserit, constitutum reperitur. Ita docent Iason ad l. qui Romæ, §. Flauius, nu. 31. ff. de verb. obli. Decius ad l. nõ omnis, col. 3. ff. si cert. pet. Ripa in l. 2. de leg. 1. Corn. in cons. 68. lib. 3. Couuar. ad Rub. de testam par. 3. nu. 24.

Contrarium responderunt Angelus, Imola, Aretin. & Alexan. nu. 10. in d. §. Flauius. Socin. in l. non omnes, ff. si cert. pet. Marsil. Sing. 63.

Fundamentum est in l. 1. ff. qui sine manumissione ad libert. peruenjunt. Paulus: *Si seruus venditus est, vt intra certum tempus manumittatur, etiamsi sine hærede decessisset & venditor & emptor, seruo libertas competit, & hoc Diuus Marcus Rescripsit. Sed etsi mutauerit voluntatem venditor, nihilominus libertas competit.*

Respondeo, nullum verbum hic de donatione causa mortis, sed de libertate agitur, cuius causa multa sunt cõtra Regulas Iuris constituta.

CAPVT LXIV.

Si filiusfam. testamentum faciat cum consensu patris adiecta clausula codicillari: Si non valet iure testamenti, valeat iure codicillorum, & cuiuscunq; vltimæ voluntatis, vtrum in vim donat. causa mortis valere possit.



FIliumfam. testamentum facere non posse, etiã cum consensu patris, certum est, l. qui in potestate, ff. de testam. sed controuersia est, an si fiat patre consentiente, adiecta clausula codicillari; Si non valet iure testamenti, valeat iure codicillorum,

lorum, & cuiuscunque vltimæ voluntatis: Vtrum valere possit in vim donationis causa mortis? Constat enim filiumfam. donare causa mortis posse patre consentiente, l. filiusfam. §. pari ratione, ff. de donat.

Et quidem non valere, autores sunt Speculat. in tit. de fide Instrumentorum, §. compẽdiosè, vers. quid si filius, & multi alij, quos refert, & sequitur Socinus senior, in cons. 112. num. 7. vers. sed contrariam sententiam, lib. 1. Fundamentum est; quia requiritur patris consensus expressus, vt in d. l. filiusfamil. §. pari ratione, ff. de donat. Hac in specie autem expressus non videtur: Ergo non valet donatio.

Cæterum, contrariam sententiam, & veriorem, & cõmuniorem esse non dubito, quam amplexi sunt Paulus Castrensis in l. qui in potestate, num. 6. ff. de Testam. Alexand. in l. Senium, num. 8. C. qui Testam. facere poss. Clarus alios citans, §. donatio, quæstio. 6 vers. sed quæro, an scis. Viglius in §. qui alieno, num. 10. in Institut. quibus non est permissum facere Testam. Roland. à Valle, consil. 68. num. 9. lib. 4. Anton. Tessaurus decis. Pedem. 150. num. 12.

Fundamentum est, quia certum est illa verba: *Et cuiuslibet alterius vltima voluntatis*, Quæ continentur in Clausula Codicillari non posse in alia specie vltimæ voluntatis verificari, præterquam in donatione causa mortis, quia testator dixit: *Si non valet iure Testamenti, valeat iure Codicillorum, & cuiuscunque vltima voluntatis*. Præter Testamentum autem & Codicillum est donatio causa mortis, & sic de ea testator intellexit, argumen. l. 2. ff. de lib. & postum. & l. fundus qui locatus, ff. de fundo instruc.

Quod autem patris cõsensus hic accedat, ex eo patet, quod nos præsupponere oportet filium patre præsente, aut certè consentiente Testam. facere, in eoque Clausulam illam Codicillarem adijcere. Non obstat id, quod dicebatur eiusmodi consensum debere esse expressum, & tacitum non sufficere, l. filiusfamil. §. pari ratione, ff. de donat. quia non est hęc sententia tex. in d. § pari ratione. Sed alia, nimirum, patris consensum generalem filio pręstitum, vt donare possit, non sufficere; sed specialem requiri, vt mortis causa donare possit; quia scilicet consensus ita generalis, de donatione inter uiuos erit accipiendus. Verba tex. hæc sunt: *Sed enim meminisse oportebit, & si cui donare quoque permissum est, nisi specialiter etiam mortis causa donare fuerit permissum, non posse mortis causa donare.*

CAPVT LXV.

Legato Castro cum pertinentijs, an etiam bona particularia & prædia contineantur.

CElebris est controuersia, legato Castro cum pertinentijs, an prædia, & similia bona particularia, quæ ibi possidentur à testatore, legato contineantur; Qua de re, atque in vniuersum, an concesso Castro, censeantur etiam prædia, & alia bona particularia concessa, multa extant Doctorum responsa, alijs affirmantibus, alijs verò negantibus. Vide Imolam, Alexand. & Aretinum, ad l. 3. ff. de adquiren. possess. eundem Alexandrum in consil. 222. in fine, libro 3. & in consil. 14. circa finem, libro septimo, Aretinum in consil. 15. Baldum & Afflict. & alios, in titu. de Capitaneo, qui curiam vendidit. Iasonem in l. vlt. ff. de constitu. Princip. & in l. quo minus, in 20. quæstio. ff. de Flumin. Ruinum in consil. 45. libro 1. Socin. iun. in consilio 160. num. 32. libro 2. & in consil. 106. num. 3. eodem lib. Curtium. iun. in consil. 158. Alciatum in consil. 33. num. 5. in 3. Tomo. Albam in cons. 78. num. 12. Nattam in cons. 313. Beroum in consil. 51. lib. 2. Domin. meum Cephalum in cõsil. 3. nu. 45. in cons. 144. lib. 1. & in cons. 250. nu. 15. lib. 2. Rolandum à Valle in cons. 33. lib. 4. Andream Siculum in cons. 57. col. 10. lib. 4. Hippolytum Riminaldũ in cons.

A 19. lib. 1, Crauettam in cons. 480. nu. 3. lib. 3. cons. 345. nu. 10. eod. lib. & 895. nume. 4. lib. 5. Antonium Gabrielinm com. concl. lib. 6. tit. de verb. sig. conclu. 10. Manticam de coniect. vltimar. volunt. lib. 9. tit. 2. nu. 34. Simonem Pretum de interpret. vltimar. volunt. lib. 4. dubitatione 7. nu. 45. Menochium in consil. 140. lib. 2. & de Præsumpt. lib. 3. præsumpt. 99.

Qui affirmarunt etiam prædia contineri, adducti in eam sententiam fuere; quoniam verbum, (pertinere) latissimam habet significationem, l. verbum illud pertinere, ff. de verb. sign. & ideo pertinentiarum nomine contineri videntur, quæ quoquo modo Castro accedunt, & ad illud spectant, qualia sunt prædia, molendina, & alia bona, quæ dominus castri habet in eodem loco.

Cæterum, negantes celebri illa, & communiter recepta Innocentij traditione nituntur, in c. cum ad sedem; de restit. spoliat. vbi docet, perinentias eas dici, quæ Lege vel statuto, vel consuetudine deputatæ sunt: castro autẽ
B nihil corporale deputatum esse, quod sit eius pertinens; sed tamen ab hominibus, & eorum statutis certum territorium assignari solitum, quod illi in iurisdictione, & dote debeat respondere.

Ego in duobus casibus existimauerim Castro legato, contineri etiam prædia, & alia id genus bona particularia. Primus est, quando vno eodemque tempore, titulo & precio simul cum Castro comparata fuere, argumento l. prædijs, §. qui domum, de leg. 3: vbi Papinianus scribit appellatione domus, insulam quoque iũctam domui videri legatam, *Si vno precio cum domo comparata fuisset.* Secundus casus est; quando constat patremfamil. vsum fuisse prædijs tanquam pertinentibus ad ipsum Castrũ. Nostra enim destinatione & vsu pertinentiæ constitui dicuntur, argum. l. quod in rerum, §. si quis post, de lega. 1. l. prædijs, §. qui domum, de leg. 3. l. Caius, §. 1. de leg. 2. l. si cui ædes, de leg. 3. tradunt Tiraqnellus de retractu cõsang. §. 36. Glos. 3. nu. 4. Ruin. in cons. 71. lib. 2. D. Cepha-
C lus in d. cons. 144. num. 17. lib. 1. Menochius d. cons. 140. nu. 24. Bursatus in cons. 2. nu. 49. lib. 1. Sim. Pretus de interpretatione vltimar. volunt lib. 4. dubitatione 7. num. 39. Andreas Geyll, lib. 2. Obseru. 62. nu. 4.

Extra duos hosce casus nullum video argumentum pro affirmante sententia. Nec me mouet verbum, Pertinere: quia latissima eius significatio in hoc consistit, quod refertur ad res, quæ domini nostri sunt, & quæ iure aliquo possidemus, vel possidere possumus, aut acquirere. Sed non hoc pertinet ad quæstionem, an pertinentiæ Castri dicantur prædia, & similia. Vt enim ad testatorem maximè pertineant, non tamen efficitur eadem ad Castrum pertinere; sicut dicere solemus, alia esse instrumenta domus vel fundi, alia patrisfamilias, l. quæsitum, §. si domus, ff. de fundo instru. Paulus Castrensis in cons. 377. num. 1. lib. 1.

D CAPVT LXVI.

Fideicommissum in dubio, vtrum præsumatur relictum à filio impubere, an verò ab hærede eius?

PAter filium impuberem hæredem instituit, & si in pupillari ætate decesserit, bona sua ad Titium peruenire iubet, alijsvè vtitur verbis impersonalibus, quibus neque impuberem filium rogat, neque eius hæredem legitimum ab intestato venientem; sed tamen expresse constituit fideicommissum, quo bona sua Titio restituãtur. Controuersia est; vtrum in obscura voluntate testatoris ea adhibenda sit interpretatio, vt videatur ipse filius impubes rogatus restituere; an verò hęres legitimus ipsius filij impuberis. Quæ quidem inuestigatio non modici momenti est; quoniam si filius rogatus esse intelligatur tunc locus erit detractioni legitimę, q a illa excipiẽda

est de restitutione, & detractione etiam Trebellianicæ: Cæterum, si hæres filij rogatus esse intelligatur, cessabit legitimæ detractio. Nam hæres non potest eam suo nomine detrahere; quoniam illi non debetur. Non filij nomine eam detrahere potest; quia is rogatus per fideicommissum restituere non intelligitur.

Fideicommissum ergo in dubio uideri à filio ipso impubere relictum, Bar. respondit in l.cohæredi, §.quod si hæredem, ff.de vulg.num. 2. *Secundò, nota*, inquit, *& perpetuò tene menti, quod in dubio fideicommissum videtur relictum ab ipso filio instituto impubere, licet relinquatur post mortem suam, vt hic dicit textus, ibi: Vt ab impubere*, &c. Idem respondit Paulus Castrens. in consil. 341. num. 4. vers. Tertium oppono, lib. 1. & in consil. 67. in fine, libro 2. Curtius senior, in consil. 42. num. 19. Socinus iunior in cons. 131. num. 76. lib. 1. Galiaula ad l. Centurio, nu. 188. ff. de vulg. Matesilanus Notabili 162. Ruinus in cons. 52. num. 1. & 96. num. 7. lib. 2. Rubeus in cons. 157. nu. 6. Socinus sen. in cons. 140. nu. 4.

Cæterum, contrariam sententiam, nempe, ab hærede filij relictum censeri, secuti sunt Imola in d. l. cohæredi, §. cum filiæ, num. 7. ff. de vulg. Fulgosius in l. ex tribus, nu. 3. C. de inoffic. testam. & ibid. Paulus Castrens. num. 4. 5. Alexand. in d. §. cum filiæ, nu. 6. & in l. 1. §. vlt. nu. 3. ff. eod. tit. & in cons. 12. nu. 24. lib. 3. Iason in l. precibus, nu. 15. C. de impub. & alij, quos refert, & sequitur Franciscus Mantica de coniecturis vltimar. voluntatum, lib. 8. tit. 3. post num. 5.

Cæterum, inter huius sententiæ autores Bart. etiam tanquam sibi contrarius recensetur, sed, ut mihi uidetur, iniuria, in l. qui duos, ff. de vulg. uerba eius hæc sunt: *Vltimò quæro, qualiter fuerunt concepta verba, quando legata fuerunt à substituto relicta. Dicit Glos. quod dicit, si talis intra pupillarem ætatem decesserit, lego tibi centum, quod tene menti, & sic non dicit lego à substituto, sed simpliciter dicit, lego tibi centum, & tamen Glos. dicit, quod ex istis verbis videtur relictum à substituto. Contra hoc videtur textus suprà, l. proxima, §. cum filia, vers. Quod si hæredē, Sol. Possumus dicere, quod ibi verba fuerunt prolata ad ipsum impuberem; quoniam ipsum impuberem grauauit, sed hic simpliciter fuerunt prolata; Vnde cum referantur post mortem, videntur relinqui à substituto, argum. l. Codicillis, in princip. de vsufructu leg. Et hoc puto verum in substitutione directa: In substitutione verò fideicommissaria, an uideantur legata relicta ab hærede, vel fideicommissario, dic plenè, ut dixi in l. Marcellus, infrà ad Trebell.* &c.

Hoc in loco Bartolus locutus est, quando filio impuberi pater dedit substitutum, & quæstio est; an legata uideantur relicta à substituto; an uerò ab impubere. Et dicit uideri relicta à substituto. At suprà in l. cohæredi, §. quod si hæredem, ff. de vulg. locutus non est Bartolus de filio impubere, cui datus est substitutus; sed quæstionem posuit, vtrum à filio ipso impubere fideicommissum relictum videatur; an verò ab hærede eius. Quæ species longè differt ab ea, de qua loquitur in d. l. qui duos.

Vnum tantum dixit, & verè Bartolus in d. l. qui duos, quod uidetur fundamentum tollere eius sententiæ, quã adnotauit in d. l. cohæredi, §. quod si hæredem; Nam ex d. §. quod si hæredem, notauit, fideicommissum in dubio relictum censeri à filio impubere. At in d. l. qui duos, obseruauit textum in d. §. quod si hæredem, loqui eo in casu, quo verba fideicommissi diriguntur ad ipsum filium, & sic filius ipse rogatus est. Et verum est hoc, quia textus in d. §. quod si hæredem, ita loquitur. Sic enim ait: *Quod si hæredem filium pater rogauerit, si impubes decem suum obierit, Titio hæreditatem suam restituere*, &c.

Tertiam opinionem colligit Iacobus Menochius ex distinctione Aretini in l. 1. §. vlt. nume. 20. ff. de vulg. quam secutus est in consil. 144. num. 25. versic. Quintus est casus, libro 2. & latius de præsumpt. libro 4. præsumptio. 72. num. 14. Sed quoniam in primo casu Aretinus loquitur, quando filio impubere datus est substitutus, post cuius mortem hæreditas restituenda est, & tunc

A onus restitutionis dicit iniunctum esse substituto; Ideo hic casus ad rem nostram non pertinet; quia nos loquimur, quando dubitatur, vtrum ab impubere filio, an autem ab hærede eius relictum sit fideicommissum; non autem utrum ab impubere, uel eius substituto, seu hæredibus ipsius substituti. Et consequenter distinctio illa tertiam opinionem constituere non debet.

Huius igitur sententiæ posterioris, quæ docet fideicõmissum ab hærede filij impuberis relictum videri, illud est fundamentum, quod legata & fideicommissa ab hærede legitimo filij impuberis relinqui possint, l. si Titio, 95. §. 1. cum l. seq. de leg. 1. *Sicuti conceditur*, inquit Iulianus, *vnicuique ab eo, ad quem legitima eius hæreditas, vel bonorum possessio peruentura est, fideicommissum dare: ita ab eo, ad quem impuberis filii legitima hæreditas, vel bonorum possessio peruentura est, fideicommissa rectè dabuntur.*

Cum igitur fideicommissa ita relinqui possint ab hæ-
B rede filij impuberis, sicut ab ipso filio impubere, in dubio videtur ea præsumptio magis verisimilis, vt ab hærede relicta censeantur, ne filius grauatus esse præsumatur, sed potius hæres eius: præsertim, quia fideicommissum, siue restitutio post mortem filij confertur. Et hæc præsumptio magis fauet voluntati testatoris, vt tota hæreditas restituatur absque detractione legitimæ.

Fundamentum verò prioris sententiæ, quæ à filio impubere docet relictum censeri fideicommissum; primò ponitur in d. l. cohæredi, §. cum filiæ, vers. Quod si hæredem, ff. de vulg. ibi: *Vt ab impubere fideicommisso post mortem eius dato*, &c. Secundò, in c. si pater, de Testam. in 6. sumpto argumento à contrario sensu. Nam ibi pauperes post mortem filiorum fuerant substituti, & dicitur, legitimam & Trebellianicã detrahi non posse, quia illa substitutio censetur directa pupillaris: Ergò innuit à contrario sensu textus, si fideicommissaria esset, locum fore deductioni legitimæ.

C Sed valde infirmum est hoc fundamentum. Nam quod attinet ad textum in d. §. cum filiæ, vers. Quod si hæredem, verba testatoris in ea specie directa sunt ad filium, & ille rogatus est restituere. Quapropter, loquitur ibi Iurisconsultus in casu certo, non autem in dubio, vti nos loquimur: *Quod si hæredem filium pater rogauerit*, &c. inquit textus. Quòd uerò attinet ad cap. si pater, nihil vrget argumentum à contrario sensu: quia contrarius sensus in eo potest verificari, quod si fideicommissaria substitutio facta esset ipsis filiis, & sic grauati essent ipsi filij onere restitutionis, tunc locus esset detractioni legitimæ. Nulla enim necessitas nos cogit argumentum à contrario sensu sumere, quando non filij essent grauati, sed hæredes eorum; quia non loquitur Summus Pontifex, cum verba fideicommissi siue restitutionis sunt impersonalia, nec intelligi potest ad quem referantur. Ponit enim casum in directa substitutione facta, verbis illis; *Christi pauperes instituendo hæredes*, &c.

D Sed licet hoc fundamentum non sit solidum, hæc tamen sententia mihi probabilior uidetur, hoc argumento. Nam ratio, cur legata & fideicommissa relinqui possint ab hærede impuberis filij, sicut relinqui possunt ab hærede ipsius testatoris, illa est; quia censentur tacitè vocari ab ipso testatore, dum pupillariter filio impuberi alios non substituit: Videtur enim velle, vt filius impubes intestatus decedat, & consequenter vocare tacitè ipsos hæredes legitimos ab intestato venientes, l. conficiuntur, ff. de iure Codicillor. quam ob rem & eos grauare potest legatis, & fideicommissis. Sed quando talis ex facto proponitur facti species, in qua post impuberis mortem alteri restituenda sit hæreditas, certè non videtur esse probabilis cõiectura, vt eos grauare testator velle credatur, quibus nihil reliquit, nec tacitè, nec expressè; siquidem, hæreditas tunc post mortem impuberis ad alios pertinet, ex voluntate testatoris expressa. Duæ igitur hoc in casu necessariæ sunt præsumptiones. Prima, quod testator tacitè voluerit impuberis hæreditatem ad

hæredes

hæredes eius legitimos peruenire, & huic præsumptioni aduersatur expressa aliorum vocatio, ac fideicommissaria substitutio. Secunda, quod hæredes legitimi ipsius impuberis uideantur rogati restituere alieri hæreditatem. Et huic præsumptioni obstat illa ratio, quod ipsi nō sunt vocati, nec sunt honnrati: Et ideo nec onerati præsumendi sint, l. ab eo, C. de fideicom. cum similibus.

CAPVT LXVII.

Bonorum appellatione in legatis, vtrum venalia contineantur.



Egari non potest, quin aliqua sit controuersia Doctorum hac in re, ex notatis à Pinello ad Rubr. C. de bonis maternis, in 1. parte, num. 38. Menochio lib. 4. de præsumpt. cap. 137. nu. 6. Sed tamen vera & recepta est distinctio, quam Bartolus indicauit in l. generali, §. vxori, ff. de auro, & arg. legato. Aut aliquis legat omnia sua bona simpliciter sine alicuius loci adiectione, & tunc legato continentur etiam res venales; quia ipsa verborum significatio omnia includit, argum. l. Iulianus, de leg. 3. l. Pediculis, §. Labeo, ff. de auro, & arg. legato. Aut verò quis legat omnia sua bona cum adiectinne loci, vt puta; lego omnia bona, quæ domi habeo; & tunc res venales legato non continentur, l. generali, §. vxori, ff. de vsufr. leg. Scæuola: *Vxori vsumfructum domuum, & omnium rerum, quæ in his domibus erant, excepto argento, leganerat.* Et paulò infrà: *Respondi excepto argento, & his, quæ mercis causa comparata sunt, cæterorum omnium vsumfructum habere legatarium.* Qua in re illud omittendum non est, iniuriam à Pinello factam videri Decio, quasi non bene hanc rem percepisset, nec illum textum, nec Bartolum rectè allegasset. Nam in l. 1. num. 24. de reg. iuris, ita scribit Decius: *Nam in legato generali eorum, quæ in domo sunt, non veniunt venalia, l. generali, §. idem quæsit,* &c. Et alibi etiam semper allegauit Bartolum in §. vxori. Sed facit aliquam difficultatem, quod etiam si nulla sit mentio adiecta loci, non uidentur tamen legato generali venalia contineri, l. pediculis, §. item cum quæreretnr, ff. de anro, & arg. leg. Paulus. Item cum quæretur de tali legato: *Hoc amplius filia mea dulcissima è medio sumito, tibique habeto ornamentum omne meum muliebre cum auro, & si qua alia muliebria apparuerint. Cum testatrix negociatrix fuerit, an non solum argentum, quod in domo, vel intra horreum vsibus eius fuit, legato cedat: sed etiam quod in basilica fuit muliebre: Respondi, si testatrix habuit proprium argentum ad vsum suum paratum, non videri id legatum, quod negociandi causa venale propo ni soleret, nisi de eo quoque sensisse, is qui petit, probet.*

Idem probatur in l. seruos, de leg. 3. Vlpianus: *Eum, qui venalitiam vitam exerceat, puto non facilè contineri velle eiusmodi mancipia: nisi euident voluntas fuerit etiam de his sententiis. Nam quos quis ideo comparauit, vt illico distraheret, mercis magis loco, quam suorum habuisse credendum est.*

Non probatur Ario Pinello solutio Accursij in d. §. Item cum quæreretur, in verbo, *non videri*, testatorem videri legatum restrinxisse, cum dixerit *meum*; quia tacitè intelligitur illud verbum *meum*, nec enim exemplum aliquod legati rerum testatoris fingi potest sine pronomine illo. Ideo respondet ipse, in dictis legibus, non agi de legato generali rerum vel bonorum; sed potius certæ cuiusdam speciei bonorum, vt patet. Sed non mihi probatur hæc solutio Pinelli. Primò, quia Doctores non distinguunt inter legatum generale bonorum, vel legatū generale certorum bonorum. Secundò, quia nulla est ratio diuersitatis. Tertiò, quia vera, & plana solutio colligitur ex circumstantia particulari, quam in dictis legibus considerant Iurisconsulti, nempe, personæ ipsius testatoris siue testatricis legantis; ex qua eius voluntatem coniiciunt. Nam Paulus loquitur de testatrice, quæ erat ne-

A gociatrix, & in eo fundat suam decisionem: *Cum testatrix fuerit negotiatrix,* inquit, &c. Rationem Vlpianus adfert, similiter supponens testatorem venalitiam artem exercuisse: *Eum qui venalitiam vitam exerceat,* inquit, *puto non facile contineri velle eiusmodi mācipia. Nam quos quis ideo comparauit, vt illico distraheret, mercis magis loco, quàm suorum habuisse credendum est.*

Cum igitur testator est mercator, & generaliter legat certa quædam bona sua, intelligitur ea legare, quibus ipse vtitur, non autem ea, quæ mercis causa habet. Hæc enim non uidetur habere in numero suarum rerum; sed ea tantum, quæ habet, vt ipse utatur, non vt distrahat. Non igitur uerba legati restrictionem inducunt in casibus prædictis, sed voluntas testantis, quæ colligitur ex qualitate personæ.

CAPVT LXVIII.

B *De dictione (seu) in legatis apposita, vtrum vim habeat ampliandi legati, ad interpret. l. si quis ita, ff. de auro, & argento leg.*



Aulus ita scribit: *Si quis ita legauerit, vxori meæ mundum, ornamenta, seu quæ eius causa paraui, do, lego, placet omnia deberi, sicut cum ita legatur: Titio vina, quæ in vrbe habeo, seu in portu, do, lego: hoc enim verbum scilicet (seu) ampliandi legati gratia positum est,* l. si quis ita, ff. de auro, & arg leg.

Huius autoritate responsi Alexand. ab Alex. dierum Genialium lib. 2. cap. 3. respondit, cum ita quidam legasset: Fundum suburbanum, seu ædes meas, quæ in via lata sunt Titio lego. vtrumque Titio deberi, atque ita à iudicibus sententiam latam fuisse. Atque ita dictionem istam (*seu*) in legatis ampliandi gratia positam censeri, ipsumque legatum ampliare docuerunt in expositione
C eius legis Bartolus, & Albericus, Antonins Butrius, in cap. Inter cæteras, de Rescript. Cynus, Baldus, Castrensis, & Ias. ad l. cum quidam, C. de verb. sig. Alex. in cons. 193. lib. 2. Cremensis sing. 56. Alc. ad l. sępe, ff. de verb. sig.

Sed contrarium, & melius docuerūt Baldus, Decius, Socinus & Ripa, num. 44. in d. c. inter cæteras, de Rescriptis, & quidam alij, quos refert, & sequitur Couuar. Variar. resolut. lib. 2. cap. 5. nu. 10. nempe, dictionem (*seu*) etiam in legatis suam naturam obtinere; & sic disiunctiuè accipiendam esse, ut aliàs accipitur, l. 1. §. sublata, ff. ad Trebell. l. generali, C. de Sacrosanct. Eccles. quandoquidem illud respōsum Pauli nihil obstet. Nam illud, quod Paulus respondit, locum habet, cum dictio (*seu*) apposita est inter ea, quorum vnum sub altero cōtinetur; tunc enim vim habet coniungendi, & ampliandi electa ea parte, quæ vtrumque complectitur. Declaro. Testator dixit: *Vxori meæ lego mundum, ornamenta, seu, quæ eius*
D *causa paraui.* Hic mundus, & ornamenta continentur sub ijs, quæ uxoris causa parata sunt. Nam hæc proculdubio uxoris causa parari solent, l. argumento, §. ornamenta, ff. de anro, & argento leg. Consequenter omnia debentur legatariæ: quia dictio (*seu*) est posita inter genus & speciem, ideo sub genere continetur species. Sic & cum testator legat vina, quæ in urbe habet, (*seu*) in portu, omnia debentur, quia sub nomine eorum, quæ sunt in vrbe, continentur etiam, quæ sunt in portu, l. Cęsar, ff. de publican. ibi: *Respondit, tametsi portus quoque, qui in Insula essent, omnes eius Insulæ esse viderentur,* &c. Iuuat hanc sententiā quod latè scribit Felyn. in c. Rodulphus, nu. 7. de Rescriptis. Ciuitatis appellatione etiam portum contineri, & mare illi adiacēs, quod ibi latè prosequitur.

A

CAPVT LXIX.

Controuersia circa sententiam Alberti Papiensis de Testamento ad alterius interrogationem, an valeat?

CVm testator Notario accersito mandauit, vt suam vltimam voluntatem scriberet; is verò eam scripto comprehensam testibus vocatis recitat, & eum interrogat, an hæc fuerit eius voluntas, & sit, isque respondit esse, non est dubitandum, quin valeat huiusmodi Testamentum, l. hac consultissima, C. qui Testam. fac. poss. illis verbis: *Patebit eis licentia voluntatem suam siue Testamento, siue Codicilli tenore compositam, cui velint scribendam, credere, vt in eodem loco postea conuocatis testibus, & tabulario, re etiam, vt dictum est, patefacta, cuius causa conuocati sunt, etiam cartula promatur, quam susceptam testatori recitabit tabularius simul, & testibus, vt vbi tenor eorum cunctis innotuerit, elogium ipse suum profiteatur agnoscere, & ex animi sui, quæ lecta sunt, disposuisse sententia.* B

Atque ita docet Glos. in l. Iubemus, in verbo, Quemadmodum, C. de Testam. quæ communi omnium calculo recepta est. Sed illud est controuersum; Si quis non à testatore requisitus, sed uel de eius informatus voluntate, vel cogitans quo pacto de rebus suis prudenter is testari, ac disponere posset, atque deberet, eidem Testamentum testibus præsentibus legit, & eum interrogat, an velit ita testari; ipse verò respondet, se velle ita testari; Vtrum valeat huiusmodi Testamentum? Etenim Albertus Papiensis negabat valere, quem refert, & sequitur Ioan. Andreas in add. ad Specul. titu. de Testamentis, § in primis, num. 8. in verbo, Quidam Pileus. Idem respondit Ludouicus Romanus in consil. 306. ad finem. Iason in d. l. Iubemus, ad finem, C. de Testament. C Marsilius singulari 449. Testamenta, Iulius Clarus in §. Testamentum, quæst. 37. vers. *Tertiò scias*. Ioan. Crotus in l. 1. §. si quis ita, nu. 21. ff. de verb. oblig. Calcaneus in cons. 91. num. 2.

Sed contrariam sententiam habuerunt Alexander in cons. 33. nu. 11. lib. 3. Socinus iun. in cons. 178. num. 9. 10. lib. 2. Menochius in cons. 45. nu. 34. lib. 1. & de præsumptio. lib. 4. præsumpt. 8. nu. 16.

Prioris sententiæ fondamentum est, quia hæc forma testandi non est iure inducta; ergò nec nos eam inducere debemus. Et quia daretur occasio falsum committendi, & fabricandi in Testamentis.

Posterioris autem fundamentum est in ea communi, & recepta ab omnibus sententia, Testamentum valere etiamsi fiat ad alterius, vt dicitur, interrogationem, vt patet ex l. Pamphilo, §. propositum, de leg. 3. & ex d. l. hac consultissima, C. qui Testam. facere poss.

D Et licet leges hæ loquantur, cum præcessit testatoris iussus, & declaratio voluntatis suæ, quod scilicet volebat testari, tamen eadem est ratio, & in ea specie, de qua agitur, quia cum legitur ei Testamentum, & audit omnia, potest, si velit, vel consentire, vel dissentire, & suam voluntatem tunc declarare. Quare, si consentiat, & approbet ipsam scripturam testamenti, iam manifesta est eius voluntas, perinde, ac si ab initio mandasset Testamentum scribi, & suam aperuisset voluntatem. Et huic sententiæ si nulla fraudis in hypothesi suspicio sit, testatorque sanæ mentis existat, ego etiam assentior.

CAPVT LXX.

Testamentum posterius factum ad alterius interrogationem, an tollat primum solenniter confectum?

AMplius controuertitur in eadem materia testamenti facti ad alterius interrogationem, vtrum tollat prius Testamentum solenniter factum. Affirmant Romanus in consil. 306. in secundo dubio. Alex. in cons. 33. nu. 11. lib. 3. Decius in cons. 489. nu. 9. Socinus iun in cons. 144. nu. 56. lib. 2. Ruinus in cons. 12. nu. 11. lib. 2. Menochius de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 8. nu. 21.

Negant verò Paulus Castrensis in cons. 155. viso puncto, ad finem, lib. 1. Guido Papæ in cons. 64. circa finem. Socinus sen. in cons. 92. nu. 77. uers. Sed præmissis non B obstantibus, lib. 3. Socinus iun. in cons. 183. nu. 34. lib. 2. Zasius in cons. 3. nu. 38. lib. 1. Clarus in §. Testamentũ, q. 37. vers. Quartò scias.

Argumenta huius posterioris sententiæ sunt tria; Primum, quia vt Testamentum ad alterius interrogationẽ valeat, id facit fauor causæ testati, vt scilicet quis testatus decedat, sed hæc ratio cessat, cum iam aliud prius Testamentum factum est, vt patet: ergo cessare debet communis illa sententia Doctorum.

Secundum argumentum est; quia quod Testamẽtum valeat ad alterius interrogationem, illud iure communi constitutum non est; sed ex Doctorum interpretatione receptum est. Ergò eiusmodi Testamentum non est tam validum & forte, sicut primum, quod iure ipso communi ualet, & solenniter confectum est. Neque enim id, quod minus est forte, tollere põt magis forte, & validũ.

Tertium argumentum est; quoniam duo specialia nõ debent simul cõcurrere, vt notatur in l. 1. C. de dotis pro C miss. Sed hoc in casu concurrerent duo specialia, si primum Testamentum tolleretur. Primum, quia valeret ipsum Testamentum, licet ad alterius interrogationem factum. Secundum, quia esset aptum, & potens ad tollendum primum solenniter confectum.

Fundamentum autem prioris sententiæ illud est; quia Testamentum ad alterius interrogationem factum valet, ex cõi omnium sententia: si valet, ergò est solenne, & nihil ei deest, Consequenter tollit prius Testamentum, quia posteriore Testamento valido tollitur primum, §. posteriore, in Instit. Quib. mod. Testam. infirm.

Ego puto sententiam affirmantem potiorem esse, si agatur de Testamento ad alterius interrogationẽ facto, prout loquitur Glos. in l. Iubemus, in vers. *Quemadmodum*, C. qui Testam. facere possunt, secus autem si uersemur in exemplo siue in casu Alberti Papiensis, de quo dictum est in præcedenti cap. nam in specie hac posteriori nulla est Lex certa, seu Constitutio, qua nitatur: sed in D priori casu, de quo Glos. loquitur, extat locus in d. l. hac consultissima, vers. At cum humana fragilitas, C. qui Testam. facere poss. & in d. l. Pamphilo, §. Propositum, de leg. 3. Et plerunque ita accidit, vt testator suam voluntatem Notario significet; is verò eam conscribat, & conscriptam testibus adhibitis prælegat, & testatorem interroget, an ita velit testari: Cum itaque talis forma testandi iuri sit consentanea, consequens est, vt & Testamentum ita factum iure subsistat, & rumpat prius Testam.

Ex quo responsio patet ad argumenta in contrarium. Nam ad primum respondeo, non ex speciali fauore causæ testati receptum id esse, vt valeat Testamentũ ad eiusmodi interrogationem factum, sed quia id iuri consentaneum videtur.

Ad secundum responsio patet; quoniam verius est iuri communi id esse consentaneum, & legibus cautum; non autem duntaxat ex Doctorum interpretatione.

Ad tertium negatur id esse speciale, vt valeat Testam. immò secundum ipsas iuris regulas id procedit.

CA-

CAPVT LXXI.

Si filius sub conditione casuali, vel mixta fuerit hæres institutus, vtrum hodierno iure valeat testamentum, & in hoc correcta sit l. si pater, C. de institutio. & substitutio.



ALexander Imperator: *Si pater filium, quem in potestate habebat, sub conditione, quæ in ipsius potestate non erat, hæredem scripsit, nec in defectum eius exhæredauit, iure testatus non videtur*, l. 4. C. de institut. & substit.

Iam controuersia est; sitne idem respondendum nouissimo iure inspecto. Negat enim Bartolus in Commētarijs dictæ legis, & cum eo alij multi, quos refert, & sequitur Clarus in §. Testamentum, q. 39. vers. Sed quæro. quibus adde Vasquium de Successionum creatione, libro 3. §. 30. parte 2. lim. 34. num. 111. Cæterum, affirmant multi alij, quos refert & sequitur Socinus senior in con sil. 97. num. 3. lib. 3.

Pro huius quæstionis decisione notandum est, Instinianum multas edidisse Constitutiones in fauorem testamenti, ne scilicet actione mota de inofficioso testamētō rescinderetur. Et in primis statuit, vt si filio minus legitima portione relinqueretur, non ideo tamen rescindi posset testamentum; sed actio concederetur ad replendam ipsam legitimam portionem, vulgò dicimus ad supplementum legitimæ, l. omnimodò, C. de inoffic. testam. Sed quoniam euenire poterat, vt legitima quidem portio tota filio relinqueretur, sed tamen adiectis aliquibus conditionibus, vel dilationibus, statuit, vt purè, & absque omni conditione, onere & grauamine relinquatur, & conditio ipsa, onus & grauamen pro non scriptis habeantur, l. quoniam in prioribus, C. eod. tit.

Tertiò & illud etiam prospexit, si plus quàm legitima portio filio relinqueretur, puta tota hæreditas per fideicommissum sub conditione, vt quantum ad legitimam portionem attinet, illam filius statim & absque omni dilatione, & mora consequeretur; quantum verò ad residuum hæreditatis, illud restitueretur, quemadmodum testator disposuisset, l. Scimus, §. cum autem, C. eod. tit. Verba sunt ista: *Cum autem quis extraneo hærede instituto, filio suo hæreditatem suam restituere cum morietur, disposuerit, vel in tempus certum restitutionem distulerit: quia nostra Constitutio, quæ antea composita est, omnem dilationem, omnemque moram censuit esse subtrahendam, vt quarta pura, & mox, filio restituatur: in huiusmodi specie quid faciendum sit dubitatur. Sancimus itaque quartæ quidem partis restitutionem iam nunc celebrari, non expectata nec morte hæredis, nec temporis interuallo, reliquū autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit.*

Postremo, Nouella sua Iustinianus statuit, vt filius institui deberet, vel ex iusta causa exhæredari, & honorabili titulo institutionis legitimam esse relinquendam, vt in Authent. Vt cum de appellatione cognosc. §. aliud quoque capitulum.

Omnis ergò difficultas in hoc consistit; an cum filius hæres institutus est, sub conditione casuali, vel mixta, sustineri possit testamentum, aliqua ratione ex dictis Iustiniani Constitutionibus.

Et quidem constat inter omnes, iuuari non posse ex l. omnimodò, quia illa loquitur, cum minus legitima portione relictum est. Bartolus igitur existimauit iuuari posse ex d. l. quoniam in prioribus, & d. l. Scimus, §. cum autem, in hunc modum, vt quantum ad legitimam attinet portionem, filij institutio facta intelligatur esse pura, & conditio pro non scripta habeatur. Si dicatur textum in §. cum autem, locum non habere hodierno iure; quoniā filio legitima relinqui debet institutionis titulo, respondit Bart. id non obstare, quia licet in eo sit correcta; in alijs tamen seruari debet.

A Sed mihi certè hanc rem diligenter contemplanti, contraria sententia verior videtur. Principiò enim satis constat, nullam esse Iustiniani legem aut Nouellam Cōstitutionem, qua expressè derogatum sit Constitutioni, quæ est in l. si pater, C. de instit. & substit. Deinde, satis durum uidetur, cum hodierno iure necessariò sit legitima filio relinquenda titulo institutionis; antiquo autem iure sufficeret eam relinquere quocunque titulo; antiquis legibus esse constitutum, vt testamentum iure non valeret, in quo filius sub conditione casuali, vel mixta institutus esset, vt in d. l. si pater; iam verò contrarium sit dicendum, hoc inquam tempore, quo filiorum institutio ni plus honoris tributum est, quàm olim.

Tertiò, non videtur ad hanc rem pertinere Constitutio d. l. quoniam in prioribus, nec Constitutio d. §. cum autem, illa enim loquitur eo in casu, quo testamentum valet, sed rescindi potest per querelam, vt patet ex illis verbis: *Illud statuimus, vt si quid minus legitima portio-*

B *ne eis relictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem mouere poterant, hoc repleatur*, &c. Item loquitur, quādo sola legitima filio est relicta, adiecta conditione, vel grauamine. Id patet ex illis verbis: *Hoc in præsenti addendum esse censemus, vt si conditionibus quibusdam*, &c.

Constitutio verò de qua in §. cum autem, loquitur eo in casu, quo testamentum valet; quia extraneo instituto, filio aliquid relictum est, immò tota hæreditas per fideicommissum conditionale relicta est, qui casus longè differt ab hoc nostro. Nam sublata conditione, quantum ad legitimam filij, reliquum hæreditatis manet apud extraneum hæredem institutum, tunc præstandum, quando testator disposuit. Sed vbi filius ipse solus hæres institutus est, sub tali conditione, non potest hoc modo legitima separari à reliqua hæreditate. Nam si illa separetur, quantum ad residuum hæreditatis, impleri non poterit testatoris dispositio: quoniam etiamsi conditio defecerit,

C semper filius obuenebit etiam reliquum hæreditatis. Id probatur: Nam si conditio deficiat, nihilominus filio totum residuum accrescet, quia est perinde, ac si purè in legitima institutus esset: quo casu cum nullus alius hæres institutus sit, tota ad eum spectat hæreditas, l. 1. §. si hæres ex fundo, ff. de hæred. instit. Neque enim cætera pars hæreditatis conditione deficiente pertinere potest ad legitimos hæredes testatoris; quia ius nostrum non patitur, ut pro parte quis testatus, & pro parte intestatus decedat. Ergò contra voluntatem testatoris totam hæreditatem filius obtineret, etiam conditione deficiente, quæ ratio non habet locum in specie, de qua loquitur textus in d. §. cum autem, quoniam ibi alius fuit hæres institutus, ad quem deficiente conditione spectabat hæreditas.

CAPVT LXXII.

D *Cur Prætor hæredem facere non possit, ad interpretationem, §. quos autem, in Instit. de bonor. possess.*



IMperator sic ait: *Quos autē solus vocat Prætor ad hæreditatem, hæredes quidem ipso iure non fiunt: nam Prætor hæredem facere non potest. Per legem enim tantum vel similem iuris Constitutionem hæredes fiunt, veluti per Senatusconsulta, & Constitutiones Principales. Sed cum eis Prætor dat bonorum possessionem, loco hæredum constituuntur, & vocantur bonorum possessores.*

Controuersia est, cur Prætor hæredem facere non possit. Prima est sententia Alberici, ad Rubr. C. qui admitti ad bonorum possess. causam esse, quia iure ciuili alius iam factus erat hæres, scilicet fiscus, deficientibus suis, & agnatis, quare, is non poterat desinere hæres esse, l. etsi fine, §. sed quod Papinianus, in fine, ff. de minoribus.

Sed obstat huic sententiæ, quod licet ius ciuile deferat alijs hæreditatem, non tamen ij necessariò hæredes

efficiebantur, ideo potuisset Prætor alios interea hære- A des facere. Huc accedat, quod per legem fieri potest, vt qui semel est hæres, desinat hæres esse, vt declarat Decius, in l. post aditam, post principium, C. de impub. & aliis substitut.

Secunda est sententia Pauli Castrensis in d. Rubr. C. qui admitti, causam esse; quia Prætor non habet potestatem legis condendæ, licet eius edicta vim legis obtineãt, §. Prætorum quoque, in Institut. de iure natur. gent. & ciuil.

Sed obstat secundum Decium, quod si Prætorum edicta vim legis obtinent, nulla ratio videtur prohibere, quo minus hæredem facere possint, sicut per legem constat fieri posse hæredem.

Tertia est sententia ipsius Decii, in eadem Rubr. Pretorem hæredem facere posse, sed non solum: sic enim Iustinianus; *Quos autem solus vocat Prætor*, &c. Quare simul cum lege poterit Prætor hæredem facere.

B Sed aduersatur huic sententiæ, quod non solum Imperator dicit, Prætorem hæredem facere non posse, sed nec etiam Prætorem absolutè facere posse hæredem. *Per legem enim tantum*, inquit, *vel similem iuris Constitutionem, hæredes fiunt*. Et si legis condendæ Prætor habuit potestatem, vt Decius existimat, nulla est ratio, cur & ipse hæredem facere etiam solus non potuerit.

Quarta est sententia Alciati, lib. 3. Parergon, cap. 3. Is dicit, Prætorem non habuisse potestatem legis condendæ, ex legibus 12. Tabular. Sic enim lex dicebat. *Iuris disceptator, qui priuata iudicet, iudicariue iubeat, Prætor esto. Is Iuris Ciuilis custos esto.* Aut ergò, inquit Alciatus, Prætor concedit bonorum possessioné ei, qui à Iure quoque Ciuili hæres est factus, & tunc ille fit hæres ex lege, non autem ex edicto Prætoris. Aut Prætor concedit bonorum possessionem ei, quem Ius Ciuile non agnoscebat; & tunc, quia ius hæreditarium delatum erat alteri ex lege Ciuili, ipse hæredem facere non poterat; quoniã ius directum alteri, erat delatum à lege, ipse verò legis C condendæ potestatem non habebat.

Sed hæc sententia non videtur tuta; quia Prætorem habuisse potestatem legis condendæ, colligi uidetur ex Fenestella, de Magistratibus Romanorum, cap. 19. quem locum citat Zasius in Commentariis ad tit. de off. Prætoris. Ioan. Sichard. in Rubr. qui admitti. & alia in eandem sententiam citat Conradus Lancellotus de officio Prætoris, cap. 1.

Quinta est sententia Belloni, lib. 1. Supputationum iuris, cap. 10. Prætorem iuri dicundo præpositum fuisse, propter quod edicta proponebat ad id pertinentia, & se ad iudicia referebat, dicens: *Pacta seruabo, iudicium dabo*, &c. Quare, si v.g. filius emancipatus admitti se ad successionem patris defuncti cupiebat, Prætorem adire cogebatur, & ab eo bonorum possessionem accipere, quare id quod dicitur, Prætorem hæredem facere non posse, hunc sensum habet: eum, qui ex Prætoris edicto ad defuncti successionem vocatur, non posse *ipso iure*, id est, D per se ipsum, hæredem fieri; sed Prætoris decretum requiritur: licet is, qui à lege ad hæreditatem vocatus est per se hæreditatem adire, & hæres fieri possit.

Sed repugnat huic sententiæ, quod ea admissa sequeretur, si Pretor aditus ab huiusmodi filio emancipato, & similibus voluisset eos hæredes facere, eum potuisse, atque id Bellonus fatetur: sed repugnat textus Iustiniani. *Prætor*, inquit, *hæredem facere potest.*

Sexta est sententia Iacobi Cuiacii in notis ad Instit. Prætorem hæredem facere non posse; quia nec dominũ facere potest: hæres enim est dominus, & idem dixit VVesembecius in eundem locum, & latè eandem sententiam prosequitur Raynaldus Corsus, lib. 3. Indagationum iuris, cap. 4.

Sed oppono huic sententiæ textum in l. 2. ff. de bono. possess. ibi: *Dominus ergo fit bonorum possessor.*

Cogitabam dici posse hanc esse Iustiniani sententiã, eos, quos Prætor uocat ad hæreditatem, non fieri hæredes, *ipso iure*. id est. iure ciuili, sicut in Instit. de perpetuis, & tempor. actio. §. non autem, ait idem Imperator, *omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso iure competunt, aut à Prætore dantur*, &c. Illa verba, *ipso iure*, intelliguntur, id est, iure ciuili. Non potest igitur Prætor hæredem facere in hunc modum, vt iure ciuili hæres sit: quia per legem tantum uel similem iuris constitutionem hæredes fiunt iure ciuili. Sed loco hæredis erit, sic in l. 1. §. idem Pomponius, ff. quod falso tutor. autor. dicit textus: *Tunc enim valebit per Prætoris tuitionem, non ipso iure.* Ius enim Prætorium, adiuuandi, uel supplendi, uel corrigendi iuris ciuilis gratia introductum est, l. ius autem ciuile, §. ius Pretorium, ff. de iust. & iure, & uiua vox iuris ciuilis est; l. nam ipsum, ff eo. sed non dicitur ius ciuile, ita, vt idem sit iure ciuili aliquid constitutum esse, vel iure Prætorio, siue per Prætorem. Differunt enim hæc, vt patet. Et ideo dicit Imperator, eos non ipso iure hæredes esse; quia Prætor non potest facere, vt aliquis sit hæres ipso iure, sciliB cet ciuili: sed decreto tamen ipsius Prætoris pro hærede habebitur. Sed de Scholastica quæstione liberorum cuique iudicium esto.

CAPVT LXXIII.

Quæ sit edictalis, & decretalis bonorum possessio?



NOn est exploratum apud iuris autores, quæ sit edictalis, & quæ decretalis bonorũ possessio, quam ob rem inter nostros interpretes est controuersia.

Accursius in l. 1. §. decretalis, ff. de success. edicto, & in l. 3. §. causa cognita, ff. de bonor. possess. & cum eo Bart. ibi, §. à municipibus. Decius in Rubr. C. qui admitti, num. 17. Sichard. ibid. num 24. & ante eos Aretinus, & alij, quorum sententiæ Zasius subscribit, in l. qui cum, nu. 6. ff. de except. docent edictalem esse, quæ datur ex edicto Prætoris mortui; Decretalem verò, quæ C ex edicto Prætoris viui. Edictalis, respicit ius quærendum. Decretalis, ius quæsitum. Per edictalem ius consequimur petendi Decretalem. Per Decretalem acquirimus actionem, quæ vocatur bonorum possessoria hæreditatis petitio.

Sed obstat huic sententiæ, quòd ea admissa, nulla posset dari perfecta bonorum possessio sine Iudicis decreto; siquidem edictalis indiget Decretali, & per eam peruenitur ad Decretalem. At contra hoc est textus in l. 2. §. dies, ff. quis ordo in bonor. possess. seruet. *Dies*, ait Iurisconsultus, *bonorum possessionis vtiles esse palam est, sed non sessionum numerabuntur, si modò ea sit bonorum possessio, quæ de plano peti potuit, quod si ea, quæ causa cognitionem desiderat, aut quæ decretum exposcit*, &c. Quibus verbis apparet, aliquam esse bonorum possessionem, quæ Decretum non requirit.

Alciatus ad l. delata, ff. de verbor. signif. existimat Decretales esse bonorum possessiones extraordinarias, quæ D ius non tribuunt, vt est illa, quæ ex Carboniano edicto, quæ ventris nomine, & quæ litis agnoscendæ gratia datur: quoniam hæ potissimum à Decreto Prætoris pendent, ab eoque substantiam accipiunt. Edictales autem esse eas, quæ ordinariè dantur, & ius tribuunt, vt bonorum possessio Vnde liberi, Vnde legitimi, & similes.

Hæc sententia quatenus docet, edictales esse bonorũ possessiones ordinarias, probatur ex l. filium, §. si quis cõtra, ff. de legatis præstand. quem textum citat Cuiacius in notis ad Instit. tit. de bonor. possess. Sed quatenus docet Decretales esse extraordinarias, quę ius non tribuũt, vera non uidetur, arg. l. 1. §. Decretalis, ff. de successor. edicto, quem textum urget Cagnol. in Rubr. C. qui admitti, num. 115. Nam ibi expressa fit mentio bonorum possessionis Decretalis, quam tamen extraordinariã non esse ex eo constat, quod in illo titulo semper agitur de ordinarijs bonorum possessionibus, quæ ius tribuunt, & nullum fit de extraordinarijs verbum, vt latè Cagnolus deducit.

Iacobus Menoch. de adipiſcenda poſſeſs. Rem. t. nu. A 16. dicit, Edictalem eſſe, quæ datur ex Prætoris edicto, competitque illis perſonis, quæ uerbis ipſius edicti comprehenſę ſunt. Et ordinaria dicitur, cauſaque cognita aliquando datur, aliquãdo ſine cauſę cognitione, l. 2. §. dies, ff. quis ordo in bonor. poſſeſſ. ſeruet. Decretalem uero, quæ datur ei, qui verbis quidem edicti non eſt comprehenſus, ſed Prætor æquitate motus eam concedit. Exemplum eſt in l. ex duob. §. filius, ff. de bonor. poſſeſs. contra Tab. in l. 1. § nepos, ff. ſi quis à parente fuerit manumiſs. Vel, ſi edicti uerbis eſt comprehenſus, res tamen eget declaratione, & decreto Iudicis, propter controuerſiam illi ab aduerſario moram, vt in l. 1. §. ſi ea, ff. de uentre in poſſeſſ. mitt. Vel quando edictum moderatione indiget, vt in l. Saluius Ariſto, ff. de leg. pręſtan. vel quando alterius nomine bonorum poſſeſſio petebatur, vt in l. 1. ff. de bonor. poſſeſs. infant. furioſ. &c. in l. 1. §. furioſo, ff. de ſucceſſor. edicto, in l. 2. §. ſi quis ex liberis, ff. ad Tertyll. in l. penult. ff. de bonorum poſſeſ. in l. ſi infanti, C. de iure deliber. B

Ego in tanta obſcuritate, poſtremæ huic ſententiæ calculum præbeo meum, quod enim viro præſtantiſſimo opponam, nihil habeo.

CAPVT LXXIV.

In obtinenda bonorum poſſeſſione ſitne, iure nouiſſimo inſpecto, decretum Prætoris neceſſarium.

HVic controuerſiæ cauſam attulit Alciat. lib. 2. Paradoxorum, c. 13. Nam cum aliorum ſit communis ſententia, decretum neceſſariũ non eſſe, ex l. vlt. C. qui admitti, ipſe contrarium docet. Videamus, rectè, an perperam. Ait Conſtantinus in d. l. vlt. *Vt verborum inanium excludantur captiones, ita hoc obſeruari decernimus, vt apud* C *quemlibet iudicem, vel etiam apud Duumuiros qualiſcunque teſtatio complectendæ hereditatis oſtendatur: ſtatutis priſco iure temporibus coarctanda*, &c.

Alciatus reſpondet, nullum uerbum in ea lege de Decreto Iudicis, quod ſit ſublata eius neceſſitas, ſed ſublatas eſſe dicit inanes uerborum captiones, ſcilicet petitionis bonorum poſſeſſionis. Quamobrem, & Iuſtinianus in l. vlt. § nos itaque, C. de curat. furioſ. dicit, petitionem bonorum poſſeſſionis ſublatam fuiſſe à Coſtantino, ibi: *Cum petitio bonorum poſſeſſionis Conſtantiniana lege ſublata ſit.* Aliud eſt autem petitio, quàm Decretum, vt patet. Adde, quod Iuſtinianus in loco citato, æquiparat illam bonorum poſſeſſionem, ei, quæ furioſo decerni ſolet; ſed furioſo non datur bonorum poſſeſſio abſque Decreto: Igitur Decretum neceſſarium eſt.

Sed videamus an non ita ſit. Nam ſi petitio ſolennis eſt ſublata, & ſufficit quælibet teſtatio voluntatis, quod ſcilicet amplecti quis velit hæreditatem; Ergo non D eſt opus aliquo Decreto Iudicis. Non eſt neceſſe illud petere, ergo nec impetrare; quia non petenti non datur, argum. l. 4. §. Hoc autem iudicium, ff. de damno infecto. Ad hæc, Conſtantinus vult eiuſmodi atteſtationem amplectendæ hæreditatis apud quemlibet Iudicem ſufficere. Conſtat autem non omnes Iudices Decretum interponere poſſe, l. ea quę, §. Magiſtratibus, ff. ad municipalem.

Amplius, quid ſibi volunt illa Iuſtiniani verba in dicta l. vlt. §. nos autem, C. de curator. furioſ. *Licentiam damus, eam bonorum poſſeſſionem agnoſcere, quæ ante ex Decreto dabatur*; Si etiam nunc neceſſarium eſſet Decretum, cur dixiſſet *antea ex Decreto dabatur*?

Non itaque hac in re Alciato aſſentior, ſed potius eum refellenti Bellono lib. quarto, Supputationum iuris, cap. 1.

CAPVT LXXV.

Vtrum filiusfamilias, cui bonorum poſſeſſio delata eſt, eam agnoſcendo, & petendo, aliquid adquirat ſibiipſi?



I filiofamilias delata ſit bonorum poſſeſſio, vtrum eam petendo, & agnoſcendo, ſibiipſi adquirat emolumentum, controuerſia eſt inter Doctores, ſi ad antiquas leges reſpiciamus, non autẽ, ſi ad poſteriores. Vtrumque caput huius quęſtionis ordine explicabimus.

Quod attinet ad leges ueteres, filiumfamilias ſibi bonorum proprietatem acquirere Lancellottus Politus docuit, tract. de vulgari ſubſtit. nu. 43. & Alciat. lib. 4. Paradoxorum, cap. 3. qui tamen de bonis maternis tantum loquitur; ſed ſatis eſt ad controuerſiam inducendam, quoniam cæteri Doctores contrarium docuerunt, nempe, patri, non autem filio in poteſtate, acquiri proprietatem bonorum. Vide interpretes in l. 1. C. qui admitti ad bonorum poſſeſs. & Pinellum ad l. 1. C. de bonis maternis, in 1. parte.

Argumenta prioris ſententię ſunt iſta. Primum, ex l. 1. C. qui admitti, ibi: *Emolumentum etiam patri allatura.* Illa dictio, *etiam*, implicare dicitur, & arguere etiam filio aliquod emolumentum adquiri, nempe, proprietatem; Patri uerò uſumfructum, quod ſignificare uidetur etiam ipſum uerbũ, *Emolumentum* enim ſignificat utilitatem, quam ſanè ex reb. afferre ſolet vſusfructus, vt notum eſt.

Secundum eſt, ex l. cum oportet, C. de bonis quę lib. vbi text. ita dicit: *In veteris Iuris obſeruatione, multas res eſſe animaduertimus, quæ extrinſecus ad filiofamilias ueniunt, & minimè patribus adquiruntur, quemadmodum in maternis bonis.*

Hæc poſtrema verba indicant, bona materna patri non acquiri ſecundum leges veteres.

Tertium eſt, ex l. penultima, ff. ad Tertyll. vbi dicitur: *Sacratiſſimi Imperatoris noſtri oratione cauetur, ut inteſtatæ matris hereditas ad filiumfamilias pertineat.*

Si ad filiumfamilias tunc matris pertinebat hęreditas; Ergò filio adquirebatur, & non patri. Pertinere enim ad nos id dicitur, quod noſtram vtilitatem continet, l. ſi quis ex argentarijs, §. pertinere, ff. de edendo.

Quartum, ex l. filius, ff. de inoff. teſtam. vbi habetur, patrem poſſe filij nomine inofficioſum dicere matris teſtamentum, & ſi in eo iudicio vincat, commodum victoriæ filio ſuo parare.

Quibus argumentis nil motantibus, contrariam ſententiam veriorem eſſe puto. Nam ſecundum leges veteres, quicquid filius acquirebat, patri acquirebatur, exceptis Caſtrenſibus, & quaſi, l. 1. ff. ſi quis à parente fuerit manumiſſus, vbi textus: *Quippe, ſi filiusfamilias eſſet, quodcunque ſibi adquireret, eius emolumentum patri quæreret*, l. adquiritur, ff. de adquir. rer. dom. ibi: *Non ſolum autem proprietas per eos, quos in poteſtate habemus, adquiritur nobis, ſed etiam poſſeſſio. Cuiuſcunque enim rei poſſeſſionem adepti fuerimus, id nos poſſidere videmur*, &c. l. 2. C. de patria poteſtate, vbi Antoninus: *Ei, quod in poteſtate patris agens habuiſti, dominium ad patrem tuum pertinuit, extra ea, quæ non requiruntur.* Idem habetur in §. 2. in Inſtit. per quas perſonas nobis adquiritur, vbi Iuſtinianus: *Igitur liberi noſtri, quos in poteſtate habemus olim quidem, quicquid ad eos peruenerat, exceptis videlicet Caſtrenſibus peculiis, hoc parentibus ſuis adquirebant ſine vlla diſtinctione.*

Ad primum argumentum reſpondeo, dictionem, *Etiam*, in l. 1. C. qui admitti, non implicare in eum ſenſum, quaſi videatur etiam filio emolumentum adquiri, ſed in hunc modum implicare: Bonorum poſſeſſionem peti à filiofam. poſſe, ignorante patre, & etiam emolumentum allaturam eſſe patri, ſi ratum habuerit; quod magis placet, quàm quod ſcribit Bellonus, lib. 1. Supputationum iuris, cap. 1.

Et

Et verbum illud, (*Emolumentum*) significat totum, ac plenum dominium, l. Papinianus, §. meminisse, ff. de inof fic. testam. l. bonorum, C. qui admitti.

Ad secundum, ex l. cum oportet, respondet Bellonus lib. quarto, Supputationum iuris, cap. 5. Iustinianum ibi appellare ius uetus, scilicet Constantini, l. 1. C. de bonis maternis.

Sed hæc responsio non est bona. quia Constantini lex non potest antiqua dici, sed potius noua, qua corrigitur ex parte ius antiquum.

Pinellus rectè illa verba: *Quemadmodum in bonis maternis*, referenda esse ad ea, quæ sequuntur, non ad præcedentia, hoc modo: *Inuenimus autem in veteris iuris obseruatione multas esse res, quæ extrinsecus ad filios familiarum veniunt, & minimè patribus adquiruntur.* Hic est pūctum. Iam pergit Iustinianus: *Quemadmodum in maternis bonis, vel quæ ex maritali lucro ad eos peruenerint, ita & in iis, quæ ex aliis causis filiisfamilias adquiruntur, certam introducimus definitionem.*

Ex quo patet, non hunc sensum colligi ex ueteri iure, bona materna parentibus non adquiri; sed certam definitionem introductam fuisse, vt in maternis bonis, & in lucris nuptialibus, ita & in alijs rebus.

Ad tertium rectè etiam Pinellus, & clarius Bellonus lib. 4. Supputat. iuris, c. 5. non esse bonam consequentiā: Bona intestatæ matris ad filios pertinent; Ergo patri non adquiruntur. Succedit enim filius, sed patri adquirit eo iure.

Et verbum illud, (*pertinere*) latissimam habet significationem, l. verbum illud, de verb. sign. Ideo ad filium pertinere dicuntur, propter spem probabilem, quam habet ea bona consequendi per mortem patris, vel per emancipationem.

Alciatus replicat hanc interpretationem non posse defendi; quia Senatusconsulto Orphitiano iam erat constitutum, vt filius intestatæ matri succederet, quare non rectè diceretur, oratione Sacratissimi Principis id fuisse introductum.

Respondeo, Sacratissimum illum Principem fuisse Diuum Marcum, cuius tempore factum est Orphitianum Senatusconsultum, vt merito dici potuerit eius oratione id cautum esse, quod Senatusconsulto cauebatur, sicuti pluribus exemplis allatis docet Bellonus loco annotato, & Hieronymus Cagnol. ad l. 1. nume. 58. C. qui admitti.

Ad quartum, ex l. filius, respondeo, victoriæ commodum parari filio, propter honorem eius, ne videretur matris hæreditate indignus. Nam commodum nostrum dicitur etiam id, quod ad nostram dignitatem pertinet, l. nepos Proculo, ff. de verb. sign.

Dices, si omnia, quæ filius adquirebat, patri suo adquirebantur, cur filiusfamilias proprio nomine agere potest actione, quod vi, aut clam; item Depositi & Commodati, l. filiusfamilias, 8. ff. de act. & obl.

Respondeo, esse difficilem quæstionem, ita, vt Bart. dixerit in d. l. filiusfamilias, se causam nescire. Si quid tamē hac in re, quod sit probabile, adferri potest, existimo id Alciatum attulisse, in l. cum filiofam. ff. si certum pet. Causam hanc esse, quoniam in deposito & commodato agitur de solius detentationis restitutione, quod patet: quia etiam fur, & prædo, agere possunt ex Deposito & Commodato, l. 1. §. si prædo, ff. depos. l. ita, ff. commod. Huius autem detentationis filiusfam. capax est; quia etiam seruus est capax, l. stipulatio ista, §. hæc quoque, ff. de verborum oblig.

Dixi in principio capitis, iure nouissimo controuersiam non esse in proposita specie; quia patri bona adquiruntur quantum ad vsumfructum; filijsfam. quoad dominium, l. 1. C. de bon. matern. Constantini, l. 2. C. eodem Arcadij, l. 1. C. de bonis, quæ lib. Theodosij, l. cum oportet, C. de bonis, quæ lib. Iustiniani.

A

CAPVT LXXV.

Rursus de bonorum possessione filiofam. delata, si is absque consensu patris eam agnouerit, & pater non ratificauerit; an filio adquiratur; isque creditoribus ac legatarijs satisfacere teneatur.



Ecundum leges veteres existimo, bonorum possessionem filiofamilias non adquiri, si eā agnouerit absque consensu patris, & pater agnitionem ratam non habuerit, ex l. vlt. ff. quis ordo in bonor. possess. seruet. Marcellus: *Quæri potest: si cum posset filius petere bonorum possessionem patre ita absente, vt certiorare eum non possit, vel etiam furente: petere neglexerit, an peti amplius non possit. Sed vt quid noceat non petitam bonorum possessio-* B *nem, quæ si petita esset, tamen non ante adquireretur, quàm pater comprobasset?* Secundum leges nouas contrarium sentio, ex l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. vbi Iustinianus statuit, hæreditatem filiofam. adquiri patre recusante: *Sin e contrario*, inquit, *patre recusante filius adire hæreditatem voluerit, nullam adquisitionem, nec vsumfructum patri offerri, sed ipsum filium sibi imputare, si quid ex hoc contigerit.*

Et in hoc ferè omnes conueniunt. Cæterum, controuersia est in ea specie, qua filiusfam. patre non ratificante bonorum possessionem agnouerit, utrum legatarijs & creditoribus hæreditarijs satisfacere teneatur. Nam filiusfam. ex omnibus contractibus obligatur, l. filiusfam. ff de act. & oblig. Agnoscendo autem bonorum possessionem, videtur quasi contrahere cum legatarijs, & creditoribus, argum. §. hæres quoque, in Instit. de obl. quæ ex quasi contractu nascuntur.

Bart. ad l. qui in aliena, ff. de adquir. hæred. respondit C filiumfa. hoc in casu non obligari, sicut nec voto obligatur, l. si quis rem, §. voto, ff de pollicitat. Videtur enim bonorum possessio similis esse voto; quia illa, sicut votum, consistit in animo agnoscentis.

Sed reprehenditur hæc sententia à Castrensi, Alexandro, Aretino, & Iasone, in d. l. qui in aliena, quoniam bonorum possessio non est voto similis. Nam olim Decretum Prætoris requirebat, & nunc saltem coram Iudice declarationem animi requirit, iuxta l. vlt. C. qui admitti, quod votum nō requirit.

Et licet Alciatus lib. 4. Paradoxorum, c. 2. conetur Bartolum tueri, quem Alciatum refert & refellit Cagnolus, in l. 1. num. 26. C. qui admitti, fatetur tamen, similitudinem uoti non esse aptam, & omnes contractus ab animo pendere demonstrat.

Secunda est solutio Alexandri, in d. l. qui in aliena, filiumfam. non obligari hoc in casu creditoribus & legatarijs, quia nec emolumentum adquirit bonorum pos- D sessionis, l. secundum naturam, ff. de reg. iur.

Sed hæc sententia non probatur Decio in d. l. 1. C. qui admitti, nec Alciato loco supra citato, quia filiusfam. obligatur ex contractibus, quos ipse facit, dicta l. filiusfam. ff. de actio. & oblig. cum tamen contractus commodum patri acquiratur, l. seruus vetante, ff. de verborum obligat. qui tenetur, quatenus est in peculio, l. 3. §. si filio, ff. commod.

Tertia est solutio Aretini, in d. l. qui in aliena, filiumfam. non obligari agnoscendo bonorum possessionem; quia ius eam agnoscendi non competit filio, sed patri, licet filius de facto agnoscat, l. adquiritur, §. 1. ff. de adquir. rer. domin.

Sed hanc sententiam refellit optimè Decius, in d. l. 1. C. qui admitti, nume. 34. & Alciatus lib. 4. Paradox. c. 2. quia ius agnoscendi verè competit filio, non patri, sed patri iubenti, vel ratificanti emolumentum adquiritur. Et ideo dicit tex. in d. l. adquiritur, §. 1. *Etsi iubentibus nobis adierit, hæreditas nobis adquiritur, perinde, ac si nos ipsi hære-*

hæredes instituti essemus. Non autem dicit, ius adeundi A
adquiri patri.

Quarta est solutio Iasonis, in l.1.C.qui admitti, hæreditatem esse indiuiduam, l.pen ff.de adquir. hæred. & cõsequenter etiam bonorum possessionem; ac proinde cum eius commoda filius non consequatur, nec ad eum etiã incommoda pertinere.

Refellitur à Decio & Alciato, locis annotatis, eam ob causam, quod etiam contractus sunt indiuidui, l.si quis aliam, ff.de solut. & tamen filiusfam. contrahendo obligatur, & patri emolumentum quæritur.

Quinta solutio est Decij, in d.l.prima, C.qui admitti, filiumfam. agnoscentem bonorum possessionem, animum habere adquirendi patri; & consequenter, etiam obligandi ipsum patrem; proinde filium nequaquam obligari, ne actus eius contra intentionem operetur. Postea idem Decius videtur ab hac solutione recedere, & in ea esse sententia, vt filius obligetur, & etiam sibi commodum adquirat bonorum possessionis, aliter expli B
cans l.vlt. ff.quis ordo in bonorum possessione seruet. Sed vtrumque malè: Nam quod ait de filij agnoscentis animo, Alciatus loco superius annotato refutat: *Verum te appello Deci* (inquit Alciatus) *cur non & in contractibus idem præsumimus, cum eorum commoditas ad patrem deuoluatur?*

Quod autem secundo dicit, repugnat l.vlt. Nam si patre non ratificante, filio commodum adquireretur, posset ab eo peti bonorum possessio patre absente & furente. Tunc enim patet certiorati non posset: Et tamen cõtrarium docet tex.in d.l.vlt.

Sexta est solutio Alciati, loco superius allegato, filium bonorum possessionem agnoscentem creditoribus non obligari; quia nullum in eo agnitionis actu creditorum factum interuenit. Ceterum, in aliis contractibus filium obligari; quia aliquod factum creditorum intercedit: Factum enim, in quo quis versatur, longè est efficacius, quàm id, quod per alium nil agenti quæritur. C

Refellitur à Bellono lib.3. Supputanonum iuris, c.2. Nam is, cuius negotia geruntur, actionem habet, vt in §.1.& seq.in Instit.de oblig. quæ ex quasi contractu, &c. & tamen eius factum nullum interuenit.

Septima est solutio Belloni loco supra citato, quæ eadem est cum solutione Iasonis. Eam vero confirmat, quia in hæreditate, & bonorum possessione commoda non separantur ab incommodis, immò transeunt in bonorum possessorem, l.prima, ff.de bonorum possess. At in contractibus, quandoque commoda ab incommodis separantur: nam pupillus contrahendo non obligatur, & tamen alios obligat, §.primo, in Institut. de autoritate tutorum.

Sed responderi potest, ita specialiter in pupillo constitutum esse, verum in aliis æqualem esse contrahentium conditionem.

Ego cogitabam, dici posse, filiumfam. non obligari, quia nullius est momenti bonorum possessio agnita sine D
iussu vel ratificatione patris; quod enim nullum est, nullum operatur iuris effectum, l.4.§.condemnatum, ff.de re iudic.cap.non præstat, de reg.iur.lib.6. l.2. ff.de excus. tutor. l.vlt. C.arbit.tutelæ. Quod autem nulla sit agnitio facta à filiofam. probatur ex d.l.vlt. ff. quis ordo in bonorum possess.seru. Nam, si valeret, & efficax esset agnitio à filiofam. facta sine consensu patris, ratificari à patre posset, etiam post tempus, intra quod actus expediri poterat, ex doctrina Bartoli, in dicta l.1. C.qui admitti, & Decii ibidem, num.83. Cagnoli, nu.107.

Non posse autem ratificari, nisi intra tempus, quo potest agnosci, probat text. in d. l.vlt. ff. quis ordo in bonor. possess seruet. ibi: *Prateritis autem centum diebus frustra ratum habebo.*

CAPVT LXXVII.

Explicatur collationis materia, controuersiæque ad eam pertinentes discutiuntur.



Eptem capitibus collationis materiam, propositis aliquot conclusionibus, explicabo, & controuersias ad eam pertinentes expediam, quibus expediendis non parum lucis conclusiones adferent.

Prima conclusio; filius emancipatus, omnia bona exceptis castrensibus, & quasi castrensibus, conferre tenetur filio in potestate, mortis tempore existenti, vt inter eos diuidantur una cum bonis patris defuncti, pro portionibus hæreditariis.

Probatur ex l.si emancipati, C.de collatio. ex l.1.iuncto, §.nec castrense, ff.de collat. bonor. eamque omnes admittunt, & nulla est controuersia.

Secunda Conclusio. Collationi, de qua proximè dictum est, locus est, siue suus, & emancipatus eodem iure succedant, siue diuerso iure, puta, si alter ex testamento succederet, alter contra testamentum. Ita post Bartolum, Castrensem, Alexandrum, & Iasonem, Cagnolus docet, in d.l.si emancipati, nu.138.C.de collat. Vitalis in tract. de collationib. quæst.38. & probatur ex l.si filius, ff.de collat. bonor. & ex aliis, quas illi adferunt.

Tertia Conclusio. Filia in potestate existens, tenetur emancipato dotem conferre, l.1.ff.de collat.dot. l.filiæ dotem, C.de collation.

Quarta Conclusio. Liberi omnes, tam emancipati, quàm in potestate existentes, conferre inuicem tenentur dotẽ, & donationẽ propter nuptias, quas habuerunt à patre, vel matre, auo, vel auia, proauo, vel proauia paterno, vel materno, paterna, vel materna, quoties de successione eius agitur, qui illis dotem dedit, uel donationem propter nuptias.

Probatur ex l.ut liberis, C.de collat. & quoniam Imperator Leo ibi dicit, emancipatos conferre debere pro tenore præcedentium legum, ea, quæ à parentibus emancipationis tempore, uel post emancipationẽ consequuntur, controuersia oritur, quomodo id accipiendum sit, Vtrum scilicet emancipati ea, quæ à patre consequuntur tempore emancipationis, uel post emancipationem, conferre teneantur, tam suis, quàm emancipatis, an uerò suis tantum.

Etenim, Bart. Alexand. & multi alij, ut per Cagnolũ, in d.l.si emancipati, nu.157. C.de collatio. Vitalis, de collationibus, c.2.nu.4. existimarunt, textum esse generaliter accipiendum, ut scilicet emancipati conferre debeãt tam suis, quàm emancipatis.

Sed contrarium responderunt Paulus Castrens. Aretin. Roman. Corn. & Dec. in d.l.si emancipati, & idem Dec. in cons.59. quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia ex d.l. ut liberis, C.de collat. ubi Imperator Leo dicit: *Emancipatus pro tenore præcedentium legum collaturus.* Tenor autem præcedentium legum est, ut emancipati conferant suis, non autẽ emancipatis, d.l.si emancipati, C.de collation.

Non obstat, si dicatur ex hoc sequi, Leonem nihil noui statuisse in d.l. ut liberis. Quia respondeo, in hac parte eum noluisse aliquid noui statuere, cũ se ad antiquas leges referat. Cæterum, in aliis utilis est eius constitutio, quoad dotem scilicet, & donationem propter nuptias. Sed quoniam dubitari poterat, ex eo, quod dos, & donatio propter nuptias, conferri debent tam à suis, quàm ab emancipatis, & tam suis, quàm emancipatis, an idem esset de aliis bonis, quæ à patre donantur emancipatis, vt similiter conferenda essent tam suis, quàm emancipatis, ait Leo eiusmodi bona ab emancipatis esse conferenda, iuxta tenorem legum præcedentium, & consequenter non emancipatis, sed suis: sic enim leges præcedentes statuunt, vt dictum est.

CA-

C A P V T   L X X V I I I.

De eadem materia Collationis.



Vinta Concluſio. Quod ante emancipationem filio donatum eſt à patre, conferendũ eſt, quaſi donatum uideatur emancipationis tempore: quoniam donatio ante emancipationem non ualet, & emancipatione ſecuta confirmatur. Ita Aretinus docet in dicta l. ſi emancipati, C. de collat. Vitalis, tracta. de collationibus, capit. 2. nume. 4.

Sexta concluſio. Dos, & donatio propter nuptias, conferri à nepotibus debet dum ſuccedunt una cum ſuis patruis, dos, inquam, & donatio data eorum patri uel matri, l. illam, C. de collat. Dos autem nepotibus ipſis data ab auo, an, & quando conferenda ſit, declarant Bart. & Caſtr. in d. l. ſi emancipati, Alex. Iaſ. & Dec. in d. l. illam. Vitalis, d. tract. quæſt. 21. & pendet ex l. 1. § ſi ſit nepos, ff. de collat. dotis.

Septima concluſio. Conferre debent etiam ij, qui nec ſui ſunt, nec emancipati, ut ſunt nepotes ex filio emãcipato, l. ſi nepotes, ff. de collat. bonor. Item filij adoptiui, qui patri naturali ſuccedunt, l. 1. §. is quoque, ff. eo. Bar. in l. pater filium, nu. 4 ff. de collat. dotis. Et idem quando patri adoptiuo ſuccedunt, vt declarat Corneus, in d. l. ſi emancipati, nu. 89. C. de collat.

Octaua concluſio. Conferre etiam tenentur, qui patria poteſtate liberati ſunt per oblationem precum, vel Principis Reſcriptum, ad ſimilitudinẽ emancipatorum, l. liberos, C. de collationibus.

Nona concluſio. Liberatus patria poteſtate propter patriciatus honorem, iuxta l. vlt. C. de decurion. lib. decimo, conferre non tenetur. Ita docet Vitalis de collat. quæſt. 21. quæ ſententia mihi non probatur. Nam tales filij non dicuntur ſui, cum ſint liberati patria poteſtate, §. inteſtatorum, & §. emancipati. in Inſtitut. de hæredib. quæ ab inteſt. & conſequẽter in eis locum habet eadem ratio, quæ in emancipatis, l. 1. §. toties, ff. de collat. bonor. Et cum ij, qui per oblationem Curiæ, vel Reſcriptũ Principis liberati ſunt patria poteſtate, cõferre teneantur, nulla eſſe uidetur ratio, cur & iſti non teneantur, qui non ſunt illis abſimiles.

Decima concluſio. Collatio fieri debet, licet dolo, vel errore, facta diuiſione hæreditatis, fuerit omiſſa, l. ſi ſoror, C. de collat.

Vndecima concluſio. Collatio locum habet, etiam teſtamento condito, tex. in Nouella. de Triente & Semiſſe, §. illud, ex quo ſumpta eſt Authen. ex teſtamento, C. de collationibus.

Hic oritur controuerſia. Si pater vni ex filiis minorem hæreditatis portionem relinquat, vtrum is conferre teneatur. Alexander in l. ſi emancipati, nume. 12. C. de collation. poſt Romanum & Fulgoſium, quos citat, in hac uidetur eſſe ſententia, vt ſi quidem pater dixerit in teſtamento, ſe idcirco filiæ, verbi gratia, minorem portionem dediſſe; quia dotem illi dederat, dos non ſit conferenda, ex l. ex parte, § inteſtato, ff. ſam. herciſc. Si verò hoc non dixerit, tunc conferenda ſit, & filiæ imputandum, quod dote contenta non abſtinuerit ab hæreditate. Idem reſponderunt Corneus, in d. l. ſi emancipati, nu. 64. Cagn. ibid. num. 200. Dec. in Auth. ex teſtamento, nu. 9. C. eod. ti. & in conſ. 59. col. 2. D. meus Cephalus, in conſi. 486. in fi. lib. 4.

Contrarium autem Aretinus docuit, in d. l. ſi emancipati, col. 2. nempe abſolutè locum non eſſe collationi hoc in caſu, cuius ſententiam ſatis æquam eſſe dicit Vitalis, de collationibus, q. 33.

Et huic ſententiæ magis eſt, vt aſſentiar. Moueor primo ex l. ex parte, §. inteſtato, ff. famil. herciſc. Scæuola: *Inteſtato moriens, Codicillis prædia ſua omnia, & patrimonium inter liberos diuiſit, ita, vt longe amplius filio, quam filiæ reliquerit. Quæſitum eſt, an ſoror fratri dotem confer-*

A *re deberet? Reſpondi, ſecundum ea, quæ proponerentur, ſi nihil indiuiſum reliquiſſet, rectius dici ex voluntate defuncti collationem dotis ceſſare.*

Secundo moueor ex §. illud, in verſ. *æqualitatem*. in Authen. de Triente & Semiſſe, vbi patet, præcipuam cauſæ collationis inducendæ, eſſe rationem æqualitatis inter liberos ſeruandæ: At in propoſita ſpecie, ex collatione oritur inæqualitas; igitur collatio ceſsare debet, l. vlt. C. commu. vtriuſque iudic.

Fundamentum contrariæ ſententiæ eſt in d. §. illud, in Auth. de Triente & Semiſſe, quatenus ibi dicitur, teſtamento condito, collationi locum eſse, niſi pater eam expreſsè prohibuerit. Sed iuſta mihi ſanè videtur hæc interpretatio, vt id locum habeat regulariter, ſcilicet, quando ex collatione oritur ęqualitas, non ſi inæqualitas oriretur; tunc enim voluntatis eſt coniectura prohibitam collationem uideri, argum. d. l. ex parte, §. inteſtato, ff. famil. herciſc. Et ad collationem impediendam coniectu-
B ram ſufficere voluntatis defuncti, rectè ex eo textu docuere Bald. & Albericus ibi, quos citat & ſequitur Dec. in d. conſ. 59. Idem ſcribit Crauetta, in conſ. 85. & in conſil. 125. Alc. in conſ. 584. num. 1. Io. Petrus Surdus, in conſil. 143. num. 18. & 19.

C A P V T   L X X I X.

Alia controuerſia de eadem collationis materia.



St & alia controuerſia, ſi teſtamentum pro parte valeat, & pro parte ſit ruptum, vt in ea ſpecie, de qua loquitur l. pater filium, ff. de collat. dot. an inter filios collationi ſit locus, quorum alter ex teſtamento hæreditatem petit, alter verò contra teſtamentum. Pugnantes ſunt Doctorum ſententiæ, vt uidere licet ex Aretino, & Alexandro, num. 9 Corneo, nume. 26. Cagnolo, nume. 148.
C & 143 in l. ſi emancipati, C. de collat. Vitalis, dicto Tracta. de collationibus, cap. primo, num. 9. & nume. 13. & quæſtio. 32.

Mihi verior eorum ſententia uidetur, qui collationi locum eſſe affirmant, hoc argumento. Nam aut collatio ceſſare debet in ea ſpecie, quia filij diuerſo iure ſuccedũt; aut quia ex teſtamento defertur ſucceſſio: Prior ratio impedire non poteſt collationem, l. ſi filius, ff. de collat. bon. Poſterior nouo iure non impedit, §. illud, Nouella, de Triente & Semiſſe.

Si dicatur hunc caſum eſſe mixtum; quia partim ex teſtamento ſucceditur, partim contra teſtamentum; & ideo non contineri ſub ſimplicibus, vt Doctores dicunt. Reſpondeo, ex mente legum poſteriorum, etiam hunc caſum decidi poſſe: quia ratio ceſſat propter quam ſic erat ſtatutum, in dicta l. pater filium, ceſſante enim ratione legis, ceſſat lex, l. prima, ff. de legitim. tutoribus, l. adigere, §. quamuis, ff. de iure patronatus, cum ſimi-
D libus.

Rurſus, ſi dicatur in l. ſi filius, ff. de collat. bonorum rationem eſſe poſitam in iniuria, quam emancipatus facit ſuo, & propterea Scęuola reſpondit, collationem fieri inter eos, qui diuerſo iure ſuccedunt: Ergo ceſſante iniuria, ceſsare debet collatio. Reſpondeo, hanc rationem iniuriæ nouo iure non eſſe attendendam, quia tam ſuus emancipato confert, quàm emancipatus emancipato, inter quos ratio iniuriæ ceſsat, l. vt liberis, C. de colla. Inſpicitur enim magis æqualitatis ratio, ut ibi habetur, & in d. § illud, in Authen. de Triente & Semiſſe, & in l. vlt. C. commu. vtriuſque iud.

Quæritur etiam an in ſpecie l. filio, §. videamus, ff. de bonorum poſſeſsio. contra tab. locus ſit collationi? & Iacobus Butrigarius dicebat, locum eſse, nouiſſimo iure inſpecto, quem Alexander referens in d. l. ſi emancipati, colum. 2. C. de collation. dicebat ſe mirari, & neminem hoc dixiſse. Veruntamen Butrigarium ſequitur Vitalis, de collatio. cap. 1. num. 9. Et hæc ſententia mihi

placet;

placet; quia deciſio textus in d. §. videamus, fundatur in ratione iniuriæ ceſſantis, quæ ratio iam non tam attendi debet, quàm ratio æqualitatis, vt dixi. Vide Corneum, in d. l. ſi emancipati, nu. 32. & 46.

CAPVT LXXX.

Proponuntur aliæ concluſiones in materia collationis, & controuerſia diſcutitur; an donatio ſimplex, filio facta in poteſtate, ſit conferenda.

Duodecima concluſio. Collationi locus eſt etiam factis codicillis, l. à patre, l. filiam, C. de codicillis.

Decimatertia. Ius collationis ad hæredes tranſit actiue & paſſiue, l. 1. §. ibidem, ff. de collat. bonor. l. ſi maritus, C. de collat.

Decimaquarta. Is qui conferre tenetur, ſi non conferat, vel de conferendo non caueat, partem hæreditatis conſequi non poteſt, l. ſi maritus, C. de collat. l. 1. §. iubet autem Prætor, verſ. ſi frater, ff. de collat. bonor. Et ideò bona depoountur penes curatorem, qui ea detineat, donec conferat, vel de conferendo caueat, l. nonnunquam, ff. eodem tit.

Decimaquinta. Collatio ceſſat in bonis caſtrenſibus vel quaſi, l. 1. §. nec Caſtrenſe, ff. eod.

Decimaſexta. Collatio hodie locum non habet in bonis aduentitijs, l. vlt. C. de collat.

Sed hic oritur controuerſia de ſimplici donatione à patre filio exiſtenti io poteſtate facta, ſitne conferenda. Nam antiqui Gloſſatores non conueniunt, aliquibus affirmantibus conferendam, aliquibus id negantibus. Nūc eorum ſententia magis communiter recepta eſt, qui negant conferendam. Ita Bar. in d. l. 1. §. nec Caſtrenſe, ff. de collat. bonor. Alex. & Iaſ. in Auth. ex teſtamento, C. de collat. & ibi etiam Dec. Cagn. ad d. l. ſi emancipati, n. 197. C. eod. ti. Vitalis, de collat. q. 1. Saporta in tractatu ſimili, de collat. c. 5. nu. 93.

Probatur hæc ſententia ex l. illud, C. de collat. in illis verbis: *Ex eo quod ſimplex donatio non aliter confertur, niſi huiuſmodi legem donator tempore donationis ſua indulgentia impoſuerit.* Et ex l. filiæ, C. famil. herciſc.

Niſi inæqualitas inter filios oriatur ex eo, quod alter filius dotem haberet, vel donatiooem propter nuptias, quas conferre deberet: tunc enim etiam alter donationem ſimplicem conferre debet, vt ibi dicitur.

Huc accedit ratio manifeſta. Nam donatio patris filio in poteſtate collata, non valet, ſed morte donatoris confirmatur, l. donationes quas, C. de donat. inter vir. & vxor. Conſequenter is, cui donatur, videtur bona donata conſequi poſt mortem patris. Conſtat autem acquiſita poſt mortem patris, non conferri, l. nec emancipati, C. de collationib.

Et licet Decius in d. l. illud, nu. 6. C. de collat. hanc rationem impugnet, eius tamen argumentis ſatisfacit Benous in conſ. 54. num. 27 lib. 1.

Opponitur huic ſententiæ tex. in l. ſi donatione, C. de collat. *Si donatione*, inquit tex. *tibi poſt mortem patris fundum quæſiſti, ſoror tua portionē eius uindicare non poteſt; nam ſi is filiafamilias conſtituta tibi à patre donatus eſt, cum ſorore patri communi ſuccedens, eum præcipuum habere contra iura poſtulas.* Et huic legi aduerſatur l. filiæ, C. famil. herciſc.

Quid Iac. Cuiacius dixerit, non ignoro, lib. 3. Obſeru. c. 30. *Equidem ſic accipio l. ſi donatione, ut ab inteſtato ſui donationem ſimplicem conferant*, &c. *Legem uero Filiæ, ut ex teſtamento inſtituti donata præcipua retineant.* Sic ille; Sed non mihi placet; nam vt maximè uera ſit interpretatio Cuiacij, quantum attinet ad l. filiæ, C. famil. herciſc. quæ lex loquitur in eo caſu, quo teſtamentum eſt cōditum, & conſequenter collatio ceſſabat eo tempore; tamen non poteſt illud admitti, quod ſimplex donatio con-

A feratur in ſpecie d. l. ſi donatione, licet ab inteſtato patri filiæ ſuccedant, quia id repugnat l. illud, C. de collat. Renera abſtruſior paulò res eſt, ut Cuiacius inquit. Miror tamen eundem excellentem Criticum, non admouiſſe manum ad emendandam l. ſi donatione, adiecta negatione, hoc modo: *Nam ſi is filiafam. non conſtituta tibi à patre donatus eſt, cum ſorore patri communi ſuccedens, eum præcipuum habere contra iura poſtulas.* Ita ſi legatur, nihil obſtabit, quia emancipatus donationem ſimplicem tenetur conferre, l. prima, ff. de collat. bonorum. Nec obſtabit l. illud, C. de collat. quia intelligitur de donatione ſimplici filiofam. collata, qui eſt in poteſtate.

CAPVT LXXXI.

Alia controuerſia de ſimplici donatione, quæ ab initio valet, an ſit conferenda.

B Sed alia eſt controuerſia, quid ſi donatio à parentibus in filium collata, qui eſt in poteſtate, ab initio valeat; Nam aliquibus in caſibus valere poſſe receptum eſt, ut per Iaſonem, ad l. frater à fratre, ff. de condictio. indeb. vtrum conferenda ſit? Et conferendam reſpondit Bartolus, in l. prima, §. nec Caſtrenſe, ff. de collat. bonorum. Alexander, & Iaſon in Authen. ex teſtamento, C. de collat. Sucinus ſenior in conſi. 91. lib. primo, Rolandus à Valle, in conſi. 44. & in conſi. 70. lib. quarto, Natta, in conſil. 106.

Contrarium docuerunt Decius, in l. illud, nume. 6. C. de collation. Cagnolus in l. ſi emancipati, nume. 190. C. eodem, & antea eos Corneus in dicta Authen. ex teſtamento, col. 2. C. eod. Ioan. Petrus Surdus, in conſil. 143. num. 54.

Et hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior.

C Nam hæc eſt ſimplex donatio, quæ regulariter non confertur, vt in d. l. illud, circa finem, C. de collationibus. De dote tantum & donatione propter nuptias cautum eſt, vt conferantur à filiis, qui in poteſtate ſunt, l. vt liberis, C. eodem tit.

Argumenta contrariæ ſententiæ non obſtant. Primū eſt, quia quando donatio ualet ab initio, tunc ceſſat illa ratio, de qua in præcedenti capite diximus, quod uidelicet filius videtur acquiſiuiſſe poſt patris mortem, quo caſu collationi locus non eſt.

Reſpondeo, illam quidem rationem aptam eſſe ad impediendam collationem, ſed non ſi illa ceſſet, ſtatim erit collationi locus: quoniam collatio principaliter inſtituta eſt propter filium emancipatum, l. 1. ff. de collat. bonor. Et licet etiam ad filios, qui ſunt in poteſtate, fuerit porrecta, tamen non fuit porrecta ad ſimplicem donationē, ſed ad dotem & donationem propter nuptias, niſi quoties oritur inæqualitas inter liberos, vt in dicta l. illud,

D C. de collat.

Secundum argumentum eſt ex §. illud, in Authen. de Triente & Semiſſe, in illis verbis: *In dotem fortè, uel alio modo datas.* Sed nihil obſtat; quia hæc eſt Imperatoris ſententia, olim facto teſtamento à patre, locum collationi non fuiſſe, nec quoad dotem, nec quoad res atio modo datas. Ex hoc autem non rectè inferri poteſt hodierno iure, quo locus eſt collationi etiam teſtamento facto, conferendam eſſe non ſolum dotem, ſed etiam res alio modo datas: Sic enim quocunque modo data conferenda eſſent, quod eſt falſum.

Tertium argumentum eſt huiuſmodi: emancipati cōferre debent donationem ſimplicem, l. vt liberis, C. de collat. non alia ratione, niſi, quia donatio ſtatim ualet: ergo idem eſt iuris in donatione ſimplici facta filio in poteſtate, quando ſtatim ualet.

Reſpondeo, cauſam ob quam emancipatus conferre debet, aliam eſſe, nempe, iniuriam quam inferebat ſuo, id eſt, filio in poteſtate, l. 1. ff. de collat. bonor. quod autem

ſuus

ſuus conferre debeat emancipato, inductum eſt ex legibus A poſterioribus, quæ cum non de ſimplici donatione, ſed tantum de dote, & donatione propter nuptias loquatur, conſequens eſt, in donatione ſimplici collationem ceſſare: Excipio ſemper caſum illum, quo inæqualitas oriretur inter filios, ſi collatio ceſſaret, vt in d.l.illud, C. de collationibus.

CAPVT LXXXII.

Proponuntur aliæ concluſiones in materia collationis, & excutitur alia controuerſia de donatione facta filio ob cauſam matrimonij, an ſit conferenda.

DEcimaſeptima concluſio. Donatio collata in filium à patre, propter eius benemerita, non confertur, quia uidetur aduentitia, nõ profectitia, Barto.in l.1.§.nec Caſtrenſe, nume.11.ff.de colla.bonorum. Corneus, in Au- B then.ex teſtamento, nume.12.C.de collat. & Alexander ibid.num.6. Iaſon, in l.filiæ, nu.2.C.eod. Vitalis, de collationibus, quæſt.1.

Sed controuerſia eſt, ſi pater filio aliquid donauerit, vt matrimonium contraheret cum muliere aliqua nobili, quæ alioquin nolebat ei nubere, vtrum conferri debeat? Negant Crauetta, in conſi.85. & Ioan.Petrus Surdus, in conſi.143. & huic ſententiæ ſanè tradita per Burſatum, in conſi.188. num.11.lib.2. Affirmant Franciſcus Becius, in conſi.20. & Rolandus à Valle, in conſi.44.& 79. lib.4.

Prioris ſententiæ, quam amplector, illud eſt fundamentum, quod nulla lege cautum eſt, id genus donationis collationis regulis obnoxium eſſe. Eſſe autem ita permiſſum argumentari, oſtendit l.illam, C.de collationibus.

Fundamentum autem contrariæ ſententiæ illud eſt præcipuum, quod donatio, de qua agitur, nõ ſit ſimplex, C ſed ob cauſam, nempe, contrahendi matrimonij; ac proinde conferenda ſit, ſicut dos, & donatio propter nuptias, cui uidetur ſimilis eſſe, & id genus aliæ donationes, quæ ualent ab initio, quia non habet in illis locum ratio, quæ in donatione ſimplici, quæ non confertur.

Reſpondeo, dotem, & donationem propter nuptias collationi ſubiacere, hanc uerò nec donationem propter nuptias eſſe, nec ei ſimilem, quia donatio propter nuptias, eſt neceſſaria, tenetur enim pater eam pro filio ſuo conſtituere, l.vlt. C.de dotis promiſſio. ſed ad huiuſmodi donationem, vt filius uxorem inueniat nobiliorem, vel ditiorem, non eſt obligatus pater. quare vt maximè non dicatur hæc donatio ſimplex, non tamen dici poteſt ob cauſam neceſſariam, ad ſimilitudinem dotis, & donationis propter nuptias, vt proinde conferenda ſit, ſicut dos, & donatio propter nuptias conferri debet.

CAPVT LXXXIII. D

Proponuntur omnes aliæ concluſiones, & quomodo accipienda ſit l.vlt. C. de collation. explicatur.

DEcimaoctaua concluſio. Quæ pater donauit cauſa ſtudiorum alteri ex filijs, conferenda non ſunt, l.quæ pater, l.prima, ff. famil. herciſc. notant Barto.in l.prima, §. nec Caſtrenſe, num.8.de collat.bonorum Alexander, ad l.ſi donatione, in fine, C.eodem titu. Vitalis, de collat.quæſtio.18. Niſi filius pecuniam malè conſumpſerit, Authen. Quod locum, & ibi notat Bar.C.eod. & ibidem. Decius, nume.7. Item, niſi pater declarauerit ſe uelle, vt conferantur. Vide Crauettam, in conſi.125. Item, niſi habeat pater bona propria ipſius filij, argum. l.vlt. ff.de petitio.hæred. Vide de his omnibus Hartmannum Piſtorium, lib.1.Quæſt. iuris, cap.19.

Decimanona. Quod filius induſtria & labore ſuo quæſiuit ex pecunia patris, pro dimidia parte conferendum eſt, pro altera dimidia non eſt conferendum; quia partim aduentitium iudicatur, partim profectitium, ex traditis per Glo.in l.1.C.pro ſocio. Vide Bar.in l.1.§.nec Caſtrenſe, ff.de collat.bonor. Decium, in l.illud, nu.10. C.eod. Crauet.in conſil.125.nume.10. Vitalem, de coll. q.10.& q.27.

Sed quæritur, quo modo accipiendum ſit, quod in l. vlt.C.eodem conſtitutum eſt: *Vt nemini de cætero*, inquit Iuſtinianus, *ſuper collatione dubietas oriatur: neceſſarium duximus Conſtitutioni, quam iam fauore liberorum fecimus, hoc addere, vt res quas parentibus adquirendas eſſe prohibuimus, nec collationi poſt obitum eorum inter liberos ſubiaceant. Vt enim Caſtrenſe peculium in commune conferre in hæreditate diuidenda, & ex priſci iuris autoritate minimè cogebantur, ita & alias res, quæ minimè parentibus adquiruntur, proprias liberis manere cenſemus:*

Reſpondet Sapotta tract.de collation.cap.5. accipiendum id eſſe de filijs in poteſtate exiſtentibus. Sed communior eſt ſententia, tam de ſuis, quam de emancipatis accipiendum, vt notant Alexander, Iaſon, & Decius, in commentarijs illius legis, argumento ſumpto ex l.cum duobus, 52.§.idem Papinianus, ff.pro ſocio, vbi Iuriſcõſultus, emancipatos filios ea ratione bona caſtrenſia, vel quaſi, non conferre deducit, quia ea non acquirerentur patri, licet in eius eſſent poteſtate. Igitur & nobis ita licebit argumentari; quia parentibus non acquirerent aduẽtitia bona filij emancipati, licet in eorum eſſent poteſtate; ideo talia bona non eſſe conferenda.

Quod autem ex d.l.vlt.conſtitutũ eſt, aduentitia non eſſe conferenda, intelligendum eſt, quando parenti ipſi ſucceditur: Tunc enim filius, qui vel à matre, uel aliunde bona acquiſiuit, ea non tenetur conferre: Cæterum, ſi de matris ipſius, uel alterius ex aſcendentibus agatur ſucceſſione, dubitandum non eſt, quin dos, & donatio propter nuptias, ab eis data, conferenda ſint, vt in l. vt liberis, C. de collatio. & ibi Iaſon notat, & declarat optimè.

Alia de materia collationis notatu digna legi poterũt apud Beroum, cõſi.54.lib.primo, Alciatum, in conſ.663. Surdum, d.conſi.143. Iacopinum Riminaldum, in conſil.228.lib.2. Hieronymum Gabr.in conſi.96. Ruinum, in conſi.163.num.11.lib.2. D.meum Cephalum, in conſil.184.num.20.lib.2.

Illud non probo, quod Surdus d.conſ.143 docet, collationem ceſſare, quoties hæres inuentarium confecit. Nulla enim lege id probari poteſt. Nec id inter inuentarij commoda à Iuſtiniano recenſetur, vel ab alijs, & quoniam collationis onus eſt annexum ipſi hæreditati & ſucceſſioni, vt dicebat Iacopinus Riminald.in d.conſil.228.lib.2. propterea inuentarij confectio hæredẽ non liberat ab eo.

CAPVT LXXXIV.

Controuerſiæ aliquæ, an hæreditas pacto dari poſſit. Et primà, quid ſi non tota hæreditas, ſed pars bonorum ex pacto detur, an valeat.

CErti iuris eſt, hæreditatem pacto dari non poſſe, l.hæreditas, C.de pactis conuentis, l. ex eo, C.de inut.ſtip. Sed controuerſiæ ſunt nonnullæ ex uariis cauſarum circumſtantiis. Et prima eſt, quid iuris, ſi non hæreditas tota, ſed pars bonorum in pactum deducatur, an valeat pactum? Et reſpondit Baldus valere, in l.vlt. C. de pactis. Sequitur Alexander, in conſi.29.lib.quinto, nume.10. Decius, in conſi.578. nume.9. alios in eandem ſententiam refert & ſequitur Menochius, in conſ.1. num.161.lib.1.

Contrarium multos reſpondiſſe teſtatur Tiraquellus,

eos

eos citans, de iure primogeniorum, q. 6. nu. 14. Sed re vera loquuntur ab eo citati, de pacto, quod fit de parte hæreditatis, non autem bonorum. In quibus tamen terminis multi ex antiquis valere putabant pactũ, existimãtes pmissum eẽ de parte hæreditatis pacisci, licet nõ de tota.

Sed quod ad pactum partis bonorum attinet. Alciatus in cons. 114. nu. 3. existimat illud non valere, quoties obuentionem bonorum continet, quod accidit, quando paciscentes non se obligant ad quicquam dandum, vel faciendum, sed verba referunt ad bonorum peruentionem: tunc enim, siue de certa parte bonorum agatur, siue de tota successione, respondit pactum non valere.

Franciscus Bursatus hanc rem copiosè adductis autoritatibus tractans, in cons. 136. nu. 37. 38. & sequent. lib. 2. in ea videtur esse sententia, vt valeat huiusmodi pactum partis bonorum, si de certis bonis intelligatur, puta partis bonorum immobilium, vel feudalium, vel huiusmodi. Cæterum aliter dicendum, si pactum sit de parte bonorum omnium.

Fundamentum prioris sententiæ, quæ videtur magis communiter recepta, illud est; quia tale pactum non impedit liberam testandi facultatem, cum paciscens de reliquis bonis testari possit. Et cum non contineat huiusmodi pactum hæreditatem ac successionem, nihil obstat ei lex, quæ vetat pactis hæreditatem dari.

Fundamentum Alciati est, quoniam pactum, quo continetur obuentio bonorum, non valet præterquam inter milites, l. licet, C. de pactis.

Ego puto huiusmodi pacta non valere; Primò, quia nulla lex proferri potest, quæ illa tueatur. Secundò, quia nulla iuris ratione confirmantur. Tertiò, quia non leuis coniectura suppetit legibus nostris ea non probari. Nullam extare legem pactiones istas iuuantem, manifestum est: Nam donatio quidem mortis causa legibus probatur, necnon aliæ vltimæ voluntates & contractus, per quos hæredes nostri ad aliquid dandum vel faciendum obligantur, quamuis obligatio ab ipsis hæredibus incipiat, l. vni. C. vt actio. ab hæredibus & contra hæredes incip. Sed nos loquimur iam de pactis istis nudis, non autem in aliquem specialem contractum transeuntibus, vel in donationem mortis causæ.

Nullam iuris rationem suppetere, qua iuuari possint, ex eo perspicuum videtur; quoniam cum certi sint modi iure introducti solenniter, ex quibus bona post mortem conferantur, nempè testamentum, Codicillus, Donatio mortis causa, Legatum, fideicommissum, & similia iuris ratio postulat, vt non alios nobis propria autoritate fingamus, cum satis multi ac solẽnes à iure suppeditẽtur.

Denique non leuem esse coniecturã, eas pactiones legibus improbari, facilè colligitur ex l. licet, C. de pact. ex l. hæreditas, C. de pactis conuentis, & alijs similibus.

Nec quenquam mouere debet illud argumẽtum, quo dicitur, ideo pacta ista improbari, quia videntur auferre liberam testandi facultatem: & ideo quoties non de tota hæreditate, sed de parte tantum, vel bonorum, vel hæreditatis disponunt, seruanda esse; quoniam ratio, cur ea pacta improbentur, illa est præcipua: quia hæreditas pacto non datur, l. hæreditas, C. de pact. conuent. & alij sunt modi solennes constituti, quibus de bonis suis quis post mortem rectè disponat; quos sequi proinde nos oportet, non alios nouos, & autoribus legum ignotos excogitare.

CAPVT LXXXV.

Secunda controuersia, quid si pactum fundetur in persona promittentis, non autem bona, siue bonorum obuentionem respiciat, an valeat?



Communiter recepta est distinctio in hac materia pacti de futura successione nuncupati; vt siquidem fundetur in persona paciscentis, valeat, si verò bonorum obuentionem contineat, non valeat. Exemplum prioris capitis. Promit-
A to tibi omnia bona mea præsentia post mortem meam valet eiusmodi pactum. Posterioris autem exemplum: Promitto tibi, quod post mortem meam bona mea ad te peruenient. Ita Bartolus, in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verbor. obligat. in l. vltima, numero vndecimo, C. de pactis & in consilio 204. Promitto tibi, & tu mihi. Oldradus, in consilio 139. Curtius iunior, in consilio decimoquinto, Decius, in consilio 225. 236. 613. Cacheranus, decisione Pedemont. 100. numero vigesimoquinto, Berous, consilio 30. numero 28. libro tertio, Celsus Vgo, in consilio 100. Hieronymus Gabrielius, in consilio 137. numero 16. Bursatus, in consilio 136. num. septimo, Purpuratus in consilio 538. numero secundo, libro secundo, Simon Pretus consilio 123. numero decimo.

Fundamentum est, quod attinet ad primum caput; quia iure cautum est, obligationes incipere posse ex persona hæredis, l. prima, C. vt actiones ab hæredibus &
B contra hæredes incipiant. Cum ergo quis ita promittit bona sua, vt in eius persona fundetur promissio, tunc obligatio incipit eo mortuo, aduersus hæredem, & is bona promissa restituere tenetur, nisi in pactum deducta essent tam bona præsentia, quam futura; tunc enim videretur pacto hæreditas dari; & ideo non valeret, & diceretur esse contra bonos mores, quia per illud pactum auferretur libera testandi facultas, si paciscens nihil sibi, de quo testari posset, reseruaret. Cæterum, quando non in persona paciscentis fundatur pactum, sed ad bona refertur, videtur ex eo hæreditas ac successio dari, ac proinde pactum non valet, l. hæreditas, C. de pactis.

Sed, vt liberè dicam id, quod sentio, non puto veram esse hanc doctrinam; ac proinde controuersiam ipse moueo hac in re, licet nemo forsan hucusque mouerit. Existimo enim neutro casu pactum valere. Et quoniam omnis difficultas est in primo capite distinctionis, eo dirigam argumentum meum, vt fundamentum do-
C ctrinæ communis euertam. Aiunt Doctores, ideo pactum valere: quia obligatio tunc incipit ab hærede promissoris, ex quo apparet promissorem non voluisse hæreditatem pacto dare, sed suum hæredem obligare ad bona promissa tradenda, quod permissum esse indicat l. 1. C. vt actio. ab hæred.

Sed contra ostendam legibus improbari etiam illud pactum: quo non immediatè hæreditas datur, sed hæres promissoris incipit ex pacto obligari. Ostendam hoc ex l. hæreditas, C. de pactis conuentis. Ait textus: *Hæreditas extraneis testamento datur. Cum igitur adfirmes dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, vt post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent quæ dotis titulo tibi non sunt obligata: intelligis nulla te actione posse conuenire hæredes, seu successores eius, vt tibi restituantur, quæ nullo modo debentur.*

Hic perpendunt Doctores illa verba, *vt post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent.* Et quia ad bona, siue
D ad bonorum peruentionem referuntur, ideo putant pactum non valere. Ego contra perpendo ex hoc textu, illa verba, ac totum responsum Diocletiani, euertere eorum traditionem: quod ita planum facio. Si pactum valeret eo casu, quo bona quis promittit post mortem suam, ita vt promissio fundetur in persona eius, obligatio autem, siue actio contra hæredes incipiat, deberet etiam valere in ea specie, de qua loquitur Diocletianus: quia etiam in ea specie obligatio & actio incepit contra hæredes. Id patet ex illis verbis textus: *Intelligis nulla te actione posse conuenire hæredes, vt tibi restituantur, quæ nullo modo debentur.* His enim verbis perspicuum est, paciscentem voluisse quidem suum hęredem obligare in ea specie, & tamen pactum non valet. Si enim noluisset paciscens suum hæredem obligare, sed immediatè sua bona ad eum peruenire, cui promiserat, non erat, cur dubium esset, an hęres promissoris conueniri posset. Sed quia hæc erat vis pactionis, vt etiam hæredem obligaret, ideo quæsitum est, an hæres conueniri posset: & negat posse conueniri: quia

quæ promissa sunt, non debentur. ratio est; quia pactum non valet.

Et certè, si verum amamus, nullum videtur esse discrimen quoad rei substantiam; vtrum quis dicat, promitto tibi bona mea post mortem; vel promitto, quod bona mea post mortem meam ad te pertinebunt, vel peruenient. Vtroque enim in casu promissor videtur obligasse suum hæredem ad bona stipulatori tradenda. Sed non valet eiusmodi pactum; quia effectu inspecto, nihil aliud in eo continetur, quàm successio & hæreditas: Et notum est omnibus, leges verbis impositas non esse, sed rebus, l. 2. C. commu. de leg.

Tertiò inspiciamus diligenter fundamentum communis sententiæ. Sic ait Iustinianus in l. prima, C. vt actiones ab hæredibus & contra hæredes incip. *Cum stipulationes & legata, & alios contractus post mortem compositos, antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi omnium vtilitate recepimus: consentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas vtebatur, more humano emendare. Ab hæredibus enim incipere actionem, vel contra hæredes, veteres non concedebant, contemplatione stipulationũ, cæterarumque causarum post mortem conceptarum. Sed nobis necesse est, ne prioris vitij materiam relinquamus, & ipsam regulam de medio tollere: vt liceat & ab hæredibus, & contra hæredes incipere actiones, & obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum, voluntates contrahentium impediantur.*

Hac lege non hoc statuit Iustinianus, vt generaliter & absolutè valeat, & seruandum sit ab hærede promissoris omne pactum, & præsertim illud, de quo nostra est disputatio; sed hoc voluit, vt licet olim actio, nec contra hæredem, nec ab hęrede incipere posset, quia stipulationes & obligationes, & contractus post mortem compositos antiqui respuebant, nunc actio incipere ab hærede, & contra hæredem possit; quia tales contractus & obligationes recepti sunt.

Post mortem suam nemo dari sibi stipulari poterat, non magis, quàm post eius mortem, à quo stipulabatur, inquit Imperator in §. post mortem, in Instit. de inutil. stipul. Hoc ergo ius antiquum est emendatum, quamobrẽ nũc licet stipulari sibi dari post mortem suam, & quis promittere potest se daturum post mortem suam, & tunc actio incipiet ab hærede, & contra hæredem; Ergo non inficior cuilibet licere, ita se obligare stipulando, contrahendo, legando: sed nego licere extra contractus causam, vel donationis causa mortis, vel legati aliamvè similem receptam causam, bona sua in pactum deducere, vt scilicet post mortem promissoris ea quis obtineat. Est enim hoc pactum futuræ successionis, pactum, quo hæreditas datur, si non quis ad verborum corticem attendat, sed rem ipsam penitius contempletur.

At inquiunt, in priori casu, cum quis promittit bona sua post mortem, refert suam promissionem post mortem, & tunc incipit obligatio & actio aduersus hæredem, quod est permissum. Sed contra idem accidit, & in posteriori casu, & tamen pactum non valet, dicta l. hæreditas, cum enim sic dico: Promitto tibi, quod bona mea peruenient ad te post mortem meam; nonnè obligo me ipsum ad hoc, vt bona consequaris post mortem meam? Consequenter nonnè & meum hæredem obligo, vt hoc ipsum adimpleat? Hæres enim obstrictus est omnibus obligationibus, quibus defunctus tenetur, l. 1. C. si certum pet. l. 2. qua persona, de reg. iur. l. pro hæreditariis, C. de hæred. act.

Illam igitur distinctionem valere iubeo, & germanam solidamque traditionem amplector, eiusmodi pactiones non valere, Eruditorumq; Iurisconsultorum iudicium ac sententiam expecto.



A **C A P V T LXXXVI.**

Pactum de futura successione reciprocum, an valeat.



Equitur tertia controuersia de pacto futuræ successionis an valeat, si reciprocum sit. Etenim multis placuit illud valere. ita Marsilius singulari 333. citans in hanc sententiam Oldradum in consil. 139. Ioan. And. ad Speculat. titu. de instrument. editione, §. Porrò, col. vlt. Alexand. in l. licet, C. de pact. Angelum in consil. 179. Iasonem in l. si pater puellæ, C. de inoffic. testamen. Eandem sententiam sequitur Mynsingerus Centur. 2. Obserua. 33. Viuius commu. opin. in verb. Pactum, 1. nu. 12. alios refert Tiraquell. de iure primogenior. q. 6. nu. 5.

Sed contrarium docuerunt Bartol. in dicta l. licet, C. de pactis. & in consil. 212. Alexand. in consil. 28. libro 3.
B Decius in cons. 225. num. 3. Iason consil. 87. num. 3. libro 2. Parisius in consil. 24. num. 77. lib. 2. Curtius iunior in consil. 15. Tiraquell. de iure primogeniorum, quæstio. 6. num. 24. Osasehus decisio. Pedemont. 100. num. 22. Bursatus in cons. 136. num. 13. Hieronymus Gabriel. in cons. 137. non procul ab initio. Petrus Pechius de Testamentis coniugum, lib. 1. cap. 7.

Eandem sententiam sequi videtur Andreas Geyll, lib. 2. Obser. 136. sic enim ait: *Distinguendum esse, ne impingamus in hoc difficili articulo, vtrum fiat promissio mutua de succedendo causa donationis inter viuos, an verò simplex promissio per pactum de successione reciproca. Primò casu valet promissio; quia non est pactum futuræ successionis: sed obligatio descendens ex contractu de præsenti inter viuos celebrato, licet effectum post mortem sortiatur, ideoq; valet, & tenet irreuocabiliter. Secundo casu promissio non valet, quia, si duo pluresvè paciscantur inuicem, vt alter alteri deficientibus liberis succedat.* Hactenus ille.

C Idem latè concludit Simon Pretus in consil. 123.

Ego posteriorem hanc sententiam absque omni hæsitatione amplector, si quæstio sit inter priuatos; secus, si inter milites, autoritate l. licet, C. de pactis. vbi Diocletianus: *Licet inter priuatos huiusmodi scriptum, quo comprehenditur, vt is, qui superuixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis causa gestæ efficaciter speciem ostendat: tamen cum voluntas militum, quæ super vltimo vitæ spiritu, deque rei familiaris decreto quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi iudicij obtineat, proponasq; te ac fratrem tuum ad discrimen prælij pergentes ob communem mortis fortunam inuicem esse pactos, vt ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem vitæ attulisset, pertinerent, existente conditione intelligitur ex fratris tui iudicio, (quod Principalium Constitutionum prompto fauore firmatur) etiam rerum eius compendium ad te delatum esse.*

Hac lege videtur mihi apertè decisa hæc controuer-
D sia, valere quidem eam conuentionem inter milites; inter priuatos autem non valere.

Huc accedat ratio legis; pacto videlicet hæreditatem dari non posse, l. hęreditas, C. de pactis conuentis, locum enim habet etiam, vbi pactum est reciprocum.

Nec difficile est ad argumentum Marsilij respondere, qui autoritate multorum abuntur in hoc articulo. Illud enim in eo positum est, quod vicissitudo illa multa operari soleat, & ideo licet donatio inter virum & vxor. regulariter non valeat, tamen valet, si sit reciproca, vt tradit Iason in l. si pater puellæ, C. de inoff. testam.

Item licet donatio excedens quingentos aureos non valeat absque insinuatione, tamen valet, si sit reciproca, Angelus in cons. 179. & alij.

Sed omnibus istis exemplis vno verbo respondetur, dato, quod vera sint, longè esse dissimilia, nec ad hanc speciem rectè applicari, in qua & legis autoritas, & eius ratio apertè aduersantur, perspicuumq; est vicissitudinem nihil prorsus operari.

CA-

CAPVT LXXXVII.

Pactum de futura successione in contractu matrimoniali adiectum an valeat.

CONuentiones de futura successione pactis matrimonialibus adiectas, vt puta, quod solus primogenitus ex eo matrimonio succedat, valere, autores sunt plurimi; Guido Papæ, q. 267. & 505. & alij, quos refert & sequitur Menoch. in cons. 1. n. 162. lib. 1. Et prætermissis leuib. argumentis adducti in hanc sententiam sunt ex l. Diui Constantini, C. de naturalibus liber. in illis verbis: *Pactis, quæ matrimonij tempore super dotibus, vel ante nuptias donationis rebus, subsecuta fuerint, etiam ad ipsorum personas pertinentibus: vt vna cum fratribus suis postea ex eisdẽ parẽtibus fortè progenitis, aut soli (si nullus alius sit procreatus) dotis & ante nuptias donationis pro tenore, legum, nec minus pactorum emolumenta percipiant.* Idem ferè probat l. si inter, ff. de pactis dotalibus.

Sed istis ego non assentior, immò contrariam sententiam amplector, quam defendit post alios, quos adducit latè Tiraquellus, de iure primogeniorum, q. 6.

Et moueor ex claris legibus, quæ disertè declarant, non valere huiusmodi pacta, etiam in contractu matrimoniali, nempe, ex l. pactum, 25. C. de pactis. *Pactum*, inquit textus, *quod dotali instrumento comprehensum est, vt si pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat cum fratre heres patri suo esset: neque vllam obligationem contrahere; neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.* Et ex l. Hæreditas, C. de pactis conuentis. Diocletianus: *Hæreditas extraneis testamento datur. Cum igitur affirmes dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, vt post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent: quæ dotis titulo tibi non sunt obligata, intelligis, nulla te actione posse conuenire heredes seu successores eius, vt tibi restituantur, quæ nullo modo debentur.*

His legibus, quæ tamen satis perspicuæ sunt, & ad rẽ maximè pertinent, nullum à quoquam ex contrariæ sententiæ autoribus allatum responsum legi. Contra vero ad leges contrariæ sententiæ plana est responsio, eas loqui de pactis circa dotem, & donationem propter nuptias, vt patet ex ipsis verbis dictatum legum. Nemo autem negat ea pacta valere: sed nostra quæstio est, an valeant extra dotis & donationis propter nuptias causam. Et ideo non sine causa Diocletianus in d. l. Hæreditas, C. de pactis conuentis, addidit illa verba: *quæ dotis titulo tibi non sunt obligata.* Sciebat enim pacta eiusmodi circa dotem & donationem propter nuptias inter coniuges valere, & seruanda esse.

CAPVT LXXXVIII.

Excommunicatus an possit testari.

VEtus est controuersia de excommunicato, an possit testamentum facere; & licet non dubium sit, quin communior sententia potestatem illi hanc faciat, excepto tamen hæretico & læsæ maiestatis reo, vt in c. excommunicamus, §. credentes, de Hæreticis, in c. felicis, de pœnis, lib. 6. sicuti testatus est olim Fridericus Senẽsis in cõsil. 74. & non ita pridem Antonius Gabrielius, libro 4. commun. conclus. tit. de testamentis, concl. 1. Couuar. ad Rubr. de testamentis, in 2. parte, num. 18. Clarus in §. testamentum, q. 24. tamen mihi videtur iuris rationi magis consentanea contraria sententia, quam Glos. sequitur in c. decernimus, de senten. excommu. lib. 6. Hostiẽsis in cap. pia, de except. in 6. Et quidam alij, qui citantur in locis annotatis. Nam si liceret excommunicato facere testamentum, liceret eidem etiam cum alijs communionem habere, & actus legitimos exercere. Neque

A enim testamentum quis facere potest, nisi testes adhibeat, & coram eis suam voluntatem enunciet. Adhiberi solet etiam Notarius, qui de testamento instrumentum conficiat, vt notum est. Sed quin hæc excommunicato interdicta sint, dubium non est. ideo excommunicatus neque agere, neque patrocinari, neque testificari potest, dicto cap. decernimus, de senten. excommun. lib. 6. Ergo nec testari: Est enim par ferè ratio. Et iam constat testamenti factionem in superioribus casibus expressè interdictam, scilicet hæretico, & læsæ maiestatis reo, qui sunt excommunicati.

Nec difficile est ad argumenta communioris sententiæ respondere; Illa enim diligenter à Friderico Senensi commemorantur. Primum est; quia testamenti factio non est prohibita excommunicato, ergo intelligitur permissa, vt notat Glos. in l. si quæramus, ff. de testamẽ. Respondeo, etsi nominatim prohibita non sit, tacitè tamen prohibitam censeri, ex eo, quod excommunicatus
B ab omni fidelium communione exclusus est, & prętereà nominatim esse prohibitam in duobus casibus, vt suprà.

Secundum argumentum est: quia excommunicatus retinet dominium bonorum suorum; ergo de illis ad libitum suum disponere potest. Respondeo, non esse bonam consequentiam, nisi eatenus disponat, vt non cum fidelibus communionem habeat: hoc enim est ille beneficio priuatus; Et ideo testari non potest, quia sic communicaret cum alijs.

Tertium argumentum est; quia si dicamus valere testamentum, est maior fauor eorum, ad quos bona excommunicati peruenient, quàm ipsius excommunicati, ergo propter vtilitatem nostram, debemus dicere testamentum valere. Respondeo, negando consequentiam; quia immò si testari excommunicatus non possit, nihilominus bona eius ab intestato ad legitimos transeunt hæredes. Nec propter bona temporalia debemus
C concedere, vt excommunicato liceat cum alijs communicare, sed tantum id licet propter salutem animæ suæ, vt in capitulo cum voluntatem, de sentent. excommunicat.

Quartum argumentum: quia sunt quidam speciales casus, in quibus excommunicatus testari nõn potest, nempe, propter hæresim, & crimen læsæ maiestatis, vt dictum est; ergo in alijs casibus licebit excommunicato testari. Respondeo, non esse casus speciales illos. Neque enim dicitur specialiter tantum in illis casibus testamentifactionem denegari excommunicato, in d. c. Felicis, de pœnis, in 6. & in cap. excommunicamus, §. credentes, de hæreticis.

Quintum argumentum est, quia sequeretur absurdum. Nam si iniusta esset excommunicatio, nihilominus testari non posset excommunicatus; Ergo si absolutus esset, quo casu debent omnia ei iura restitui, capitu. quia de causa, secunda quæst. quinta, tamen si decessisset,
D non valeret testamentum: & sic ei testamenti factio non restitueretur. Respondeo, si excommunicatus absoluatur eidem restitui quoque factionem testamenti, & ideo licet primum testamentum non valeat, quod fecit cum esset excommunicatus; valebit tamen aliud, quod facere poterit, cum erit absolutus: quod si non fecerit, erit illi imputandum.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum Clericus de fructibus bonorum ecclesiasticorum testari possit.

HAec est antiqua, celebris, & non parui momẽti controuersia. Vtrum Clerici, & alij Ecclesiastici viri de fructibus beneficiorum & præbendarum Ecclesiasticarum testari, tanquam veri eorum domini possint. Variæ ad diuersæ fuere

olim, & inter recentiores etiam Doctorum tum canonistarum, tum Theologorum sententiæ, vt videre licet ex interpretibus post Glos. ibi, in cap. præsenti, in verbo, *reseruari*, de offic. ordin. in 6. in cap. vlt. de peculio cleric. in cap. cum in officijs, vbi latè Couuar. de testament. Claro in §. testamentum, quæst. 27. vers. Quartò videndum est, Martino Nauarro in tractatu & Apologia de reditibus ecclesiasticis. Francisco Sarmiento in libris de reditibus ecclesiasticis, vbi triginta commemorat opiniones, nouissimè ex Reuerend. P. Gregorio de Valentia, Theologiæ hic professore celeberrimo, quem omnes propter singularem eius doctrinam, sanctitatem, & prudentiam cum primis veneramur. Tomo 3. comment. Theologicorum. disputatione decima, quæstio. 3. de statu Episcoporum.

Ego breuiter sententiam meam aperiam, eamque cōfirmabo, tum ad argumenta contrariæ sententiæ respondebo, qui plura hac de re scire cupiet, supra dictos in locis annotatis consulere poterit.

Existimo clericos & alios ecclesiasticos viros, testari posse de fructibus beneficiorum ecclesiasticorum, quę illis supersunt vltra necessitatem eorum, & moueor hoc argumento: De quacunque re testari quis potest, cuius dominus est, si nulla lege testari prohibeatur: Sed clerici & alij ecclesiastici viri domini sunt huiusmodi fructuum, & nulla lege testari prohibentur, ergo testari possunt.

Maior propositio probatur, quia testamentum nihil aliud est, quam iusta voluntatis nostræ sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, l. 1. ff. de testamē. Nemo autem disponere potest, quid fieri velit nisi de eo, cuius est dominus, vt patet. quod autem de rebus suis quilibet testari possit, probatur, quia testandi facultas omnibus est concessa, exceptis ijs, quib. prohibita est. *Nihil est enim, quod magis hominibus debeatur, quàm vt supremæ voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stylus & licitum, quod iterum non redit, arbitrium.* l. prima, C. de SS. eccles. Et ideo rectè docet Accursius in l. si quęramus, ff. de testament. quemlibet habere testandi facultatem nisi expresse prohibeatur, argument. l. ab ea, ff. de probat. & omnes Doctores communiter idem passim docent, nullaque est difficultas.

Minor autem propositio duas habet partes. Prima, clericos esse dominos eiusmodi fructuum. Altera, nulla lege expresse de his prohibitos esse testari. Quod ad primam partem attinet, probatur multis argumentis.

Primum est ex cap. vni. de clericis non residentibus, libro 6. in illis verbis: *Qui vero aliter de distributionibus ipsis quicquam receperit (illis quos infirmitas, seu iusta & rationabilis corporalis necessitas, aut euidens Ecclesiæ vtilitas excusaret) rerum sic receptarum dominium non acquirat, nec faciat eas suas*, &c.

His verbis Summus Pontifex dicit, clericos non residentes, non acquirere dominium, nec sua facere, quę percipiunt ex distributionibus, quę vocantur quotidianæ, quæ sine dubio nihil aliud sunt, quam fructus: aut certè nulla est ratio differentiæ inter eas, & alios fructus beneficiorum ecclesiasticorum. Ergò si clerici resideant, faciūt fructus suos, & eorum dominium acquirunt.

Et de fructibus ipsarum præbendarum idem constitutum est in Concilio Tridentino, Sess. 23. cap. primo, de reformatione, vt nimirum ecclesiastici habentes curam animarum, qui non resident, *non faciant fructus suos*. Ex quo similiter argumentari licet, si resideant, eos facere fructus suos; & per consequens eorum dominium acquirere.

Secundum argumentum est ex c. peruenit, de fideiussor. in illis verbis: *Alioqui de reditibus eorum præscripta debita faciatis exolui & damna eorum, quæ propter hoc pertulit, resarciri, aut prædictos reditus sibi assignetis tam diu sine molestia detinendos, donec ipsa damna resarcita, fuerint, & debita sine diminutione soluta.*

Hoc mandat Summus Pontifex, vt creditoribus clerici satisfiat ex fructibus & reditibus beneficiorum: quod argumento est, clericum dominium habere ipsorum fructuum. Neque enim ex rebus alienis iustum esset satisfieri creditoribus.

Tertium argumentum est ex ratione, qua vtitur R. P. Gregorius. Nam ministri ecclesiastici non debent esse peioris conditionis, quam alij Respubl. ministri: At alij Reipubl. ministri domini efficiuntur stipendiorum, quæ eis dantur; ergo eodem modo ecclesiastici ministri fiunt domini fructuum suarum præbendarum.

Quartum argumentum ego sic adfero. Aut viri ecclesiastici sunt vsufructuarij, & tunc fructus faciunt suos aut non sunt, sed administratores tantum, & tunc eos restituere tenentur; & consequenter rationem administrationis reddere cogendi sunt: sed hoc nullo iure cauetur, vt reddere compellantur administrationis rationem, & loquor in foro hoc externo; Ergo fructus sine dubio suos faciunt, alioqui cauendum erat aliqua lege, vt rationes reddere tenerentur.

Postremum argumentum est ex consuetudine. Nam optima est legum interpres consuetudo. l. si de interpretatione, ff. de legibus. Consuetudine autem receptum esse in Hispania, in Gallia, & in Italia, vt clerici pro dominis existimentur fructuum istorū, ac proinde de eis liberè disponant, testantur Couuar. & Sarmientus locis supra annotatis. Sarmientus inquam parte 4. de reditibus eccles. cap. 1. nu. 8.

Altera verò pars minoris propositionis, nulla lege prohibitum esse viris ecclesiasticis de fructibus beneficiorum suorum testari, probatur; quia nullus ex iure canonico locus adferri potest, vbi contineatur huiusmodi prohibitio. Notandū est enim nos loqui de fructibus præbēdarū & beneficiorum, non autem de bonis mobilibus, vel immobilibus ex fructibus, vel aliunde per ecclesiam acquisitis. Constat enim non licere clericis de eis testari ex cap. relatum, in 2. ex cap. cum in officijs, & ex capit. ad hæc, de testamentis. licet nonnulli res acquisitas ex fructibus, & fructus ipsos confundentes, existimauerint memoratis in locis prohiberi etiam de ipsis fructibus testandi facultatem: sed Decretales prædictæ non loquuntur de fructibus, sed de bonis acquisitis per ecclesiam. Sic enim ait textus in d. capit. Relatum: *Licet autem mobilia per ecclesiam acquisita de iure in alios pro morientis arbitrio transferri non possint*, &c. Et in c. cum in officijs: *Quidam clerici cum ab ecclesijs suis mutua beneficia perceperint, bona per eas acquisita in alios transferre præsumunt*, &c. Et clarius in d. c. ad hęc. *Præsentibus innotescat, quod clerici de mobilibus, quæ per ecclesiam sunt adepti, de iure testari non possunt.*

Quamobrem Iulius Clarus loco superius annotate, rectè bona quæsita ex fructibus ecclesiæ distinxit ab ipsis fructibus; Et nos etiam distinguenda esse putamus. Ratio autem diuersitatis illa potest adferri, quod licet clerici etiam huiusmodi bonorum acquisitorum ex fructibus sint domini, & ideo videantur posse de eis pro eorum arbitrio disponere, tamen cum per ecclesiam ea acquisiuerint, charitatis & gratitudinis ratio postulat, vt ea potius relinquant ecclesiæ, quam alijs. Et hoc est quod dicit textus in d. c. cum in officijs. *Cum in officijs charitatis, primo loco illis teneamur obnoxij, à quibus beneficium nos cognoscimus recepisse; contra quidam clerici cum ab Ecclesijs suis mutua beneficia perceperint, bona per eas acquisita in alios transferre præsumunt. Hoc igitur quia antiquis Canonibus constat inhibitum, nos indemnitati ecclesiarum prouidere volentes, siue intestati decesserint, siue alijs cōferre voluerint, penes ecclesias eadem bona præcipimus remanere.*

Hæc ratio Charitatis non ita viget in ipsis fructibus, quoniam fructus sunt ex rebus, quæ vsu consumuntur, & sicut ab ipso clerico, vtpote eorum domino consumi possunt, ita etiam ei licere debet eos testando in alios transferre, nec enim vt conseruentur pro ipsa ecclesia, ita ratio suppetit, vt in alijs bonis mobilibus vel immobilibus, quæ iam sunt acquisita, puta si vasa sint au-

rea,

rea vel argentea, suppellex & similia, quæ seruando seruari possunt, neque tam facilè vsu consumuntur.

Argumenta vero contrariæ sententię, quæ clericos dominos non esse contendit, ad hæc omnia reuocantur, quod ecclesiastica bona dicuntur Domino Deo donata, cap. qui Christi, 12. quæstio. 2. cap res ecclesiæ, 12. quæst. 2. quod ad pauperes pertineant, c. Præcipimus, & cap. ex his, 12. q. 1. quod clerici sint dispensatores, c. decimæ, 16. q. 1. c. quod autem, 13. q. 7. cap. 2. de donat. Sed istis & similibus, quæ in eandem sententiam latè adferri possunt; & à Nauarro & Sarmiento adferuntur, optimè respondet Reuer. P. Gregorius loco annotato, bona ecclesiastica Deo data esse, hoc est, propter Deum, & eius cultum, data ecclesiasticis. Ad pauperes pertinere, quia eleemosinæ ex reditibus ecclesiasticis impertiendæ sunt. Clericos esse dispensatores, & non dominos scilicet bonorum ipsorum ecclesiasticorum, mobilium vel immobilium; non autem fructuum, qui ex præbendis percipiuntur.

Ad probandum autem clericos non posse testari de huiusmodi fructibus beneficiorum & præbendarum, adferuntur à Nauarro hæc iuris Canonici loca, cap. Episcopi, & c. sint manifestæ, 12. q. 1. cap. 1. ca. quia Ioannes, cap. fixum, 12. q. 5. c. 1. c. ad hæc, c. quia nos, c. cum in officijs, c. relatum, in 2. de testam. Et præterea Auth. Licentiam, C. de episcop. & cler.

Respondeo, omnia hæc loca loqui & accipienda esse de bonis acquisitis per ecclesiam, vel ex rebus & fructibus ecclesiæ, non autem de ipsis fructibus. Percurramus singula.

Adfertur primò c. episcopi, 12. q. 1. *Episcopi*, inquit, *de rebus proprijs, vel acquisitis, vel quicquid de proprio habent hæredibus suis, si voluerint, derelinquant: quicquid vero de prouisione sua ecclesiæ fuerit, siue de agris, siue de fructibus, siue de obligationibus; omnia in iure ecclesiæ reseruare censemus.*

Respondeo, textum loqui de bonis, quæ constituta sunt pro ecclesiæ prouisione: nam siue agri sint, siue fructus annui, siue oblationes, illa omnia Episcopus in iure Ecclesiæ reseruare tenetur, non autem relinquere suis hæredibus potest, sicut bona propria. Itaque non loquitur textus de fructibus perceptis ab ipso Episcopo pro suo vsu ipsius, sed de fructibus, & aliis, quæ pertinent ad prouisionem ipsius ecclesiæ; quę merito reseruanda sunt ecclesiæ, non ad hæredes transferenda: sed quo minus fructus iam perceptos, & quorum dominus est Episcopus factus, hæredibus relinquere possit, non rectè inferri potest.

Adfertur 2. text. in cap. sint manifestæ, eadem causa, & quæst. qui loquitur de rebus ecclesiæ, non autem de fructibus præbendarum & beneficiorum: *Sint manifesta*, inquit, *res propriæ episcopi, si tamen habeat res proprias, & manifesta dominica, vt potestatem habeat de proprijs rebus episcopus moriens, sicut voluerit, & quibus voluerit derelinquere, ne sub occasione ecclesiasticarum rerum, ea, quæ Episcopi esse probantur, intercidantur.*

Tertiò, adfertur text. in c. 1. 12. q. 5. qui loquitur de rebus mobilibus ecclesiæ, vt patet illis verbis: *Itaque frater nitatem tuam, tempore quo ad nos fuit, conquestam esse recolimus, quod quædam mobilia, quæ Constantinus decessor noster testamenti serie legati titulo dereliquit, decreuisseque nos, ut si hoc constaret, nullum ex his ecclesia nostra præiudicium pateretur*, &c.

Quartò, text. eadem causa, & quæst. in c. quia Ioãnes. Sed loquitur de rebus ecclesiæ, non autem de fructibus, vt patet ibi: *Huius igitur Monasterij, & collectarum illic rerum, quia in testamento, q. condidit, fecisse noscitur mentionem, sciendum nobis est, non nos ideo ea confirmasse, quoniã eius supremam sequitur voluntatem*, &c.

Quintò, textus eadem causa, & quæst. in c. fixum. Sed loquitur de rebus acquisitis. Id patet ibi: *Postquam autem Episcopus factus est, quascunq; res de facultatib. ecclesiæ, aut suo, aut alterius nomine cõparauerit, decernimus, ut non in propinquorũ suorum, sed ecclesiæ, cui præest, iura deueniant.*

A Sextò, adferuntur cap. 1. cap. ad hæc, ca. cum in officijs, c. quia nos, c. relatum, in 2. de testam. quæ omnia loquuntur de rebus acquisitis per ecclesiam, nullum verbum de fructibus ecclesiæ. Tria ex his supra retulimus: restant duo, nempe cap. 1. & c. quia nos, In c. 1. sic dicitur: *Quicquid vero ecclesiæ, ante ipsius consecrationem esse cognouerit, vel in Episcopatus ordine prædictum Episcopum acquisiuisse, in eiusdem ecclesiæ dominio conseruetur.*

In c. quia nos, sic habetur: *De iis tamen, quæ consideratione ecclesiæ perceperunt, nullum de iure possunt facere testamentum.* Loquitur ibi Summus Pontifex de clericis, qui aliquid acquisiuerunt occasione ecclesiæ, quia scilicet ecclesiæ contemplatione eis datum fuit.

Denique textus in Auth. Licentiam, C. de episcop. & clericis, similiter de rebus acquisitis loquitur, vt patet ex illis verbis: *Cæteris rebus acquisitis ab eo, dominio ecclesiæ reseruatis*, &c.

B CAPVT XC.

Testamentum an valeat, quod confectum est non adhibitis iuris solennibus, sed statuti eo in loco vigentis, vbi testamentum est conditum, ex quo tamen loco testator oriundus non est?

VEtus controuersia est. Testamentum condidit aduena, exempli causa, Venetijs, secundum consuetudinem, quæ ibi viget, coram duobus vel tribus testibus; vtrum etiam vbique vires obtinere debeat? Oldradus in consil. 248. Pręsupposita consuetudine respondit non valere. & eiusdem sententiæ dicitur olim fuisse Iacobus de Arena. Sed contrarium docuit Bartolus in l. prima, C. de summa Trinit. num. 24. quem cæteri magis communiter sequuti sunt, vt videre licet ex Iasone ibid. num. 40. & in 2. lect. num. 82. vide Gabrielium libro 4. commun. C conclus. tit. de testamentis. conclus. 4. & Andream Geyll, lib. 2. Obseru. 123.

Argumenta Oldradi hæc sunt: Primum ex l. sed si accepto, ff. de iure fisci. Martianus; *Sed si accepto vsu togæ Romanæ* (obsides) *ut ciues Romani semper egerint; Diui fratres procuratoribus hæreditatum rescripserunt, sine dubitatione ius eorum ab obsidis conditione separatum esse beneficio Principali. Ideoq; idem ius eis seruandum, quod haberẽt si à legitimis ciuibus Romanis hæredes instituti fuissent.*

Sed hoc ad rem, qua de agitur, non pertinet. Etsi enim id Martianus à contrario sensu velit, obsides, qui vsu togæ Romanæ non accepto, Romæ fuerint, eodem iure non frui in bonis, quæ eis relinquuntur, quo cæteri fruuntur, qui à ciuibus Romanis hæredes instituti sunt non tamen ex hoc quicquam inferri potest ad rem nostram. Est res planè diuersa, dissimilis, aliena prorsus. Nostra enim disputatio est, an peregrinus & aduena testamentum faciens adhibitis solennibus ex consuetudine D loci, in quo testamentum fit, rectè id fecerit, vt proinde etiam alibi valeat, quæ res cum Martiani responso nihil habet commune.

Secundum argumentum est ex l. si non speciali, C. de testamen. Diocletianus: *Si non speciali priuilegio patriæ tuæ iuris obseruatio relaxata est, & testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet.*

Sed nihil vrget hoc argumentum. Nam textus loquitur de eo, qui testamentum fecit in patria sua non seruatis solennibus, & ideo dicit illud non valere, nisi priuilegio speciali patriæ suæ iuris solennitas relaxata sit. Nos vero loquimur de aduena & peregino, qui eo in loco testamentum facit, vbi iuris solennitas relaxata est.

Tertium est ex l. vlt. C. de testa. vbi consuetudo testandi non adhibitis solennibus iuris approbatur duntaxat in locis rusticorum, in quibus literatorum copia non est: Ergo in alijs locis adhibenda sunt iuris solennia.

Sed nihil prorsus facit; quia nostra q̃stio iã supponit

relaxatam esse iuris solennitatem in loco, in quo testamentum conficitur: sed in eo tantum est difficultas, an & peregrinus eodem iure potiatur in testamento ibi condendo, qua de re nihil in d. l. vlt.

Quartum argumentum est ex l. nummis, de legatis tertio, in illis verbis: *Si neque ex consuetudine patrisfamilias, neque in regione, vnde fuerit, neque ex contextu testamenti possit apparere.*

Nihil valet; quia hoc Iurisconsultus dicit: *Nummis indistinctè legatis hoc receptum esse, vt exiguiores relicti censeantur*, si neque ex consuetudine patrisfamilias, &c. quæ res longissimo distat à quæstione hac nostra interuallo, vt patet.

Argumenta verò Bartoli hæc sunt; Primum est ex l. 2. C. quemadmod. testam. aper. Valerianus: *Testamenti tabulas ad hoc tibi à patre datas, vt in patriam perferantur, affirmans, potes illuc perferre, vt secundum leges moresque locorum insinuentur.*

Hoc argumentum nihil probat. Nihil enim aliud dicit Valerianus Imperator, nisi testamenta secundum mores & leges locorum publicanda & aperienda esse. Sed nostra disputatio est, an leges moresque locorum locum habeant in peregrinis, & aduenis; vsque adeò, vt testamentum quod ibi fit secundum leges, & mores loci à peregrinis & forensibus, alibi quoq; valere debeat, qua de re nihil respondit Imperator.

Secundum argumentum est ex l. 1. C. de emancipat. liberor. Diocletianus: *Si lex municipii, in quo te pater emãcipauit, potestatem Duumuiris dedit, vt etiam alienigenæ liberos suos emancipare possint: id quod à patre factum est, suam obtinet firmitatem.*

Nihil probat, primò; quia non loquitur de solennitate actus; sed de potestate faciendi. secundò, quia requirit nominatim, datam esse potestatem Duumuiris, quæ etiã ad alienigenas extendatur.

Tertium argumentum est ex l. vlt. ff. de milit. testamẽ. Vlpianus: *Rescripta Principum ostendunt, omnes omninò, qui eius sunt gradus, vt iure militari testari non possint, si in hostico deprehendantur, & illic decedant: quomodo velint, & quomodo possint testari: siue Præses sit prouinciæ, siue quis alius, qui iure militari testari non potest.*

Nihil probat: quia hoc Vlpianus dicit, eos qui in loco hostili deprehenduntur, si illic decedant, testari posse, quomodo velint iure militari: Est hoc speciale priuilegium, quod illis est concessum, ex quo non rectè quis argumentari potest, valere testamentum in omnibus locis a peregrino factum secundum loci consuetudinem.

Postremum argumentum est ex l. si fundus, ff. de euic. Caius: *Si fundus venierit: ex consuetudine eius regionis, in qua negotium gestum est, caueri oportet.* Ergò idem dicendum in testamentis, vt scilicet regionis, in qua celebrantur, seruanda sit consuetudo.

Non multum vrget. Primò, quia non loquitur de consuetudine regionis circa solennitates actus, qui celebratur. Secundò, quia non loquitur de peregrino & forense. Tertiò, quia non loquitur, quando consuetudo iuri repugnat certas solennitates requirenti, quas consuetudo regionis non requirat. Quartò, quia inter contrahentes inspicitur semper quod actum est, quod si non appareat, inspici debet, quod ex moribus regionis frequentatur, l. semper in stipulationibus, ff. de regul. iuris: *Ea enim, quæ sunt moris & consuetudinis, in bonæ fidei iudiciis debent venire*, l. quod si nolit, §. quia assidua. ff. de ædilitio edicto.

Cum igitur nec argumenta Oldradi, nec argumenta Bartoli sufficiant ad controuersiam istam decidendam aliundè petenda est ratio eam decidendi. Et sanè, vt mihi videtur, ex eo potissimum loco, quo in quæstionẽ vocari solet, vtrum forenses gaudeant beneficijs Statutorum: Nam si gaudere debent etiam forenses & peregrini beneficijs statutorum loci, sequitur, vt etiam in testamentis & alijs eiusmodi actibus eis perfruentes, testamenta facere possint, eodem modo, quo & alij ciues &

A municipes; Si verò non eis gaudere debeant, respondendum est, non posse etiam testando eis perfrui. Hæc autem quæstio longè est facillima & clarissima. Nam si forenses munera Ciuitatis non subeant, neque municipum loco habendi sunt, l. prima, ff. ad municipalem, ac proinde, sicut onera Ciuitatis non sentiunt, ita nec commodis frui debent, l. secundum naturam, de regulis iuris. Bartolus in tractatu repræsaliarum in quarta quæstione, proinde, nec statutis ligantur alienæ Ciuitatis, nec eis perfruuntur. Decius in consilio 114. & 550. ad finem. Castrensis in l. omnes populi, ad finem, ff. de iust. & iure. Ruinus in consi. 150. nu. 7. lib. 5. Hippolytus Riminaldus in cons. 11. nu. 27. lib. 1.

Quare ex his concludo, in præsenti disputatione veriorem mihi Oldradi sententiam videri, nisi talis sit peregrinus, qui onera Ciuitatis subire sit solitus, ac proinde iure participare debeat commoda Ciuitatis & statutorum eius.

B

CAPVT XCI.

Testamentum à forense conditum seruatis solennibus loci, in quo illud condidit, an effectum habeat quantum ad bona alibi sita.



EX his, quæ in præcedenti capite conclusa sunt, non est difficile intelligere, testamentum à peregrino conditum adhibitis non iuris, sed statuti solẽnitatibus eius loci, in quo conditum est, non posse executioni mandari, quoad bona alibi sita, vbi non est tale statutum. Conclusum est enim non valere eiusmodi testamentum; quia statuti beneficia municipibus, non autem alienigenis cõcedi debent, vt in præcedenti capite, quæ sententia fuit olim Iacobi Rauennatis teste Bartolo in l. prima, num. 36. C. de Summa Trinit. Sed quoniam Bartolus eo in lo-
C co, quem cæteri postea secuti sunt, vt patet ex Gabrielio libro quarto, commun. conclus. titu. de testamentis, conclu. 4. & ex Andræa Geyll, libro secundo. Obseruat. 123. existimauit, & testamentum valere, & effectum habere, etiam quoad bona alibi sita, faciendum esse putaui, vt argumentis, quibus ille, & alij sectatores eius nituntur, breuiter responderem. Respondebo autem præcipuis tantum, non leuibus.

Primum argumentum est ex l. omnium, C. de testam. Theodosius: *Omnium testamentorum solennitatem superare videatur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam Principis tenet. Sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunq; iudicis, aut municipum, &c. Postremum publicauit iudicium, &c.*

Nihil probat: quia hoc est ius commune, & generaliter constitutum, vt testamentum valeat etiam sine solennitatibus alias requisitis, quoties, vel Imperatori, vel actis iudicis, aut municipum insinuatur: qua de re no-
D stra non est disputatio.

Secundum argumentum est ex l. vlt. C. de testam. vbi testamentum ruri conditum absque solennitatibus iuris vbique validum est.

Nihil probat: primò, quia id ita iure communi constitutum est. Secundò, quia textus dicit validum esse testamentum rusticorum, de aliorum autem testamentis ruri conditis non loquitur. Verba hæc sunt: *Quod igitur quisque rusticorum, sicut prædictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omnimodo legum subtilitate remissa firmum validumque consistat.*

Tertium argumentum est ex eo, quod cum agitur de solennitate actus, inspicitur locus, in quo actus celebrari debet, & eius loci consuetudo, l. 1. in fine, ff. de ventre inspiciendo. Respondeo nihil obstare: non enim loquitur lex de peregrino & aduena; Nec de actu, qui ab eius solius voluntate pendeat, prout est testamentum.

Quartum argumentum est ex l. in hac, & ex l. lata, C. de donat. quas Iason attulit. Respondeo, ad rem non pertinere;

A pertinere; quia non loquuntur de aliquo ſpeciali Statuto Ciuitatis, aut Municipijs quod etiam peregrinum inuet, & obliget, vt in quæſtione noſtra; ſed ius generale continent, vt donationes actus inſinuatæ valeant, etiam ſi res donatæ alibi ſint poſitæ.

Poſtremum argumentum eſt ex eo, quòd acta in vno iudicio facta probent etiam in alio iudicio inter eaſdem partes, & actio competēs pro rebus alibi etiam intentari poteſt, vbi res non ſunt, l. vltima. C. de præſcript. longi temporis.

Nihil probat; quia quæſtio ſupponit valere teſtamentum, & eò tendit, vt probet etiam ad res alibi ſitas extendi, & exequendum eſſe; ſed præterquam, quod quę adferuntur, diſſimilia ſunt, illud fundamentum non eſt ſatis firmum, videlicet teſtamentum ipſum valere: Contrarium enim iuri magis conſonum videtur.

CAPVT XCII.

B *Vtrum valeat teſtamentum coram quinque teſtibus tempore peſtis.*

MAgna fuit & olim, & nunc controuerſia inter Doctores; Vtrum teſtamentum tempore peſtis conditum coram minori numero teſtium, quàm requiratur aliàs regulariter, puta coram quinque tantum teſtibus, valeat, vt videre licet ex Iulio Claro in §. teſtamentum, q.56. & Rolando à Valle in conſil. 81. lib. 1. Anton. Teſauro deciſ. Pedemon. 180. Maſcardo lib. 3. de probationib. concl. 1352. num. 18. Ego ſanè reſpondendum puto non valere, autoritate textus in l. 8. C. de teſtamentis, vbi Diocletianus ita dicit: *Caſus maioris ac noui contingentis ratione aduerſus timorem contagionis, quæ teſtes deterret: licet aliquid de iure laxatum eſt: non tamen prorſus reliqua teſtamentorum ſolennitas perempta eſt. Teſtes enim huiuſmodi morbo oppreſſos eo tempore iungi, atque ſociari remiſſum eſt: non etiam conueniendi numeri eorum obſeruatio ſublata eſt.*

C Sententia legis eſt ſatis perſpicua: Tempore peſtis aliquid de ſolennitatibus relaxatū eſſe in teſtamentis. Relaxatum autem hoc eſſe, vt non conueniant ſimul teſtes ad audiendum vnico contextu teſtamentum: ſed nō eſſe ſublatam hanc ſolennitatem, quę pertinet ad teſtium numerum, atque adeo permiſſum, vt minor numerus eorū adhibeatur. Et ideo non puto legendum in d. l. 8. *Conueniendi numeri*, ſed potius *conuenientis numeri*, quanquā & ſi legatur *conueniendi numeri*, ſenſus eſt; ſublatam non eſſe ſolennitatem numeri teſtium conueniendi; id eſt, inueniendi numerum teſtium, ſcilicet legitimum. Septem ergo teſtes requiruntur; ſed non eſt opus, vt omnes ſimul ſocientur, & iungantur, vt coram eis teſtamentum publicetur, ſiue inſinuetur, & ab eis vel ſubſcribatur ſimul, vel audiatur; ſed ſufficiet, ſi ſeparatim teſtes ſinguli adhibiti ſint: quod ſanè & ad exequendum, & ad

D intelligendum in promptu eſſe videtur. Non ergo minor numerus, puta quinque teſtium, ſufficere poterit in teſtamento tempore peſtis condito ex hac lege Diocletiani.

Ad contrariæ ſententiæ argumenta ita reſpondeo. Primum eſt huiuſmodi: Tempus belli, & tempus peſtis æquiparantur. Sed in bello valet teſtamentum minus ſolenne: ergo & peſtis tempore valebit. Reſpondeo, negando illam abſolutam comparationem belli, & peſtis. Nam conſtat, omnem ſolennitatem militibus relaxatam eſſe in teſtamentis condendis, in Inſtit. de militari teſtamen. At peſtis tempore aliquid tantum de iure relaxatū eſſe, nō omnem ſolennitatem relaxatam, vt in d. l. caſus, C. de teſtamen.

Secundum argumentum eſt ex l. vlt. C. de teſtam. vbi in teſtamentis ruſticorum minor numerus teſtium ſufficit; quia ſcilicet maior haberi non poteſt. Idem igitur iuris erit peſtis tempore; quia nec tunc maior numerus te-

A ſtium facile habetur. Reſpondeo, negando extenſionē, quæ fit de teſtamentis ruſticorum ad teſtamentum in Ciuitate conditum, in qua ſit peſtis; licet enim propter contagionem non tam facile teſtes iungi, & ſociari poſſint, tamen ſeorſim adhiberi poſſunt. Quod ſi nec tam facile haberi poſſint, etiam ſeorſim ſeptem teſtes; ita tamen viſum eſt Imperatori, vt non valeat; quandoquidē nihil ex numero teſtium remiſit. Et ratio illa adferri poteſt, quoniam circa teſtamenta verſatur maxima falſitatis ſuſpicio & periculum, reſque eſt magni momenti. Et poteſt quiſpiam Codicillos facere, vel donationem cauſa mortis, legataque & fideicommiſſa relinquere, adhibitis quinque teſtibus: Et ſic aliquo modo de rebus ſuis vltimam voluntatem, licet non ſit teſtamentum, ordinare poteſt, ſi ſeptem teſtium copiam habere non poſſit.

Tertium argumentum ex neceſſitate, & impedimento eius; quia videlicet tot teſtes peſte ſæuiente haberi nō poſſunt, ſumitur, & multis exemplis confirmatur, neceſ-

B ſitatem, & legitima, ac neceſſaria impedimenta eum excuſare, qui non facit, quod ex lege tenetur: Sed durum eſt contra ſtimulum calcitrare, lege noua opus eſſet, quæ à Principe conderetur. Nam ſi legi iam conditæ parendum eſt, argumentum nihil mouet; quoniam etiā Diocletianus non ignorauit hæc impedimenta, & has neceſſitates & difficultates, & tamen aperte ſanxit, nihil de numero teſtium conueniendorum ſublatum eſſe. Eat nunc aliquis, & contendat neceſſitatem immunem eſſe ab hac lege; quia teſtes tot haberi non poſſunt, quot à iure requiruntur. Quid enim, ſi nec duo haberi poſſint, nunquid valebit teſtamentum coram vno teſte? Et tamen argumentum ex neceſſitate probat, etiam in vno tantum adhibito teſte valere, imò nullo etiam teſte adhibito, ſi haberi non poſſit, valebit teſtamentum eadem patrocinante neceſſitate. Exemplum eſto: ad confutandum ex neceſſitate petitum argumentum. Concedit Imperator, vt valeat teſtamentum à ruſticanis conditum etiā quin-

C que teſtibus ſolum adhibitis, ſi in eo loco plures haberi non poſſint: Iam fac nec quinque haberi poſſe: Dices valere neceſſitatis huius prætextu, & tamen non valet. Audi Iuſtinianum in l. vlt. C. de teſtam. *Sin autem in loco illo minimè inuenti fuerint ſeptem teſtes: vſque ad quinque modis omnibus adhiberi iubemus: minus autem nullo modo concedimus.*

CAPVT XCIII.

Primum teſtamentum, quod poſteriore reuocatum intelligitur, qua ratione reuiuiſcat, ſi poſterius inciſum & reuocatum ſit à teſtatore?

SCribit Papinianus in hæc verba in l. penult. §. teſtamento, ff. de bono. poſſ. ſecundum tabulas: *Teſtamento facto Titius arrogandum ſe præbuit, ac poſtea ſui iuris effectus vita de-*

D *ceſſit. Scriptus hæres, ſi poſſeſſionem petat, exceptione doli mali ſubmouebitur: quia dando ſe adrogandū teſtator cum capite fortunas quoque ſuas in familiam & domum alienam transferat. Plane, ſi ſui iuris effectus, Codicillis, aut alijs litteris eodem teſtamento ſe mori velle declarauerit: voluntas quæ defecerat, iudicio recenti rediiſſe intelligitur: non ſecus, ac ſi quis aliud teſtamentum feciſſet, ac ſupremas tabulas inciſiſſet, vt priores ſupremas relinqueret. Nec putauerit quiſquam nuda voluntate conſtitui teſtamentum. Non enim de iure teſtamenti maximè quæritur, ſed de viribus exceptionis, quæ in hoc iudicio, quanquam actori opponatur, ex perſona tamen eius, qui opponit, æſtimatur.*

Ex hoc Papiniani reſponſo rectè colligitur; Primum teſtamentum, quod poſteriore reuocatum eſt, reuiuiſcere, ſi teſtator poſterius inciderit aut reuocauerit. Sed controuerſum eſt, quo modo id accipiendum ſit; Vtrum primum teſtamentum vſque adeo reuiuiſcat, vt etiam actio competat hæredi, qui in eo eſt inſtitutus, per quam hære

ditatem

A ditatem petere, & vindicare possit: an verò exceptio tantum ei competat, per quam agentem ex testamento posteriori repellere possit. Quod magis succinctè & scholasticè idem valet, ac si quæratur, an reuiuiscat iure actionis, vel exceptionis. Et Accursio ac Bartolo in Cómentarijs d.§.testam. & l.sancimus, C.de testamen. visum est exceptionis, non autem actionis iure reuiuiscere. Idem placuit Alberico, Salyceto, & Castrensi, in l.sancimus, C.de testamen. necnon Iasoni & Baldo ibidem. Quanquam Baldus & Castrensis dicant, iure ciuili ita reuiuiscere, quam postremam sententiam secuti sunt Menochius in consil. 176. num. 7. 8. & Marcus Anton. Engenius in consil. 59. num. 19.

Fundamentum existimantium prius testamentum iure exceptionis reuiuiscere, non autem iure actionis, illud est; quia crediderunt hanc esse Papiniani sententiam in loco citato, propter illa verba: *Non enim de iure testamenti maximè quæritur; sed de viribus exceptionis. Exceptionis,* inquit Glos. *scilicet opponenda ex primo, contra agentem* B *ex secundo*. Sed longè alius est sensus verborum Papiniani. Nam illa verba referri debent ad quæstionem initio propositam: *Testamento facto Titius arrogandum se prabuit: scriptus hares, si possessionem petat, exceptione doli mali submouebitur: quia dando se adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam, & domũ alienam transferat.*

Hæc est illa exceptio, de cuius viribus est quærendum. Nam hæres institutus ex priore testamento petit bonorum possessionem. Exceptio est, testamentum ruptum esse propter capitis diminutionem. Iam exceptio ista infirmatur & nullas habet vires. *Si sui iuris effectus testator Codicillis, aut alijs literis eodem testamento se mori velle declarauerit: voluntas enim* (hoc est primum testamentũ) *qua defecerat, iudicio reteum redijsse intelligitur*: quia scilicet sui iuris effectus declarauit, se mori velle cum illo testamento. Exemplum adfert Papinianus, si quis aliud, hoc est, primum testamentum fecisset, deinde posterius; C & posterius hoc incidisset, vt prius valeret, tunc enim prius testamentum valeret, ac prorsus reuiuisceret, sublato iam posteriore ad hunc finem, vt primum valeret. Nec ex his obijcere quis potest, inferri posse, testamentum nuda voluntate constitui in ea specie, quæ de arrogato proponitur; neque enim nuda voluntas testamentum constituit, sed hoc operatur ipsius adrogati, qui postea sui iuris effectus est, voluntas, qua declarauit se decedere velle cum primo testamento, vt non amplius hæredi instituto in ipso testamento obsit illa exceptio, quod propter capitis minutionem ruptum esset, sicuti nec hæredi agenti ex primo testamento obstaret exceptio, quod posteriore ruptum esset, si posterius incisum esset à testatore ea mente, vt prius, quod condiderat, testamentum valeret. Hæc est vera & plana huius responsi interpretatio, quam nullo modo suffragari eorum sententiæ, qui exceptionis iure testamentum prius conualescere, non etiam actionis existimarunt; sed potius contrariæ, quæ D scilicet actionem etiam tribuit ex primo testamento, ex dictis satis, vt arbitror, perspicuum est.

CAPVT XCIV.

Filiusfamilias an testari possit de his rebus, quarum vsusfructus parenti non acquiritur.



EXplodamus semel in disputatione controuersiarum iuris, quam in manibus habemus, (licet antea locus erat opportunior) eorum sententiam, qui dixerunt, filiumfamilias testamentum facere posse de bonis aduentitijs, quæ patri non acquiruntur, etiam quantum ad vsumfructum. Nam non deesse, qui eam tueantur, perspicuè apparet ex Decio ad l. Senium, num. 13. & ad l. penult. C. qui testamentum facere possunt. & ex Anton. Tessauro decis. Pedemont. 150. Prosternamus eorum

A argumenta. Fundamentum prius figentes communis & veræ sententiæ ex l. penult. C. qui testament. facere possunt. *Nemo ex lege,* (sunt Instiniani verba) *quam nuper promulgauimus in rebus, quæ parentibus adquiri non possunt, existimet aliquid esse innouandum: & permissum fuisse filijsfamiliarum cuiuscunque gradus, vel sexus testamenta facere: siue sine patris consensu bona possideant secundum nostra legis distinctionem, siue cum eorum voluntate. Nullo etenim modo hoc eis permittimus; sed antiqua lex per omnia conseruetur, quæ filijsfamiliarum, nisi in certis casibus testamenta facere nullo modo concedit: & in his personis, quæ huiusmodi facultatem habere iam concessa sunt.*

Non posset esse clarior sententia ex l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. existimari poterat Iustinianum testandi facultatem filijsfamil. permisisse in iis rebus, quarum vsusfructus patri non acquiritur. Sic enim ille loquitur: *Filiis autem familiarum in iis duntaxat casibus, in quibus vsusfructus apud parentes constitutus est, donec parentes viuũt,* B *nec de iisdem rebus testari permittimus*. Ex quibus verbis rectè inferri poterat, permissum eis id esse in ijs casibus, in quibus vsusfructus apud parentes constitutus nõ est: Et ideo Iustinianus id præcauens, aliam legem edidit, & declarauit neminem ex hac sua lege existimare debere, in rebus, quæ parentibus acquiri non possunt, aliquid esse innouandum, & permissum esse filijsfam. testamenta facere.

Ex quo primum argumentum eorum, qui existimant filiosfamil. & in iis casibus, permissum esse testari, euidenter confutatur ab ipso Iustiniano. Sumitur enim ex d. l. vlt. §. filijs, ac proinde nullius est planè momenti.

Secundum argumentum est ex Nouella. Vt liceat matri & auiæ, &c. in illis verbis: *Res autem ita relictas siue donatas positis sub potestate personis, siquidem perfecta sint ætatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant, quo volunt modo disponere,* &c.

Respondeo, generalia illa verba, *quouis modo disponere*, C accipienda esse cum temperamento, scilicet, quatenus iure permissum est. Neque enim credibile est illis verbis, Iustinianum voluisse legem suam immutare, qua testamenti factio personis huiusmodi sub potestate constitutis inhibita est. Et sanè, nullum est infirmius argumentum, quàm quod ex verbis generalibus desumitur ad legem particularem corrigendam & tollẽdam; Cum nemini obscurum sit, qui in iure versatus est, & in text. legendis, maximè eam esse Iustiniani consuetudinem, vt suas vel antiquiores leges, non nisi præfatione aliqua, aut certè clara mentis significatione abrogare, & tollere soleat.

Tertium argumentum est, quia huiusmodi aduentitia bona, in quibus pater nullum habet vsumfructum, castrensi peculio comparantur, l. Imperator, ff. ad Treb. Constat autem filiumfamil. de castrẽsi peculio testari posse. Respondeo, quantum ad hoc, comparata esse, quo filio actio competat. Sic loquitur textus in d. l. Imperator, D ibi: *Post decreti autem autoritatem in ea hæreditate filio militis comparari debuit, si res à possessoribus peti, vel etiam cũ debitoribus agi oporteret*. Non ergo, si in aliquibus militi in his bonis filiusfamilias comparatur à lege, in omnibus comparandus erit à nobis.

Quartum argumentum est ex eo, quod filiusfam. testari potest in quibusdam alijs casibus, in quibus vsusfructus bonorum parenti non acquiritur. Nam ex pluribus casibus particularibus rectè constitui videtur regula generalis. Casus vero particulares sunt, vt in l. cum multa, C. de bonis, quæ liber. in Auth. Presbyteros. & in l. sacrosanctæ, C. de episcop. & cleric.

Respondeo, generali regulæ obstare Iustinianum in dicta l. penult. C. qui testam. facere possunt. & ideo in claris non est opus coniecturis. Scio ad l. penult. varias accommodari responsiones; sed piget eas referre, quoniam ineptæ sunt & friuolæ nimis.

CAPVT XCV.

Quanta sit legitimæ filiorum portio, cùm de bonis patris, quæ propter delictum ad fiscum peruenerunt, detrahi debet in casibus, in quibus ex Statuto, vel consuetudine confiscationi locus est.

VT nihil fere circa filiorum legitimã, quòd in controuersiam vocari soleat, omittamus; Placet adhuc aliqua subijcere, & in primis illud, cum Statuto seu consuetudine inducta est bonorum patris confiscatio ob delictum eius, etiam filijs existentibus contra Authen. Bona damnatorum, C. de bonis damnatorum. (Illa consuetudo passim viget in Italia) filiorum legitimam detrahendam esse, illamque dimidiam partem bonorum patris esse, si vnus sit filius, vel duo: Cæterùm, si plures sint, totũ Assem continere; atque adeo confiscationem tunc euanescere. Qamobrem repudiata sententia Clari, in §. fin. q. 78. vers. videndum est etiam, communiorem amplector, quam latè tuetur Rolandus à Valle, in consil. 97. lib. 2. & post eum Anton. Tessaurus decis. Pedemont. 104. & latè Peregrinus, de iure fisci, lib. 5. tit. 1. num. 38. Ecce fundamentum. Olim bona confiscabãtur ob delictum patris, & tamen filiorum portio reseruanda erat: & illa erat dimidia: Ergo & nunc eadem vigente confiscationis lege, eadem erit adhibenda moderatio, vt sua filijs portio assignetur. Callistratus: *Etiam ij, qui ante cõcepti, & post damnationem nati sunt, portionem ex bonis patrum damnatorum accipiunt: liberis autem ita demum portio tribuitur, si iustis nuptijs nati sint*. l. 1. ff. de bonis damnator. Paulus: *Cùm ratio naturalis, quasi lex quædã tacita liberis parentum hæreditatem adiciat, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod & in iure Ciuili suorum hæredum nomen eis inditum est*, &c. *Aequissimum existimatum est eo quoque casu, quo propter pœnam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum*, &c. *Vt qui ad vniuersitatem venturi erant iure successionis, ex ea portiones concessas haberent*. l. cum ratio, ff. eodem titulo.

Theodosius: *Quando quis quolibet crimine damnatus capitalem pœnam, deportationemve sustineat: siquidem sine liberis mortuus sit, bona eius ad fiscum perueniant: si verò filius, vel filia, vel nepotes ex defunctis filiis relicti erunt: dimidia parte ærario vindicata, alia eis reseruetur*. l. vlt. C. de bonis damnatorum.

Quod dixi; quãdo plures sunt liberi; omnia bona eis esse reseruanda, probo ex d. l. cum ratio, vbi paulò infra Paulus ita subdit: *Si plures liberos damnatus habeat, feruntur exẽpla, per quæ pluribus liberis omnia bona damnatis concessa sunt. Sed & D. Adrianus in hanc sententiam rescripsit. Fauorabilem apud me causam liberorum Albini filiorum numerus facit: cùm ampliari imperium hominum adiectione potius, quàm pecuniarum copia malim.*

Ausim dicere, si duo sint tantum liberi, omnia eis bona damnati patris cõcedenda esse propter verba illa Pauli: *Si plures liberos damnatus habeat*. Nam pluralis ea locutio duorum numero contenta est. l. vbi numerus, ff. de testib. c. pluralis, de regul. iur. Bartolus ad l. si gemina, ff. arborum furtim cæsarum. Angelus Aretin. de maleficijs, in verbo, plurib. & plurib.

Sed quoniam recepta est Interpretatio, vt plures accipiantur liberi, cùm sunt tres, vel quatuor, id quod etiam indicant verba sequentia Adriani: *Fauorabilem apud me causam filiorum numerus facit*. Ideo subsisto, præsertim, cùm neminem habeam huius interpretationis autorem.

A

CAPVT XCVI.

Sitne aliquis modus iuri consentaneus, quo restitutioni legitima filiorum subijci queat.

REstat vna tractanda nobis cõtrouersia circa Legitimam: Sitne iuri consentaneus aliquis modus Legitimam oneri fideicõmissi subijciendi. Et placet eum esse, quem Doctores attulerunt: Si pater filio hærede instituto vniuersali, eundem sub conditione (si absque liberis moriatur) rogauerit totam hæreditatem restituere, etiam comprehẽsa ipsius filij legitima, ea tamen adiecta Clausula, vt si filius non acquiescat voluntati paternæ, restitutioni etiam legitimam subijcienti, in sola legitima purè institutus sit hæres. Ita docuit Ioannes Dilectus de arte testandi, titu. 5. cap. 31. num. 6. adducens Decium in consil. 687. quod responsum Decij probarunt Soci- B nus iunior in consil. 122. lib. 1. Curtius iunior in consil. 159. Alciatus in consil. 497. Marzarius de fideicommissis, quæst. 50. Sed Decius & alij loquuntur in ea specie, qua filius patris voluntatem approbauit: maiorem autem difficultatem esse Marzarius scribit in ea specie, qua filius simpliciter se paternæ hæreditati immiscuisset, sed & in filio, qui patris voluntatem approbauerit, contrarium respondit Ruinus in consil. 149. num. 13. lib. 3.

Ego verò ita rem hanc planam esse existimo, vt nihil prorsus adferri posse credam, quod vel probabilem dubitationem inijcere debeat. Principio enim pater in proposita specie filium hæredem instituit in vniuersa hæreditate; Hic nullus est querelæ locus: Deinde rogat eum per fideicommissum hæreditatem restituere: hucusque nulla fit iniuria; quia conditio adijcitur, & suo iure pater vtitur. Tertio, legitimam quoque oneri obligat restitutionis. Hic incipit esse causa querelæ; quia legitima nullum recipit onus, l. quoniam in prioribus. C. de in- C offic. testam. Et quia legitima excipi debet de restitutione, vt in Nouella de restit. & in ea, quæ parit, &c. §. quãobrem. Sed occurritur huic querelæ ea Clausula, vt si filius non consentiat, legitimam purè consequatur absque omni onere & cõditione, scilicet institutionis iure. Si filius in legitima sola hæres institutus esset purè, & absque conditione, sine dubio testamentum patris impugnare nõ posset: ita enim cautum est Nouella. Vt cum, de appell. cognos. §. aliud. Ergo nec in casu proposito illud impugnare poterit; quia in legitima est institutus, & potest eam consequi ab omni onere liberam, & immunem, si nolit consentire fideicommisso.

Huc accedat, quod constitutum est in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testamen. vt legitima nullum recipiat grauamen, intelligendum esse, quando querela de inofficioso alias testamentum rescindi potest; tunc enim ne rescindatur, cautum est, vt onus & conditio legitimæ adiecta non valeat, & pro non scripta habeatur, vt aliàs D clarè demonstraui.

Sed testamentum rescindi per querelam in proposita specie non potest. Nam filius institutus est hæres vtroque casu, siue acquiescat patris voluntati, siue non acquiescat. Primo quidem casu in vniuersa hæreditate. Secundo autem casu in legitima.

Quare Marzarij scrupulus in eo casu, quo filius patris voluntatem non approbauerit, sed simpliciter immiscuit se hæreditati, non me offendit; Et multo minus argumentum Ruini ex l. Seius, & Augerius, ff. ad legem Falcidiam, Scæuola: *Seius & Augerius, si intra diem tricesimum mortis meæ Reipublicæ nostræ cauerint, contentos se futuros tot aureis legis Falcidiæ beneficio omisso: hæredes mihi sunto; quos inuicem substituo: quod si voluntati meæ non consenserint, exhæredes sunto. Quæsitum est, an hæredes instituti hæreditatẽ adire possint si conditioni parere nolint, cum habeant substitutos eadem conditione præscripta? Respondi, Seium, & Augerium primo loco institutos perinde adire posse, ac si ea conditio, quæ fraudis causa adscripta non esset.*

Respondeo,

A Reſpondeo, in ſpecie noſtra non dixiſſe teſtatorem, ſi filius meus voluntati meæ non paruerit, exhæres eſto: ſed hæres eſto in legitima portione. Sunt igitur hęc diſſimilia, ibi fraus meritò damnatur, hic nulla fraudiſ ſuſpicio oritur. Debita enim filio portio honorabili titulo hic relinquitur, ibi autem adimitur.

CAPVT XCVII.

Vtrum auus hæredem inſtituere poſſit nepotem ex filio ſpurio?

VVlgata eſt apud veteres, ac recentiores iuris interpretes controuerſia; Vtrum auus nepotem ex filio ſpurio hæredem inſtituere poſſit. Tres autem ſunt Doctorum ſententiæ; Vna inſtitui non poſſe. Ita Cynus olim docuiſſe fertur in l. vltima, C. de naturalibus liberis, & B Baldus docet in l. Gallus, §. quidam rectè, ff. de liberis & poſtumis, & multi alij, quos commemorat Antonius Gabrielius lib. 4. communium concluſionum, titulo de hæred. inſtit. concluſ. 3. nu. 10. verſ. Contrarium. Secunda eſt opinio, diſtinguendum eſſe, vtrum nepos ſit in poteſtate patris ſui, an verò ſui iuris effectus. Priore caſu inſtitui non poſſe: poſteriori autem poſſe, ita Speculator, titulo de Succeſſionibus ab inteſtato, §. 1. verſic. quid ſi habens Spurium. & ita intelligit Angelus, Paulus Caſtrenſis in l. Gallus, §. quid ſi is, ante num. 7. ff. de liberis & poſtumis.

Tertia eſt opinio Bartoli in d. l. Gallus, §. quid ſi is, diſtinguendum eſſe hoc modo. Aut conſtat auum inſtituiſſe nepotem filij contemplatione, vt illi acquiratur hæreditas, & tunc non poteſt: Aut certum eſt auum hæredem inſtituiſſe nepotem, non contemplatione patris; quia noluit patri eius aliquid acquiri, & tunc valet inſtitutio: Aut res eſt in obſcuro; quia videlicet non conſtat, an contemplatione filij auus nepotē inſtituerit nec C ne, & tunc inſtitutio valet; nulla ſcilicet legitima ſobole exiſtente. Hanc ſententiam cæteri magis communiter ſecuti ſunt, vt patet ex Gabrielio dicta concluſ. 3. titulo de teſtamentis, & eandem ſecutus eſt Illuſtriſſimus, & Reuerendiſſimus Cardinalis Paleotus in Cōmentarijs de nothis & ſpurijs, c. 53. & nouiſſimè Andreas Geyll, qui teſtatur in Spirenſi Auditorio recepta, lib. 2. Obſeruation. 115. num. 5.

Prioris ſententiæ, quæ negat inſtitutionem valere, fundamentum eſt; primo, quia eiuſmodi nepotes originem habent ex radice infecta, hoc eſt, ex filio ſpurio, cui pater nihil poteſt relinquere, §. vltimo, in Authent. quibus modis natur. eff. ſui. Secundo, quoniam filio ſpurio nil relinqui à patre poteſt, nec recta via, nec per mediam perſonam. l. 1. C. de naturalib. lib. Ergo nec inſtitui nepos ex eo poterit; quia pater eius vſumfructum acquireret, iuxta l. cum oportet. C. de bonis quæ lib. Tertio, D quia filij ſpurij ideo hæredes inſtitui prohibentur, vt facilius paterna libido reprimatur. Commune enim parentum votum eſt ad filios ſuos facultates tranſmittere, l. reſcripto, ff. vnde lib. quæ ratio in nepotibus æque viget. Quarto, quia quicquid nepoti relinquitur, id filij contemplatione relictum videtur, l. dotem dedit, ff. de collat. bonor. Quinto, quoniam abſurdum videtur, nepotem melioris eſſe conditionis, quàm filius ſit, argum. l. ſi viua, §. in nepotibus. C. de bonis matern.

Secundæ autem opinionis fundamentum eſt in l. quęritur, ff. de bonis libertor. Terentius Clemens: *Quæritur, an filio exhæredato etiam nepotes ex eo à bonorum poſſeſſione liberti excludantur, quod vtique ſic diſtinguendum eſt, vt viuo filio donec in poteſtate eius liberi manent, nō admittantur ad bonorum poſſeſſionem: ne qui ſuo nomine à bonorum poſſeſſione ſubmouentur, per alios eam conſequantur. Si autem emancipati à patre fuerint, vel alio modo ſui iuris effecti; ſine aliquo impedimento ad bonorum poſſeſſionem admittantur.*

Sic igitur & in propoſita ſpecie reſpondendum videA tur, ne filius ſpurius, in cuius poteſtate nepos eſt, acquirat hæreditatem, ſaltem quoad vſumfructum, iuxta leges poſteriores, nepotem inſtitui non poſſe.

Tertiæ autem opinionis fundamentum eſt in l. vlt. C. de natura. lib. in illis verbis: *Liceat eis* (ſcilicet nepotibus) *quātum voluerint ſua ſubſtantiæ in eos conferre, ſcilicet nulla legitima ſobole ſubſiſtente. Filiis enim naturalibus relinqui conſtitutiones, quantum voluerint, ideo prohibuerunt: quia vitium paternum refrenandum eſſe exiſtimauerunt. In nepotibus autem non eadem obſeruatio in præfatis ſpeciebus cuſtodienda eſt, vbi legitima ſoboles minimè facit impedimentum.*

Huic legi accedit alia ratio. Nam patris vitium & calamitas non nocet filio in ijs, quæ aliunde, quàm ab ipſo proficiſcuntur, l. 3. ff. de interd. & relegat. l. 1. §. vlt. l. 3. §. ſi emancipatus, ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab. l. ſi necem, §. ſi deportatus, ff. de bonis libert. l. cognouimus, cum Authen. ſequenti. C. de hæreticis.

B Ego & his argumentis, quæ fortiſſima ſunt, & autoritate tantorum patrum hanc ſententiam Bartóli amplector. Etſi enim Iuſtinianus in d. l. vlt. non loquatur de nepotibus ex filijs ſpurijs, ſed ex filijs naturalibus; Eadē tamen eſt ratio in nepotibus ex filijs ſpurijs, & cùm nulla lege prohibeantur inſtitui hæredes ab auo, illique nati ſint ex legitimo matrimonio, & nullam prorſus culpam admiſerint, certè contra rationem iuris videtur eos excludere ab aui hæreditate relicta, vbi nulla ſubeſt auo legitima proles, ſicut loquitur ipſe Iuſtinianus.

Nec difficile eſt ad argumenta reſpondere, quibus cōtraria nititur ſententia: reſponderi enim ad primum poteſt, negando conſequentiam illam: Oriuntur nepotes ex radice infecta, hoc eſt, ex eo, qui hæres inſtitui nō poteſt: ergo nec ipſi poſſunt hæredes inſtitui. Deſtruit hāc conſequentiam Iuſtinianus in d. l. vlt. C. de naturalib. lib. ibi: *Filius enim*, &c. vbi rationem adfert, cur filijs relinqui non poſſit, nepotibus autem poſſit.

C Ad ſecundum reſpondeo, patri hoc in caſu vſumfructum non acquiri, licet nepos in eius poteſtate ſit. Nam non acquiritur vſusfructus bonorum relictorum parenti, inuito eo, qui filium eius hæredem inſtituit, vt in Authent. excipitur, C. de bonis quæ liberis. Hoc autem in caſu auus præſumitur nolle vſumfructum parenti acquiri; quia non poteſt. Nemo enim id voluiſſe præſumitur, quod legi repugnat, & nullam reddit ſuam diſpoſitionem, argum. l. 3. ff. de militari teſtamen. Ad tertium argumentum, nego eandem rationem vigere in nepotibus vnà cum Iuſtiniano, in d. l. vlt. C. de naturalib. lib. in verſic. *Filius enim.*

Ad quartum, nego filij contemplatione relictum videri, quia nemo præſumitur elegiſſe viam, ex qua teſtamentum ſuum impugnetur, d. l. 3. ff. de militari teſtamen. Et ſi ratio hæc valeret, illa valeret etiam contra d. l. vlt. C. de naturalib. lib. quod tamen nemo dixerit. Ad vltimum, nego abſurdum eſſe, ſi filius ſit incapax hæreditaD tis, nepotem eſſe capacem. Id enim iuri conſentaneum eſt: nec contrarium probat lex adducta, quia de hac ſpecie illa non loquitur.

Ad argumentum ſecundæ opinionis reſpondeo, textum, qui adſertur, locum habere potuiſſe ſecundum leges veteres, cum videlicet, quicquid filius acquirebat, parenti acquireret. Hodierno iure non acquiritur etiam quantum ad vſumfructum inuito eo, qui relinquit, vt in Authent. excipitur, C. de bonis quæ liberis. Hac autem in ſpecie meritò præſumimus, auum nil acquiri voluiſſe filio ſuo: quia ſciebat acquiri non poſſe, leges id prohibere, nullam eo in caſu futuram eius diſpoſitionem. Nemo enim præſumitur id velle, quod iure aduerſatur, l. meritò, ff. pro ſocio. quod valet ad impugnandam eius diſpoſitionem, l. 3. ff. de militari teſtamen. quod in fraudem legis tendit, l. vltima, ff. de his, quibus vt indignis.

CA-

CAPVT XCVIII.

Vtrum nepotes ex filio nato ex inceſtu, hæredes inſtitui poſſint ab auo.

SEd alia oritur controuerſia, ſi filius ex inceſtu natus ſit, an auus inſtituere poſſit hæredem natum ex eo nepotem. Reſpondit Baldus non poſſe, in l. ſi quis inceſti, C. de inceſtis nup. At Iaſon poſſe, in d. l. Gallus, §. quid ſi is, num. 25. ff. de lib. & poſtum. Baldi autem ſententia communiter recepta eſt, vt patet ex allegatis à Gabrielio lib. 4. commun. concluſ. tit. de hæred. inſtit. concluſ. 3. nu. 2. quibus adde Illuſtriſſimum Paleotum de nothis & ſpurijs, cap. 53. num. 9. quibus & ipſe aſſentior.

Fundamentum Baldi ſatis firmum mihi videtur in d. l. ſi quis inceſti, C. de inceſtis nupt. illis verbis: *Teſtamento ſuo extraneis nihil relinquat, ſed ſiue teſtato, ſiue inteſtato legibus ei, & iure ſuccedant, ſi qui forte ex iuſto, & legitimo matrimonio editi fuerint: hoc eſt, de deſcendentibus, filius, filia, nepos, neptis, pronepos, proneptis; de aſcendentibus auus pater, mater, auus, auia: de latere, frater, ſoror, patruus, amita.*

His verbis lex Arcadij & Honorij prohibet ei, qui inceſtas contraxerit nuptias, teſtamento quidquam relinquere extraneis, & poteſtatem concedit relinquendi certis dumtaxat perſonis ibi expreſſis, nempe, deſcendentibus ex iuſto, & legitimo matrimonio: aſcendẽtibus, &c.

Sed nepos ex filio nato ex inceſtu, non eſt ex illis, vt patet: Neque enim eſt ex deſcendentibus ex legitimo matrimonio; quia parens eius ex inceſtis nuptijs eſt procreatus, ergo ei nihil ab auo relinqui poteſt, reputaturq; extraneus, & ideo excluſus ab omni ſucceſſione, ſiue teſtati, ſiue inteſtati aui.

Sed argumenta Iaſonis ſunt diſſoluenda. Primum eſt ex Authent. ex complexu. C. de inceſtis nupt. dum dicit: *Ex complexu inceſto nati*, illa dictio, *ex*, denotat cauſam immediatam; & ſic ad filium ipſum natum ex inceſto referenda eſt, non autem ad nepotem. Reſpondeo, illum textum non obſtare: neque enim aliud dicit, quàm filios ex complexu nefario, & inceſto natos, paternæ ſubſtantiæ indignos eſſe.

Secundum argumentum eſt ex l. vlt. C. de naturalib. lib. vbi ratio legis eſt generalis; quæ proinde extendi poteſt etiam ad nepotes ex filio nato ex inceſtu: illa nempe, quod vitium paternum reſrenandum fuit, &c. Reſpondeo, maius eſſe delictum, & maiorem pœnam eius, qui inceſtas nuptias cõtraxit, vt patet ex d. l. ſi quis inceſti. Et ideo à minori ad maius argumentum ita ſumptum non valere.

Tertium argumentum eſt ex rationibus, quas adfert Bartolus in quæſtione de nepote nato ex filio ſpurio: Sed reſpondeo non rectè illas huc applicari, vbi maius eſt crimen, maiorque pœna conſtituta.

Poſtremum argumentum eſt, quia odium eſt irrationabile in hac ſpecie contra nepotem, qui nihil peccauit; ſed durum eſt contra legẽ calcitrare, quæ non ipſum nepotem odio proſequitur, ſed eum, qui crimen inceſtus admiſit, quem ita puniendum exiſtimauit, vt nec liberè poſſet de ſuis bonis teſtari, ac proinde intelligeret prolem ex nuptijs turpibus ſuſceptam, & natos natorum, & eos, qui naſcentur ab illis, omni ſolatio deſtitutos fore, quod ex ſucceſſione & hereditate percipitur, egenos perpetuo futuros, quæ maxima parentis procul dubio pœna & afflictio erit. arg. §. vlt. Nouella, quib. modis nat. effic. legit. ac proinde cauſa eiuſmodi libidines coercẽdi, ad quod reſpexit probus legislator.

A

CAPVT XCIX.

De facultate teſtandi à Summo Pontifice conceſſa perſonis Eccleſiaſticis, an ad vnum duntaxat teſtamentum coarctanda ſit.



TEſtandi facultatem perſonis Eccleſiaſticis cõceſſam à Pontifice Maximo, ad vnum duntaxat teſtamentum coarctandam eſſe, iuris interpretationẽ autores ſunt Decius in conſil. 512. Socinus iunior in conſil. 89. lib. 1. Curtius iunior in conſil. 178. nu. 27. Couuar. in c. cum in officijs, num. 8. de teſtamentis, Tiraquellus ad leg. Boues, §. hoc ſermone, num. 128. de verb. ſignif. Burſatus in conſil. 30. num. 56. lib. 1.

B Fundamentum eſt in d. l. boues §. hoc ſermone, ff. de verbor. ſignific. *Hoc ſermone dum nupta erit, prima nuptia ſignificantur.* Ex quibus verbis regula quædam generalis ſumitur; quamlibet diſpoſitionem accipiendam eſſe de primo actu. Secundo in textu cap. non poteſt, de præbendis, lib. 6. *Illud autem Apoſtolicæ Sedis indultum, vt quis duo beneficia curam animarum habentia, ſi aliàs Canonicè conferantur eidem, poſſit recipere; ac ſimul licitè retinere, intelligitur de duobus primis beneficiis, quæ cum cura poſt dictum indultum obtinere contigit eundem.* Ex quibus verbis illa infertur generalis propoſitio ac regula: Indultum, ſiue priuilegium, & conceſſionem odioſam, & contra Iuris Regulas pugnantem, reſtringendam eſſe ad primum actum. Eſt autem hæc teſtandi facultas de bonis Eccleſiaſticis contra Iuris Regulas, quibus conſtitutum eſt, Prælatos & Eccleſiaſticos viros, teſtari non poſſe de bonis Eccleſiaſticis, cap. relatum, cap. ad hæc, de teſtament. cum ſimilibus.

C Verùm iſtis nil morantibus contrariam ſententiam amplector, eam teſtandi facultatem non eſſe reſtringendam ad primum teſtamentum: immo verò eum, cui talis eſt conceſſa facultas, teſtari poſſe, & rurſus aliud teſtamentum facere primo reuocato, & toties teſtamentum mutare, quoties ei libuerit. Hanc ſententiam ſecuti ſunt Franciſcus Sarmientus, de reditibus Eccleſiaſticis, parte 4. cap. 4. num. 3. Martinus Nauarrus de reditibus Eccleſiaſticis, quæſt. 3. in noua impreſſione, § nono moneo, & multi alij, quos refert, & ſequitur Rota Romana in deciſionibus nouiſſimis, parte 1. deciſione 47. vbi hanc ſententiam latè defendit.

Et ſanè, hæc ſententia firmiſſimum habet fundamentum. Nititur enim Lege, & Ratione. Lege enim conſtitutum eſt, vt quoties teſtamentum à Principe confirmatur, & approbatur, id de poſtremo intelligatur teſtamento, ex quo ſequitur primi teſtamenti, quod poſteriore reuocatum eſt, nec rationem habendam eſſe, &

D præſuppoui poſt primum conditum teſtamentum aliud condi poſſe, & teſtamentum id verè dici in hoc propoſito, quod eſt poſtremum, l. omnium, C. de teſtam. ibi: *Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere, ne poſt ſententiam noſtram inhibitum videatur commutationis arbitrium, cum hoc ipſum, quod per ſupplicationem noſtris auribus intimatur, ita demùm firmum ſit, ſi vltimum comprobetur.* Huc accedat textus in l. 2. § teſtamentum, ff. quemadmod. teſtamen. aperian. ibi: *Teſtamentum autem illud proprie dicitur, quod iure perfectum eſt, & quod continet ſupremam voluntatem.*

Rurſus Lege conſtitutum eſt, vt cùm quis habet à Principe liberam teſtandi facultatem, intelligatur habere legitimam, & conſuetam teſtandi facultatem, l. ſi quando, C. de inoffic. teſtamen. Hæc eſt autem legitima, & conſueta teſtandi facultas, vt teſtamentum factum reuocari poſſit, mutari, & tolli poſteriore teſtamento.

Ratio autem illa eſt perſpicua: quoniã quælibet diſpoſitio debet intelligi ſecundum ſubiectam materiam, l. ſi vno, ff. locati, l. inſulam, ff. de præſcript. verb. cum ſimilibus.

libus. Subiecta verò materia hoc exigit, vt mutari poſſit A teſtamentum vſque ad ſupremum vitæ exitum; Ergo eodem modo accipi & interpretari debet teſtandi facultas à Principe conceſſa.

Non obſtant argumenta. Nam ad primum nego rectè ſumi generalem illam Regulam, præſertim vbi natura rei aliud ſuadet, veluti teſtamentum, quod ſua natura tolli poteſt, & mutari alio teſtamento. Aliud eſt enim, ſi conditio aliqua adiiciatur: *Dum nupta erit*; quia illa rectè in primis nuptijs verificatur. Sunt enim primæ nuptiæ veræ, validæ, efficaces, quas diſſoluere ac dirimere in poteſtate eius, qui contraxit, non eſt. Aliud eſt teſtandi facultatem concedere; quia illa debet eſſe libera, & conſequenter primum teſtamentum ita validũ eſt cenſendum, niſi poſteriore fuerit reuocatum; ac poſterius ipſum valere debet, & in eo effectum habere conceſſa teſtandi poteſtas. B

Ad ſecundum argumentum ex c. non poteſt, reſpondeo, ſpeciem illam longè diſſimilem eſſe, & diuerſam habere rationem. Nam aliud eſt factio teſtamenti, aliud eſt collatio beneficiorum curam animarum habentium, vt patet. Eſt ratio longè diuerſa; quia teſtamentum eſt actus, qui pendet ex voluntate teſtantis, nec perfectum dicitur, niſi ſit poſtremum, & contineat vltimam voluntatem defuncti: ac beneficiorum collatio perfectionem habet, ſi legitima facta ſit, & non pendet ex voluntate vnius, ſicut teſtamentum, quaſi ad arbitrium eius ea mutari poſſit, immò conſiſtit, & effectum ſuum obtinet ſtatim, non expectata morte eius, cui facta eſt. Itaque meritò indultum in duobus primis beneficijs verificatur, & de illis intelligitur; quia in illis indultum ſiue gratia ſuam obtinet firmitatem, effectumque ſortitur. At in primo teſtamento effectum non ſortitur teſtandi licentia, quoties poſteriore reuocatum eſt, nec illud reuocandi iuſtè facultas adimitur, cum *ambulatoria ſit hominis voluntas vſque ad vltimum vitæ ſpiritum*, vt noſtri loquuntur Iuriſconſulti. C

CAPVT C.

Vtrum teſtandi facultas conceſſa perſonis Eccleſiaſticis morte Pontificis Maximi expiret.



Xpirare teſtandi facultatem morte Pontificis Maximi re integra, reſpondit Socinus iunior in conſilio 89. libro primo. Primò, quia ea facultas videtur habere mandati naturam, quod morte mandantis reuocatur, re integra, l. mandatum; C. manda. Secundò, quia ea gratia eſt odioſa valdè, & contra Iuris Regulas, ideo expirat morte concedentis, licet alias non ſoleat expirare. Tertiò, quia poſt mortem concedentis non durat cauſa conceſſionis talis gratiæ. Quartò, quia quod ex gratia Sedis Apoſtolicæ ſimpliciter prouenit, morte Pontificis expirat, ſi is, qui recepit, nondum cœperat vti priuilegio. D

Sed iam exploſa hæc ſententia eſt, vt patet ex Nauarro de reditibus Eccleſiaſ. quæſt. tertia, §. Octauo moneo. Sarmiento de reditibus Eccleſ. parte quarta, capit. quarto, Burſato in conſil. 29 Natta in conſil. 647. & ex alijs, quos refert & ſequitur Rota Romana nouiſſimè, in 1. parte, deciſ. 47.

Fundamentum eſt præclarum: quia gratia morte Pōtificis concedentis non expirat, c. ſi cui, de præben. lib. 6. c. Si ſuper gratia, de offic. deleg. lib. 6.

Ad primum argumentum negatur eſſe mandatum. Eſt enim gratia & facultas teſtandi, non autem mandatum.

Ad ſecundum, nego conſequentiam; quia etſi gratia ſit contra iuris Regulas, valet tamen; conſequenter ſecundum iuris regulas morte concedentis non extinguitur.

Ad tertium nego veram eſſe propoſitionem, quæ adfertur, nec ad rem pertinet autoritas Rotæ, quam Socinus adducit in antiquis deciſio. 580. vt videri poteſt. Nec probatur cauſam ceſſare poſt mortem Pontificis, ob quā gratia conceſſa eſt. Neque enim vita Summi Pontificis fuit gratiæ cauſa, ſed alia, quæ ipſum mouit ad concedendam teſtandi facultatem. A

Ad vltimum nego illam aſſertionem; quoniam iuri repugnat, quo planum eſt, gratiam morte concedentis non expirare.

CAPVT CI.

Ius accreſcendi an tranſeat in emptorem hæreditatis?



B Nſignis hæc controuerſia eſt. Titius eſt hæres à Caio inſtitutus in ſemiſſe. Vendidit ſuam hanc portionem hæreditatis; Poſt factam venditionem deficit portio cohæredis, quæritur vtrum ei accreſcat, an vero emptori. Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ: Altera emptori accreſcere, altera venditori. Prioris autores ſunt Bartolus ad l. re coniuncti, de legat. tertio, Curtius iunior, & Sebaſtianus Sapia, ad l. vnicam, C. quando non petent. partes. Duarenus de iure accreſcendi, libro ſecundo, cap. 6.

Poſterioris autem Iaſon, Ripa & Crotus, in dicta l. re coniuncti, Salycetus in l. vnica, C. quando non petent. partes. Vaſquius de tacitis ſubſtitut. ſeu iure accreſcendi, libro tertio, §. vigeſimoprimo, numero 65. verſicu. *Illud autem dubium eſt*. Antonius Gomez. tomo primo, titu. de iure accreſcendi, capitulo decimo, numero quadrageſimoquarto, Cuiacius libro 12. Obſeru. cap. 13.

C Prioris ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum, quia in emptorem hæreditatis tranſeunt omnia iura vtilia, & habetur per omnia loco hæredis, l. 2. §. cum quis, ff. de hæred. vel actione vend. ibi: *Emptorem hæreditatis vicem hæredis obtinere.*

Secundum, quia vendita hæreditate ad emptorem ſpectant omnia quæ ad hęredem peruenerunt, vel peruentura ſunt, dicta l. ſecunda, ibi: *Vt nec amplius, nec minus iuris emptor habeat, quam apud hæredem futurum eſſet*, & in §. non tantum, eadem lege, illis verbis: *Et non ſolum quod iam peruenit, ſed etiam quod quandocunque peruenerit, reſtituendum eſt.*

Tertium eſt ex l. Papinianus, ff. ad Trebellia. vbi portio deficiens accreſcit ei cui ex Trebelliano reſtituta eſt hæreditas, quia in eum omnia iura hæreditaria tranſeũt reſtitutione facta.

Quartum ſumitur ex l. ſi totam, ff. de acquir. hæred. Vlpianus: *Si totam hæreditatem aut partem, ex qua* D *quis hæres inſtitutus eſt, tacitè rogatus ſit reſtituere, apparet nihil ei debere accreſcere, quia rem non videtur habere.*

Accreſcit ergo fiſco, cui defertur portio eius, qui de reſtituendo incapaci tacitè fidem ſuam accommodauit, non autem ipſi cohæredi, qui fidem accommodauit, quia nullam portionem hæreditatis habet.

Sic & in ſpecie noſtra venditori non debet accreſcere quia nullam portionem hæreditatis amplius habet, venditione facta, ſed emptori, in quem omnia iura tranſierunt, & qui iam portionem emptam habet.

Vltimum argumentum eſt, quia ius accreſcendi ſequitur rem & portionem, non autem perſonam l. ſi Titio, ff. de vſufruct. ibi: *Quoniam portio fundi portioni*, &c.

Ergò accreſcit emptori portio hęreditatis deficiens, quia ille portionem aliam poſſidet, non autem venditori, qui nullam habet portionem.

Poſterioris autem ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum, quia venditor hæreditatis cum ſit hęres, retinet iura directa, & conſequenter ius accreſcendi. Illud enim ad cohæredem tranſit, non ad extraneos. Immò vēditor

hære-

hæreditatis uidetur eam possidere, l. 4. §. vlt. ff. si quis omissa causa testam. ibi: *Si quis vend deru hæreditatem, possidere videtur.*

Secundum argumentum est, quia inter succedētes diuerso iure, non habet locum ius accrescendi, l. sed cum patrono, ff. de bonorum possessione. Sed hic succeditur diuerso iure. Hæres ex testamento. Emptor hæreditatis ex venditione, ergo inter eos cessat ius accrescendi.

Tertium argumentum ex l. ex facto, §. Iulius Longinus, ff. de vulgar. & pupill. vbi ad eum cui portio hæreditatis aufertur, & fisco applicatur, pertinet portio deficiens, ex substitutione, eueniente casu substitutionis, non autem pertinet ad fiscum, qui aliam portionem habet.

Sed nihil valet hoc argumentum, quia non ibi agitur de iure accrescendi, sed de substitutione expressa à testatore, qui substituit cohæredem & non fiscum: Cohæres autem *fatus est in eo punitus*, in quo fecit contra legem, vt inquit ibi. I. C. nimirum, vt portionem suam amittat propter tacitam fidem accommodatam de ea restituenda incapaci.

Quartum argumentum est, quia uendita hæreditate ratio habenda est quantitatis bonorum, quæ sunt tempore venditionis l. 2. §. 1. ff. de hæred. vel actione vend. Sed portio quæ accrescit non est in hæreditate tempore venditionis, quia post uenditionem defecit, ergo non pertinet ad emptorem hæreditatis.

Hæc posterior sententia mihi probabilior uidetur, ex primo & ultimo hoc argumento. Aut enim volumus portionem deficientem emptori accrescere, quia Lex ita constituit, & hoc non possumus affirmare, quia legem non habemus ad constituentem. Aut ex uoluntate defuncti testatoris, & hoc uerisimile non est, quia is emptorem hæreditatis fortè non nouerat, nec ei prospectum voluit, sed hæredibus suis. Aut ex uoluntate contrahentium, quia scilicet actum esse uideatur, vt portio deficiens emptori accrescat, & hoc uerisimile non est, quia actum est inter contrahentes de portione hæreditatis, non de tota hæreditate. Cohæres uendidit suam, non autem cohæredis portionem, quam non habebat, nec verisimile est sperasse se habiturum, nec cum precium constituit, eius rationem habuit, sed quantitatis eius quæ erat tempore venditionis: Aut quia emptor habet iura vtilia hæreditatis, & hoc nihil iuuare potest, quia venditor habet iam directa, hoc est, nomen & titulum hæredis, cuius vigore ius accrescendi habere & retinere potest. Aut denique accrescere portionem deficientem emptori dicimus, propterea, quòd portio accrescat portioni, & hoc absurdum est, quia sequeretur, cuicunque possessori accrescere, licet is non emisset hæreditatem, & nullum ius in ea haberet.

Ad primum & secundum argumentum respondeo, verum esse quod asseritur, emptorem loco hæredis esse, & omnia iura hæreditaria obtinere, scilicet, in hæreditatis portione, quam emit, non in altera portione, quam non emit. Illa enim spectat ad alium cohæredem: Et si defecerit, venditori qui cohæres est accrescit: quia licet is portionem suam hæreditatis vendiderit, retinuit tamen iura directa, & titulum, ac nomen hæredis, non se eo abdicauit, nec illud in emptorem transtulit: Quare si quæ portio deficiat, ei, non autem emptori accrescere debet.

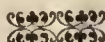
Ad l. Papinianus. placet mihi Cuiacij interpretatio & responsio lib. 12. Obseruat. cap. 12. & 13. cum loqui de hærede qui coactus adiuit, non autem sponte, ac propinde iure suo merito priuatur. quod aliàs obnneret, si sponte adiisset. Amittit inquam talis hæres, qui coactus adiuit, Falcidiæ beneficium, & præceptiones & substitutionem factam sub conditione, si patri hæres esset, & mortis causa capionem, & alia, l. ita tamen, §. qui suspectam, & §. si præceptis, l. si patroni, §. adeo, ff. ad Trebellian. quia scilicet hæc non haberet, si hæres non esset: Ergo amittit etiam ius accrescendi, quia illud non haberet si hæres non esset.

Ad quartum & quintum respondeo, quod dicitur, portionem portioni accrescere, & ideo si quis nullam habeat portionem, ei non accrescere portionem deficientem, vt habetur in d. l. si totam, & in d. l. si Titio, hunc habere sensum, si quis nullam portionem obtineat à principio, vt in specie d. l. si Titio, vbi uni vsusfructus fundi, alteri proprietas relicta fuerat: Et defecit portio vsusfructuarii, illa non accrescit hęredi, quia nullam is portionem habuit in ea re, cuius vsusfructus vni, & proprietas alteri relicta fuerat. Accrescit ergo personæ hoc, ei cui proprietas relicta erat. Idem dicendum, cum quis portionem suam amisit, veluti qui fidem accommodauit de restituendo incapaci, vt in d. l. si totam: Quo enim pacto is qui sua portione indignus est, alterius portionem lucrari poterit ex iure accrescendi.





ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER SEXTVS.



CAPVT PRIMVM.

Vtrum filius legitimatus per Rescriptum, excludat à successione parentum filias fœminas, vbi Statutum Ciuitatis mandat, vt existentibus filijs masculis, legitimis, & naturalibus, fœminæ excludantur?



XORDIAMVR hunc librum à nobili quæstione inter Doctores, & olim, & nunc controuersa; vtrum filius legitimatus excludat filias fœminas à successione parentum, quoties ita Statuto cautum est, vt existentibus filijs masculis, legitimis, & naturalibus, filiæ fœminæ excludantur? Autores adseramus tum affirmantis, tum negantis sententiæ. Deinde argumenta: Tandem sententiam nostram.

A

Affirmantem sententiam amplexi sunt primo Bald. in l. eam quam, nu. 7. C. de fideicom.

Castrensis in l. sed si hac, §. patronum, ff. de in ius voc. & in l. si ita quis, §. vlt. de leg. 2. in Rubr. C. de iure annulor. aureor. & in cons. 226. Dicendum est, lib. 1.

Antonius Rosellus de legitimatione, lib. 1. ti. de causa finali legitimationis, nu. 4.

Aretinus ad l. liberos, C. de collat. & ibid. Corneus.

Alex. consi. 2. nu. 11. lib. 1. & 94. eod. lib.

Socinus senior in consi. 63. nu. 9. lib. 3. & in l. cũ auus, nu. 57. ff. de cond. & demonstr.

Iason ad l. cum acutissimi, col. 2. C. de fideicom. vbi dicit se ita bis consuluisse, & iudicatum fuisse.

Decius in cons. 316. nu. 8. & 365. nu. 7.

Brunus tracta. quod stantibus masculis fœminæ non succedant, art. 12. num. 70.

Barbatia cons. 68. col. 4. lib. 4.

Curtius iunior in consi. 153. num. 10.

Gozadinus cons. 6. nu. 38. & 85. num. 26.

Berous in consi. 14. nu. 2. & 174. nu. 10. lib. 2. qui testatur ita iudicasse Rotam Bononiensem.

Socinus iunior in consi. 142. num. 35. lib. 1.

Alciatus ad l. si is, qui pro emptore, num. 91. ff. de vsuc. & in responso 307. nu. 2.

Parisius consi. 55. num. 10. lib. 3.

Didacus Couuar. de Sponsal. in 2. par. c. 8. §. 8. nu. 3.

Roland. consi. 83. nu. 2. & num. 14. lib. 3.

Bursatus consi. 85. nu. 12. & 98. nu. 22.

Dom. meus Decianus cons. 3. nu. 86. lib. 1.

Eugenius consi. 57. nu. 76.

Menoch. consi. 227. nu. 35. 266. nu. 9. lib. 3. & de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 39. nu. 3. & 687. nu. 57. lib. 7. vbi testatur secundum hanc opinionem iudicatum sic fuisse Mediolani anno 1571. & 1585.

Negantis autem sententiæ Autores sunt Bald. in cap. per tuas, nu. 2. de maior. & obed. in cons. 214. lib. 2. in consil. 102. lib. 4.

B

Angelus in consi. 76.

Antonius Butr. in c. tanta, nu. 10. & in c. per venerabilem, nu. 16. qui filij sint legitimi.

Castren. in l. vlt. nu. 5. 6. C. de his, qui veniam ætatis impetrar. in l. cum acutissimi, nu. 3. C. de fideicom. in consil. 180. lib. 1. 252. & 343. lib. 2.

Alexand. ad l. necessarijs, nu. 12. ff. de acq. hæred.

Iaf. in l. si is, qui pro emptore, nu. 286. ff. de vsuc.

Curtius sen. in consi. 13. & in consi. 16. & in consi. 35. & in cons. 74. vbi dicit, ita iudicatum fuisse Mediolani.

Soc. senior in l. Gallus, §. Et quid si tantum, nu. 27. ff. de lib. & postum. & in consi. 246. lib. 2.

Ludouicus Bologninus in cons. 58.

C

Dec. in l. liberos, in fi. C. de collatio. in cons. 52. & 155. 275. 316. 383. 392.

Tiraquellus ad l. si vnquam, in verbo, susceperit liberos, nu. 98. C. de reuoc. donat.

Dom. meus Cephalus in cons. 78. lib. 1.

Prosper Pasetus cons. 71.

D. Guidus Pancirolus consi. 59. nu. 68.

Poruus Imolensis consi. 106. nu. 89.

Ludou. Mol. lib. 3. de Hispaniarum primogenijs, c. 2. num. 7. & c. 5. nu. 75.

Mi-

Michael Graffus ti. de success. ab intestato, q. 19. nu. 12.

Illustriss. Cardinalis Albanus in lucubrationibus ad Bartolum, in l. Gallus, §. & quid si tantum, num. 22. ff. de lib. & posthumis.

Mynsingerius cent. 3. obseruat. 26. vbi testatur cameram Imperialem sequi solere hanc sententiam.

Andreas Geyll, lib. 2. obseru. 140. nu. 6. vbi similiter testatur Imperialem Cameram ita seruare.

Berous in consi. 177. nu. 49. lib. 2.

Guillelmus Benedictus in c. Rainutius, in ver. Duas habens vxores, nu. 148. de testam.

Ruinus consi. 84. num. 3. lib. 3.

Hactenus Autores vtriusque sententiæ recensuimus.

Nunc argumenta in medium afferenda sunt. Affirmantis igitur sententiæ illud est fundamentum; quia Statutum excludit filias fœminas existentibus filijs masculis defuncti ab intestato legitimis & naturalibus. Sed filij sic legitimati dicuntur esse legitimi, & naturales; ergo filias fœminas excludunt.

Minor propositio probatur ex Nouella. Quibus mod. natur. effic. sui, §. reliquis, ibi: *Semel enim efficientes eos legitimos, damus habere etiam successiones illas, quas habent ii, qui ab initio legitimi sunt.* Et in §. sit igitur, ibi: *Nihil à legitimis differentes*, &c. Et in §. & quoniam variè, ibi: *Nihil dissimilis legitimis*. Et in §. filium, ibi: *Factum legitimum ipsi soli genitori legitimum facimus*. Et in Nouella. quibus mod. natur. effic. legitimi. §. sit igitur licentia, ibi: *Nihil a legitimis filiis differentes.*

Posterioris autem sententiæ, quæ negat huiusmodi legitimatos filias fœminas excludere: Fundamentum est primò; quia tales filij non dicuntur propriè legitimi; dicit enim tex. in §. filium, in Nouella. Quibus mod. natur. effic. sui: *Facimus eum veluti ex quadam machinatione cognatum.* Verba autem Statutorum propriè sunt accipienda. Secundò, quia verba illa Statuti, *Existentibus filiis legitimis & naturalibus masculis*, videntur esse accipienda de legitimis, qui nascuntur ex legitimo matrimonio; nō **C** autem de his, qui fiunt à Principe, argumento l. vlt. C. de his, qui veniam ætatis impetrauerunt. Tertiò. ex §. Et quoniam variè. d. Nouella. Quibus mod. nat. effi. sui. in illis verbis: *Si quis igitur naturalis secundum hoc schema oblationis fiat Curialis, erit patri, & ab intestato successor, & ex voluntate nihil dissimilis legitimis, & ex donatione percipere poterit patris tua tamen, vt non amplius habeat vno eorum, qui ab initio legitimi sunt, & inter omnes minus habente.*

Et licet textus loquatur de ijs, qui per oblationē Curiæ legitimi fiunt, eadem tamen ratio est in legitimatis per rescriptum; præsertim, quia in legitimatis per rescriptum nulla extat constitutio, vt plus habeant.

Hactenus, & quod secundo loco pollicitus sum, præstiti. Restat, vt sententiam meam subijciam. Ego igitur in hac quæstione valere iussis auctoritatibus hinc inde Doctorum, propositam quæstionem rectè ex lege Iustiniani & clarè decidi posse censeo. Etsi enim Doctorum **D** sententias & placita magni facienda esse putem, mihi tamen in toto hoc opere propositum non est ex eis, sed ex textibus iuris sententiam meam formare atque fundare. Igitur si controuersia sit secundum ius nostrum Iustinianei, quid respondendum sit in hac quæstione, sic statuo: non solum filium rescripto legitimatum non excludere filias legitimas & naturales; sed nec filium ipsum sic legitimatum consequi ius legitimorum filiorum. Moueor hoc argumento; quia existentibus filijs legitimis, nō possunt illegitimi rescripto legitimari, hoc est, ius legitimorum filiorum consequi; sed tantum per oblationem Curiæ, vel per subsequens matrimonium. Hoc probo ex d. Nouella. Quib. mod. nat. effic. sui in §. si quis ergo, §. sit igitur licentia, & §. omnino enim. In §. si quis ergo. ita dicit Imperator: *Si quis ergo filios legitimos non habens, sed tantūmodo naturales, ipsos quidē legitimos facere voluerit*, &c. *hoc agat per nostrum rescriptum*. Et paulo post: *Sit igitur licentia patri in prædictis casibus Imperio preces offerre, hoc*

A *declarantes*, &c. Et tandem subdit hæc verba: *Omnino enim legitimis existentibus; deinde naturalibus prouenientibus nequaquam ius legitimorum eis adducitur, nisi omnino, aut per Curiam, aut per nostras constitutiones, quæ dotalium instrumentorum introduxerunt modum.* Ex quibus verbis patet, tunc per rescriptum filios legitimos effici, cum alij legitimi non exstant; si vero extent, legitimos fieri posse per oblationem Curiæ, vel per matrimonium; non autem per rescriptum.

Si ergo ius legitimorum filiorum isti non habent per rescriptum; ergo non possunt fœminas excludere, quas soli filij legitimi, & naturales excludunt.

Si dicatur fieri posse, vt etiam existentibus filijs legitimis ab Imperatore legitimentur filij naturales, vel à Comite Palatino potestatem habente, quod & sæpè fieri vidimus; ergo tunc argumentum locum non habebit & sic filiæ excludentur. Respondeo, in primis me prædixisse sententiam meam niti tantum legibus Iustiniani scri- **B** ptis, non autem iis, quæ de facto seruantur. Deinde putarem, talem legitimatum hoc quidem consequi, ut legitimus efficiatur Imperiali beneficio, non tamen plus iuris consecuturum in dubio, quàm is consequatur, qui per oblationem Curiæ legitimus efficitur. Et ideo nō plus habiturum, quàm unum ex filiis legitimis, qui minus habet, vt in d. § & quoniam variè. Neque enim rationem differentiæ uideo vllam.

Huc accedat, quod si legitimatus per oblationem Curiæ non potest plus habere, quàm vnus ex filijs legitimis multo minus plus consequi poterit is, qui per rescriptum est legitimatus. Nam per oblationem Curiæ illegitimi consequuntur iura legitimorum, etiam existentibus aliis filiis legitimis: At per rescriptum id non consequuntur. Si dicatur legitimatum per Curiæ oblationem nō habere plus iuris in successione quolibet ex filiis legitimis, secundum ius commune; sed nostra quæstio est de iure municipali, quo tota defertur masculis legitimis suc- **C** cessio; isti autem sunt legitimi. Respondeo, cum Iustinianus prohibuerit eos plus habere quolibet ex legitimis, non posse Statutum illud contra legem Iustiniani ad legitimatos pertinere, & iustam esse interpretationē, quæ hoc in casu Statutum cessare docet, ne duplex sic legitimati priuilegium obtineant; vnum, quod iura legitimorum consequantur; Alterum, quod etiam legitimis contra legem præferantur. Neque enim ex priore posterius necessario infertur, cum rectè intelligi possit, filium esse iura legitimorum consecutum, etiam si non cōprehendatur in Statuto filias legitimas excludente. Erit enim legitimus secundum leges Cæsaris, cuius beneficio factus est, non secundum leges municipii, ad quas in præiudicium legitimorum non putatur Imperator respexisse legitima iura concedens illegitimo. Voluit enim legitimum esse, sed sub ista moderatione, ne plus, quàm legitimi haberent: immò ne plus haberent quàm vnus ex legitimis minus habens, vt in d. §. & quoniam variè.

D Dices, quid si in legitimationis rescripto illa inseratur clausula, vt legitimatus comprehendatur in omni Statuto, ac dispositione loquente de filiis legitimis & naturalibus, nunquid hoc efficiet, vt comprehendatur in Statuto, de quo agitur, fœminas filias excludente?

Respondeo, contraria esse hac de re Doctorum Responsa. Nam comprehendi responderunt. Ruinus in cōsil. 68. lib. 3. Berous in consi. 174. lib. 2. Non comprehendi responderunt idem Ruinus in consi. 82. num. 8. lib. 3. Decius in consil. 393. nume. 9. sequitur Dominus meus Cephalus in consi. 278. num. 63. lib. 2. Sylvester Aldobrandin. inter consilia Riminaldi senioris lib. 4. consil. 717. num. 81.

Et hæc posterior sentētia mihi uidetur æquior & probabilior. Primò, quia per eam minus læditur ius commune, quo constitutum est, ut legitimatus non plus consequatur iuris, quàm unus ex legitimis, qui minus habet vt in d. §. & quoniam variè. Secundò, quia per hanc sententiam iniuria non infertur ex rescripto filiabus legiti-

mis & naturalibus, quod Regulis iuris magnoperè consentaneum esse, patet ex l.2.& 4.ff.de naturalib.restit. Et ex regula generali rescriptum Principis ita esse accipiendum, vt aliis non preiudicet, l.2. §.meritò, ff. nequid in flum.publ.Iason in l.vlt.nu.19 & 20.ff.de Const. Princ. Ruin.in consi.93.num.5.lib.3.& 82.num.9.eo.lib. licet verba eius superflua redderentur, vt declarat Alc. reg.3. præsumpt.11.nu.8. Decius in c.super eo,col.2. vers.Prædicta concl.de offic. deleg.

Tertiò, quia illa clausula locum habere potest in aliis Statutis multis, quæ non excludunt filias legitimas, ita vt legitimatus multis in casibus frui possit beneficiis Statutorum de legitimis loquentium, licet non hoc beneficio fruatur, vt filias excludat. Et sufficit priuilegium aliquid operari, licet non in omnibus operetur, vt docet Alciatus d.reg 3.præsumpt.11.nu.9.

CAPVT II.

De celebri controuersia in successione Regni & Principatus, vter sit præferendus, Patruus, an nepos ex filio primogenito?


Celeberrima est controuersia; vter in successione præferendus sit Regni & Principatus patruus, an nepos ex filio primogenito; quam copiosè tractat Tiraquellus de iure primogeniorum, quæst.40.& post eum F.H. in disputatione de controuersia successionis Regiæ, inter patris & fratris præmortui filium. Nullum me operæpretium facturum putaui, si argumenta, quę pro nepote, vel pro patruo adferuntur, & simul Doctorum autoritates huc adferrem; quoniam Tiraquellus & F.H. anteuerterunt. Non abs re autem fore existimaui qualecunque iudicium interponere meum. Hac igitur in re tria mihi occurrunt, quæ ex iuris nostri pręceptis adferri posse solidis argumentis & rationibus videntur. Primum est, Iustiniani iure neutrum alteri pręferendum esse in ea successione, sed vtrumque concurrere: sic enim iure ciuili constitutum est, vt nepos simul cum patruo succedat auo, §.1.in Auth.de hæred.ab intestato venientibus, §.cum filius, in Instit.eodem ti. Quamobrem, quod F.H. loco superius citato, in exordio disputationis pro fratris filio dixit, consuetudinem illam, vt Rege mortuo filius ipsius, vel hoc præmortuo, nepos ex eo susceptus Regi suus hęres existat, iuri Romano consentaneam esse, nihil ad rem nostram pertinere potest; quia non est quæstio, vbi solus extat ex filio nepos; sed etiam patruus, hoc est, alter ex defuncto filius secundo genitus, qui proculdubio iure Romano concurrit cum nepote in successione. Quamobrem ex hoc efficitur hanc controuersiam Iustinianæo iure definiri non posse, in alterutrius fauorem, scilicet vel patrui, vel nepotis. Et quoniam alter eorum solus debet succedere, ita enim consuetudine receptum est, nam firmius videtur esse Regnum, si penes vnum remanserit, nec diuidatur, c.Imperialem, §.præterea ducatus, de proh.alienat.feudi per Fridericum. Et hæc consuetudo in dubiú iam non reuocatur; ideo alia ineunda est ratio, quæ controuersiæ dirimendæ magis sit idonea. Ego igitur sic statuo; consuetudinem particularem Regni, de quo erit controuersia, pro lege habendam, ac proinde, si illa pro nepote militauerit, nepoti adiudicandum esse regnum; si pro patruo, ipsi patruo: *De quibus enim causis scriptis legibus non vtimur, id custodiri oportet, quod moribus & consuetudine inductum est*, l.de quibus, ff. de legib. *Quod si hoc defecerit*, inquit Iulianus, *tunc quod proximum & consequens ei est; Si ne id quidem appareat; tunc ius, quo vrbs Roma vtitur, seruari oportet.* Quid ergo si consuetudo defecerit, necnon id, quod proximum & consequens ei est? Seruandum puto illud ius, quo Imperium Romanum in simili casu vtitur. In Imperio autem legibus, & Bulla Aurea Caroli IV. hoc continetur: *Decernimus, vt postquam iidem Principes Electores seculares, & eorum quilibet esse desierint, ius, vox, & potestas electionis huiusmodi ad filium suum primogenitum legitimum laicum; illo verò non existente, ad eiusdem primogeniti primogenitum similiter laicum liberè, & sine contradictione cuiuspiam deuoluatur. Si vero primogenitus huiusmodi absque heredibus masculis legitimis laicis ab hac luce migraret, virtute præsentis Imperialis edicti, ius, vox, & potestas electionis prædicta ad seniorem fratrem laicum per veram paternam lineam descendentem, & deinceps ad illius primogenitum laicum deuoluatur; & talis successio in primogenitis & heredibus Principum eorundem iure, voce, & potestate præmissis, perpetuis temporibus obseruetur: ea tamen conditione & modo, vt si Principem Electorem, seu eius primogenitum, aut filium seniorem laicum mori, & heredes masculos & legitimos laicos defectum ætatis patientes relinquere contigerit: tunc frater senior eiusdem primogeniti tutor eorum, & administrator existat, donec senior ex eis legitimā ætatem attigerit; quam in Principe Electore 18. annos completos censeri volumus, & statuimus perpetuo haberi; quam dum attigerit, ius, vocem & potestatem & omnia ab ipsis dependentia tutor ipsi cum officio totaliter teneatur protinus assignare.*

Hactenus verba Bullæ Aureæ, quæ nepoti ex filio primogenito successionem defert, vt patet. Huic consentanea est lex Taurini, quam Hispanicè Didacus Couarr. edidit, & Latinè sic sonat: *Maiora feuda, quorum successio ad primogenitos pertinet, si primogenitus moriatur, viuo feudi possessore relicto filio, vel nepote, aut alio legitimo recta linea descendente, descendentes isti legitimi præferentur pro gradus prærogatiua secundogenito possessoris feudi.* His adstipulantur & aliarum gentium mores & consuetudines, præiudicia, & alia, quæ latissimè Tiraquellus commemorat. Cui sententiæ & nos quoque assentiri par est. Argumentis, quæ pro patruo adferri solent, sufficienter occurrit F. H.

CAPVT III.

Fratrum filij vtrum succedant patruo in stirpes, an verò in capita?


Haec est antiqua, & celebris controuersia inter Azonem & Accursium. Azo existimauit filios fratrum patruo succedere in capita, Accursius in stirpes. Azonem secuti sunt Iacobus Butrig. Cynus, Odofredus, Albericus, & Castrensis, in Auth. Cessante, C.de legit. hæredibus. Baldus in l.1.§.vlt.ff.si pars hæred.petat. Aretinus in §.cum filius, in Instit.de hæred.quæ ab intest.deferuntur. Hostiensis in Summa, de success. ab intest.§.viso igitur, col.vlt. Raynerius ciuis meus, vt refert Bald. in c.1. de success. feudi. Fortunius Garzia ad l.Gallus, §. idem credendum, col.19. ff.de lib. & posthum. Zasius Sing. intell.c.7. & in cons.4.lib.1. Couuar. de success. ab intest. nu.8. Rebuff.in procemio Constit.Regiar. Glo.5.nu.81. F. H. Illustrium Quæstionum lib. c.14. Ioan.Spiegelius in Lexico Iuris. in verb. *In capita succedere.* Vasquius de success.§.13.nume.13.lib.2.Iac.Cuiacius lib.2. de feudis, tit.12.& in Fragmenta Vlpiani, ti.26.§.4. vbi etiam citat Constantinum Hermanopulum, lib.5. Epitomes. Duarenus in consuet. feudor. c 8. Mynsingerus cent.3. obseruat.95. Maturinus Montanus de hæred. ab intestato venientib.reg.29. Michael Grassus commu. opinionum lib.§.successio ab intestato, q.30.num.4. Dominicus Cephalus in cons.431.lib.3. Anto.Tessaurus decis. Pedem.162. quibus accedit Caroli V. Decisio expressa anno 1529. in Comitiis Imperii Spiræ habitis.

Accursium vero secuti sunt Io. Andr. ad Speculat. de success.ab intest.§.1.vers.Sed an filii, Bartolus in l.secunda, §.hæreditas, ff.de suis & legitim.hęred.& in l.1.§.vlt. ff.si pars hæred.petat. & in consil.173. Bald. in cons.66. lib.1.293.437.lib.2.Dynus, Angelus, Corneus, Iacobus de Arena in Auth.Cessante, C.de legit.hæred. Io.Faber

in

in §.cæterum, num.4. Instit. de legitim. agnator. success. Mathesilanus de success. ab intestato. artic. 3. versic. 2. Guido Papæ decis. 134. Nicolaus Vbaldus de success. ab intestato, parte 3. Petrus Ferrarius in forma libelli ab intestato, in verbo, nullisque superstitibus, col. 14. Vlterius quæritur. Gulielmus Benedictus in c. Rainucius, in verbo, & vxorem, num. 631. Iacobinus de S. Georgio in tractatu feudorum, in verbo, præsentes, col. 3. versic. sed vlterius. Io. Oldendorpius in Epitome de Success. ab intestato. num. 20. Sonsbechius tractatu feudor. parte 9. conclus. 6. num. 100. Viuius lib. 2. commun. opin. nu. 25. Alexander in consil. 29. lib. 5. 95. num. 4. lib. 4. Iason in consil. 173. num. 2. lib. 4. Bertrandus in consil. 2. lib. 2. Ruinus consil. 8. in fine, lib. 1. Parisius consil. 25. num. 9. lib. 2. Boerius consil. 2. Socin. iunior consil. 74. num. 7. & cons. 104. nu. 29. lib. 1. Fulgosius cons. 12. Aretinus cons. 164. Cassanæus cons. 47. col. 7. Franciscus Becius in cons. 16. Alba cons. 29. Crauetta cons. 966. lib. 5. Simon Pretus in cons. 37. nu. 14. Bursatus cons. 67. Hippolytus Rimuald. cons. 31. nu. 47. lib. 1. Fridericus Scotus cons. 18. libro 2.

Ego, ne diu suspensus animus lectoris sit, sententiam Azonis verissimam esse iudico, quod vbi demonstrauero, tum argumenta contrariæ sententiæ confutabo.

Azonis igitur sententiam veram esse sic demonstro. Si antiquo iure, quod ante Nouellas Iustiniani constitutum fuit, filij fratrum in capita succedunt, & illud ex Nouellis Constitutionibus mutatum non est, consequens est, vt firmum maneat, & suum obtineat vigorem: Sed verum est prius; ergo verum & posterius: & sic fratrū filij nunc etiam in capita succedent, sicut olim.

Maior propositio clara est; quia quod non mutatur, cur stare prohibetur? l. præcipimus, C. de appell. Minor autem, quod iure antiquo ita fuerit constitutum, probatur primò Vlpiani testimonio in fragmentis apud Cuiacium, tit. 26. §. 4. *Agnatorum*, inquit, *hæreditates diuiduntur in capita, velut: si sit frater filius, & alterius fratris duo pluresue liberi, quotquot sunt ab vtraque parte personæ, tot fiunt portiones, vt singuli singulas capiant.*

Secundo, id probo testimonio Caij lib. 2. Instit. tit. 8. *Item si moriatur quis* (ait Caius) *& de duobus germanis fratribus dimittat filios, duntaxat masculos, & ex vno fratre dimiserit duos, & ex alio quatuor similiter masculos: omnes quidem fratrum filij patruo suo intestato succedunt, sed non in stirpes, sed in capita.*

Tertio, testimonio ipsius Iustiniani l. penul. C. de legitimis hæred. sic dicentis; *Illo procul dubio obseruando, vt successio non ad stirpes, sed in capita diuidatur.* Et loquitur de successione filiorum fratrum, vt patet ex verbis præcedentibus ibi: *Et mortuo eo, qui patruus quidem est*, &c.

Quod autē ex Nouella Iustiniani Constitutione, quæ habetur in tit. de hæred. ab intestato venientib. hoc ius antiquum immutatum non sit, patet; quia in ea Constitutione nihil habetur, quod pertineat ad successionem in stirpes filiorum fratrum; nisi quando ipsi filij fratrum succedunt vnà cum patruis suis, quod vt planum fiat, & simul intelligatur nullam vim habere argumenta Sonsbechii, quæ adfert ex dicta Nouella pro contraria sententia, ego referam ipsius Nouellæ verba, vt ea ob oculos lector habens, facile nulla distractione alia impeditus, rem percipiat, atque dijudicet. Verba hæc sunt, quod attinet ad rem nostram.

Si igitur defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primum ad hæreditatem vocamus fratres, & sorores ex eodem patre, & ex eadem matre natos, quos etiā cum patribus ad hæreditatem vocauimus. His autem non existentibus in secundo ordine illos fratres ad hæreditatem vocamus, qui ex vno parente coniuncti sunt defuncto, siue per patrem solum, siue per matrem. Si autem defuncti fratres fuerint, & alterius fratris aut sororis præmortuorum filij, vocabuntur ad hæreditatem, ipsi cum de patre, & matre Theois masculis aut fœminis: & quanticunque fuerint, tantam ex hæreditate percipient portionem, quantam eorum pa

A *rens futurus erat accipere, si superstes esset. Vnde consequens est, vt si fortè præmortuus frater, cuius filij uiuunt, per vtrāque partem nunc defuncta personæ iungebatur, superstites autem fratres per patrem solum forsitan, aut matrem ei iungebāntur: præponuntur istius filij propriis Theois, licet in tertio sint gradu, siue à patre, siue à matre sint Theoi, & siue masculi, siue fœminæ sint, sicut eorum parens præponeretur, si uiueret. Ex diuerso, siquidem frater superstes ex vtroque parente coniungitur defuncto, præmortuus autem per vnū parentem iungebatur: huiusmodi filios ab hæreditate excludimus: sicut ipse si uiueret, ab hæreditate excludebatur. Huiusmodi verò priuilegium in hoc ordine cognationis solis præbemus fratrum masculorum, & fœminarum filiis, aut filiabus, vt in suorum parentum iura succedant. Nulli alij omnino personæ ex hoc ordine venienti hoc ius largimur. Sed & ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium conferimus, quando cum propriis vocantur Theois, masculis, & fœmi-*
B *nis, siue paternis, siue maternis sint. Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes, sicut iam diximus, ad hæreditatem vocantur: nullo modo ad successionem ab intestato fratris, aut sororis filios vocari permittimus, neque si ex vtroque parente eorum pater, aut mater defuncto iungebatur: quandoquidem fratris, & sororis filiis tale priuilegium dedimus, vt in propriorum parentum succedentes locum soli in tertio constituti gradu, cum iis, qui in secūdo gradu sunt, ad hæreditatem vocentur. Illud palam est, quia Theois defuncti masculis, & fœminis, siue à patre, siue à matre præponuntur, si etiam illi tertium cognationis similiter obtineant gradum. Si verò neque fratres, neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit: omnes deinceps à latere cognatos ad hæreditatem vocamus, secundum vniuscuiusque gradus prærogatiuam, vt viciniores gradu ipsi reliquis præponantur. Si autem plurimi eiusdem gradus inueniantur, secundum personarum numerum inter eos hæreditas diuidatur: quod in capita nostræ leges appellant.*

C Iam igitur in hac constitutione nullum verbum continetur, quo filios fratrum in stirpes succedere significetur, præterquam eo in casu, quo succedant simul cum patruis suis: ergo si soli succedant, non succedent in stirpes, sed in capita, sicut antiquo iure constitutum est.

Respondet Sonsbechius, & probare conatur, filios fratrum ex ea Nouella in stirpes succedere, & repræsentare parentem defunctum, etiam si non cum patruis suis concurrant. Et primò inducit textum in vers. *Vnde consequens est.* vbi dicitur, si non extent fratres vtrinque coniuncti defuncto, sed ex vno latere tantum, & simul extent filij alterius fratris defuncti, qui ex vtroque latere erat coniunctus, filios fratris defuncti repræsentare patrem suum defunctum; & ideo excludere fratres defuncti superstites ex vno latere tantum, sicut eos parens ipsorum, si viueret, tanquam ex vtroque latere iunctus excluderet. Ex quo sequitur filios fratrum tunc in stirpes succedere, & tamen soli succedunt, non autem vnà cum
D patruis suis, quia nulli extant ex vtroque latere iuncti, sed tantum ex vno latere, quos ipsi filij excludunt.

Respondeo, in eo casu procul dubio filios fratrum in stirpes succedere, quia succedunt iure repræsentationis patris sui defuncti, alioqui excludere non possent fratres defuncti ex vno latere tantum. Et de hoc singulari casu nos non disputamus. Sed nostra disputatio est, cùm soli extant filij fratrum, & nullus frater defuncti prorsus, neque vtrinque coniunctus, neque ex vno latere tantum: tunc enim vt ipsi filij succedant, nulla opus est repræsentatione patris sui; & consequenter cùm ex persona propria vocentur ad successionem, illa in capita diuidetur secundum ius antiquum.

Et licet infra textus dicat, ipsis fratrum filijs, tunc hoc beneficium collatum, quando cum proprijs vocantur patruis, tamen id non repugnat præcedenti sententiæ, quia etiam eo in casu, quo extant frater defuncti ex vno latere, & filij fratris præmortui ex vtroque latere coniuncti, potest aliquo modo dici eos vocari cum patruo, scilicet cum fratre defuncti ex vno latere iuncto, sed

tamen eum excludunt, quia repræsentant patrem præmortuum, qui defuncto, de cuius successione agitur, ex vtroque latere tunctus erat. Hoc enim dicere Imperator voluit, fratrum filios non habere hoc beneficium, quando nullus extat patruus ipsorum, cum quo concurrere, vel cui præferri in successione debeant: vel quoties extant quidem patrui, sed simul etiam alij puta ascendentes defuncti, qui simul ad hæreditatem vocantur; tunc enim filij fratrum non concurrunt, vt subdit Imperator statim in §. si autem.

Secundò, Sonsbechius adfert, ac perpendit textum in versi. *Illud palam*, vbi dicitur, fratris vtrinque coniuncti filios excludere patruum magnum, qui similiter in tertio gradu est, quod non alia ratione contingit, nisi quia patrem suum repræsentat, qui sine dubio, si viueret, patruū magnum excluderet, quoniā vno gradu anteire ipsum: Et sic filij fratrū ibi succedunt necessariò in stirpes. Respondeo, etiam eo in casu in stirpes succedere, quia veniunt ad exclusionem patrui magni, sed nostra quæstio est, quando non veniunt ad exclusionem alterius, soliq; extant, & successionem soli obtinent.

Tertiò, Sonsbechius ponderat textum in vers. *Huiusmodi verò*, vbi dicitur solis concessum esse fratrum filijs, & non vlterioribus, vt in parentum suorū iure succedant. Ex quo patet generaliter hoc beneficium concessum esse filiis fratrum, siue sint soli, siue cum patruis succedant.

Respondeo, hanc interpretationem corruere ex verbis sequentibus, quibus dicitur: *Sed & ipsis fratrum filius hoc beneficium tunc conferri, quando cum patruis succedunt*.

Respondet Sonsbechius, illa verba, *sed & ipsis*, contrarium probare; quia hoc Imperator vult, non solum filios fratrum, quando soli sunt, in suorum parentum iura succedere: sed etiam quando simul cum patruis vocātur ad successionem patrui defuncti, quod probatur, inquit, ex copulatiua illa, (*Et*,) quæ sine causa ibi posita non est, immò habet emphasim. nam si voluisset Imperator id obtinere solum in casu, in quo cum suis patruis succederent, & tunc demum in locum parentum suorū succedere, non dixisset, *sed & ipsis*, sed dixisset, *ipsis fratrum filius*, neglecta copulatiua, (*Et*,) tunc hoc beneficium conferimus: aliàs Iustinianus culpandus esset, tanquam superflua dixisset. Nam idem suprà dixerat in versic. *Huiusmodi*.

Respondeo, nihil esse superflui, quia in vers. *Huiusmodi*, Iustinianus hoc statuit, vt huiusmodi priuilegium solis filiis fratrum, & non vlterioribus concedatur. In vers. *Sed & ipsis*, aliud statuit, vt nempe ipsis quoque fratrum filiis tunc illud beneficium competat, cum ad successionem cum patruis vocantur: Et sic cum diuersa vtrobique statuerit, non potest superfluus videri. Et quod attinet ad distinctionem illam, (*Et*,) illa non malè posita in hoc sensu, quia hoc vult Imperator solis fratrum filiis priuilegium illud competere, & non aliis, sed & ipsis tunc solum competere, cum ad successionem cum propriis patruis vocantur, quo sermone restringit illud beneficium, quod antea videri posset absolutè filiis fratrum competere: qui modus loquendi, & vsitatus, & congruus est.

Ex his patet responsio ad id, quod quarto loco Sonsbechius adfert.

Quintò idem Sonsbechius perpendit textum in §. si verò neque fratres, vbi dicitur, post fratres, & fratrum filios cæteros in capita succedere: ex hoc infert filios fratrum succedere in stirpes, & non in capita. Respondeo, non rectè illud inferri, quia Imperator in præcedēti parte textus, locutus est de filiis fratrum succedentibus cum patruis suis, uel ad exclusionem uenientibus patrui magni, aut fratris defuncti, ex uno latere tantum coniuncti, qui illis in casibus in stirpes succedunt, non autem in capita; quare postea subdit summa ratione, si nec fratres extent, nec filij fratrum, *sicut diximus*, reliquos cognatos in capita succedere. Quid aūt sit iuris si soli fratrum filij existant, nec ad alterius exclusionem ueniant, non declarauit Iustinianus vllibi in dicta Nouella, & ideo manet ius antiquum in suo robore, & efficacia.

Sextò idem autor pependit in eodem §. si verò neque fratres, vers. si autem plurimi, anxiè Imperatorem decidere, si vltrà fratrum filios plurimi sint eiusdem gradus, tunc singulos in capita succedere, non in stirpes: quod tamen indubitatum erat, & antea constitutum. Ideo igitur putandus est Imperator id ita constituisse, ne quis crederet priuilegium fratrum filijs concessum, vt in locū parentis succederent, & sic in stirpes successio diuideretur, extendi ad nepotes, vel pronepotes quoque præmortuorum fratrum.

Respondeo, Iustinianum in ea parte idem statuisse, q̃ antiquo iure constitutum erat, & id non est absurdum: quia in tota illa constitutione multa innouauit, & correxit, & de vniuersa successione statuit. Quare necesse fuit exprimere quid innouaret, & quid cōuenienter antiquis legibus statueret, & non frustrà de vlterioribus cognatis id decreuit: quia forsitan existimari potuisset, aliquando iure repræsentationis locum futurum successioni in stirpes. Non tamen inde argumentari licet hoc Iustinianū voluisse, vt filij fratrum in capita succederent. Et lanè probabilis coniectura nulla est; quoniam cum Imperator sciret antiquis legibus successionem eis in capita deferri, si uoluisset eas non obtinere, certè id dixisset, sicut dixit, & expressit illis in casibus, in quibus filij fratrum cōcurrunt cum suis patruis, vel ad exclusionem patruorum aliquorum veniunt.

Ex quibus patet postremum argumentum, quod idē autor vrget, si Iustinianus uoluit filios fratrum in stirpes absolutè succedere, nihil noui statuisset in d. § si verò neque fratres. Etsi enim nihil ea in parte noui statuisset, in aliis tamen Constitutio non sunt; quoniam ex ea intelligimus, quid Iustinianus iuris antiqui abrogauerit, & quid iuri antiquo conuenienter statuerit. Neque enim vlla necessitas est, vt omnia iura vetera correcta esse putemus ex noua Constitutione, sed satis est, si in aliquibus correcta fuerint, in aliquibus declarata, in aliquibus etiam confirmata.

CAPVT IV.

Quomodo ascendentes in pari gradu existentes succedant filijs vita functis nullo condito testamento.

TRes sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima, ascendentes hoc modo succedere filiis intestatis defunctis, vt in bonis, quæ ex paterna linea ad filios peruenerunt, pater succedat, matre exclusa, & mater contrà patre excluso in bonis, quæ ad filium ex linea materna peruenerunt, in cæteris bonis aliundè quæsitis æqualiter succedant. Ita Bartolus in Authent. Itaque, C. commun. de success. & multi alij, quos refert Andreas Tiraquell. de retractu conlang. §. 14. num. 12. & post eum Couuarr. de success. ab intestat. num. 2.

Fundamentum est primò in l. 3. C. de bonis, quæ lib. ibi: *Sin autem idem nepos superstitibus tam patre, quam auo paterno diem suum sine liberis obierit, eorum dominiū, quæ ad ipsum ex matre, vel ab eius linea peruenerunt, non ad auum, sed ad patrem eius perueniat*. Secundò in §. 1. Institut. Per quas personas nobis acquir. ibi: *Quæ enim mundia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reuerti*: Tertiò, quia idem videtur receptum in successione fratrum, vt frater vterinus in bonis illis succedat, quæ ad defunctum fratrem ex linea materna peruenerunt: in his verò, quæ ex paterna linea, succedat frater consanguineus, l. de emancipatis, C. de legitimis hæred.

Secunda est sententia nonnullorum, quos commemorat Couuar. loco annotato, solum patrem succedere in lucris nuptialibus, quæ ad filium peruenerūt ex linea paterna;

paterna: & contra, matrem solam in lucris acquisitis ex linea materna. Ita enim loquuntur l.2.& 3. C.de bonis quæ liberis.

Tertia sententia, quæ mihi verissima videtur, patrem & matrem cæterosque ascendentes in pari gradu existentes filijs suis æqualiter succedere nulla bonorum distinctione adhibita, vnde peruenerint ad filium. Ita Baldus in Authent. defuncto, C.ad Tertyll. & alij multi, quos refert, & sequitur Couuar. loco supra citato, de success. ab intestato, num.2. & nouissimè Valentinus Forsterus de success. ab intestato, lib.3. de successione ascendentiũ, conclus.4.

Fundamentum est solidum in text. Nouellæ, de hæred. ab intestato. *Si autem plurimi ascendentium viuunt: hos praponi iubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos & fœminas, siue paterni, siue materni sint. Sin autẽ eundem habent gradum, ex æquo inter eos hæreditas diuidatur, vt medietatẽ quidem accipiant omnes à patre ascendentes, quanticunque fuerint: medietatem verò reliquam à matre ascendentes, quanticunque eos inueniri contigerit.*

Hic nullam vides fieri distinctionem bonorum, vnde filijs peruenerint, quæ tamẽ distinctio, si necessaria erat, exprimi debuisset. Non ergo licet nobis eam inducere sine aliqua legis autoritate. Nam quod habetur in l.3.C. de bonis, quæ liberis, non pertinent ad rem prorsus: quia ibi, dicitur patrem auo præferri in successione. Nam illa verba: *Non ad auum, sed ad patrem eius perueniat*, non sunt accipienda de patre matris; & sic de auo materno, sed de patre ipsius filij defuncti. Nam facti species loquitur de patre, & auo paterno superstitibus; non autem de auo materno, vt patet ex verbis præcedentibus, ibi: *Sin autem idem nepos superstitibus tam patre, quàm auo paterno, diem suum sine liberis obierit*, &c. Necnon ex verbis sequentibus, ibi: *Vsufructu videlicet in huiusmodi casibus auo, dum superest, reseruando*: quæ verba intelligi non possunt de auo materno, sed de paterno; quia ille vsumfructum habere debet, non auus maternus.

Quod autem secundo loco adfertur ex Institutionibus, nihil offendit; quia loquitur de bonis à patre profectis, quod scilicet æquum sit, ea patri acquiri, quod à quæstione nostra longè est alienum.

Denique id, quod tertio loco adfertur de fratre vterino & consanguineo, dubito, vt verum sit; Ego enim in sequenti capite falsum esse ostendam. Sed vt maximè verum esset, quod iterum inficior, non inde sequitur, idem etiam in successione ascendentium statuendum esse, quã à successione fratrum longè differre constat: Præsertim cùm videamus Iustinianum nulla bonorum distinctione facta, parentes æquo iure ad filiorum successionem vocasse.

CAPVT V.

De successione fratris vterini, & consanguinei controuersia.

Existimo fratrem vterinum, & consanguineũ æqualiter succedere fratri intestato defuncto nullis proximioribus superstitibus, nulla distinctione adhibita bonorum, vtrũ ex linea paterna, vel materna ad defunctum peruenerint. Et moueor autoritate textus in Nouella. De hæredibus ab intestato venient. §.si igitur, vbi Iustinianus ita scribit: *Si igitur defunctus neque ascendentes, neque descendentes reliquerit, primum ad hæreditatem vocamus fratres, & sorores ex eodem patre, & ex eadem matre natos: quos etiam cum patribus ad hæreditatem vocauimus. Hic autem non existentibus in secunde ordine illos fratres ad hæreditatem vocamus, qui ex vno parente coniuncti sunt defuncto, siue per patrem solum, siue per matrem.*

Vides clarum textum nullam differentiam bonorum comminiscentem, sed æqualiter vocantem fratres vterinos & consanguineos ad successionem. Autores eiusdẽ

A sententiæ habeo Fulgosium & Cotneum in Auth. itaque, C.commu. de success.

Communior sententia docet vterinum succedere in bonis, quæ à matre consecutus est defunctus: Consanguineum autem in illis bonis, quæ à patre habuit; in cæteris autem bonis æqualiter succedere. Bart. in Authen. Itaque, C.commu. de success. Iason in l.post dotem, ff. soluto matr. alios refert & sequitur Couuar. de successionibus ab intestato, post num.8. vers. Tertiò est animaduertendum. quibus adde Iacobum Cuiacium in consultatione 23.

Fundamentum est in l.de emancipatis, C.de legitimis hæredibus. in illis verbis: *Exceptis maternis rebus, in quibus, si de eadem matre fratres, vel sorores sint, eos solos vocari oportet.*

Respondeo, Iustinianum ibi non loqui de fratre vterino, sed de fratre, qui ex latere etiam matris coniunctus est defuncto, vt is alteri fratri consanguineo præferatur
B in bonis, quæ defunctus frater à matre consecutus est. Nam hæc est sententia legis: Emancipato defuncto fratres & sorores ei succedere in dominio bonorum, patrẽ vero in vsufructu: fratres autem & sorores, scilicet ex vtroque latere, vel ex latere patris: ita tamen, vt is, qui nõ solum ex latere patris, uerum etiam matris iunctus est, præferatur alteri consanguineo, quoad bona, quæ defunctus habuit à matre.

Hæc verissima interpretatio confirmatur quia eo tẽpore frater uterinus ad successionem non admittebatur in ordine fratrum, sed in ordine aliorum cognatorum. Primum enim ad successionem uterini sunt admissi, ex l. meminimus, C.eodem titu. quæ lex est posterior. Nam edita est Iustiniano IV. & Paulino Consulibus. Altera uerò, nempe, l.de emancipatis, post Consulatum Lampadij & Orestis, anno secundo.

Et in dicta l.meminimus, ita statuit Iustinianus: *Sed*
C *nec fratrem, nec sororem vterinos concedimus in cognationis loco relinqui; Cum enim tam proximo gradu sint; merito eos sine vlla differentia, tanquam si consanguinei fuerant, cum legitimis fratribus & sororibus vocandos esse, sancimus, vt secundo gradu constituti, & legitima successione digni reperti aliis omnibus, qui sunt vlterioris gradus, licet legitimi sint, præcellant.*

Non igitur est verisimile, Iustinianum in d.l.de emancipatis, locutum esse de vterinis fratribus, qui uidelicet tantum ex latere matris sunt coniuncti; quia eo tempore illi non erant in ordine fratrum. Præterea, si Iustinianus ibi loqueretur de fratribus uterinis, eosque præferrei in bonis, quæ à matre defunctus habuit, ratio postulabat, ut & consanguineos præferret similiter uterinis in bonis, quę frater defunctus habuit à patre. quod est alterum membrum communis sententiæ & distinctionis bonorum, qua tamen de re nullum est uerbum in tota illa lege: Immò, nullum uerbum de uterino, uel consan-
D guineo fratre; sed de fratribus & sororibus generatim textus loquitur. Quare uerba illa: *Exceptis maternis rebus*, &c. hunc sensum habent, quem dixi, ut uidelicet frater ex eadem matre solus bona illa consequatur, qui tamen frater sit etiam ex eodem patre, non autem, qui sit ex eadem matre tantum: quia ille non admittebatur in ordine fratrum, ut dixi.

Et sanè, si talis distinctio bonorum esset adhibenda ex illa lege, æquum erat, ut idem Iustinianus in Nouella Constitutione id aliquo modo significaret. Sed nihil hac de redicit in dicta Nouella, quare argumentum euidens est nihil etiam in d.l.de emancipatis. statutum fuisse; sed generaliter & indistinctè fratres uterinos æqualiter succedere cum fratribus uterinis, nulla ratione habita bonorum fratris defuncti, unde illa prouenerint, ut in d. Nouella, de hæredib. ab intest. uenientibus. §.si igitur.

CAPVT VI.

Si pater, & mater, vel auus paternus, & maternus ſimul ſuccedant filio, vel nepoti inteſtato defuncto, qui erat in poteſtate, an vſumfructum pater, vel auus pater nus habeat in portione matris, vel aui materni.



EXiſtimo patrem, vel auum paternum inteſtato filio defuncto, vel nepoti in poteſtate exiſtentibus ſuccedentem vnà cum matre, vel auo materno præter ſuam portionem, quã pleno iure conſequitur, iure etiam vſumfructum obtinere, donec vixerit, eius portionis, quæ matri, vel auo materno delata eſt. Mouetor autoritate textus in l. vlt. C. ad Tertyll. vbi Iuſtinianus ita ſcribit: *Sin verò defuncta perſona in ſacris patris conſtituta deceſſerit: pater quidem vſumfructum, quem & viuente filio habebat, teneat, donec viuat incorruptum, mater verò, quia hunc vſumfructum habere viuente patre non poteſt, totum apud patrem conſtitutum: vna cum fratribus defuncta perſona ad proprietatem vocetur.* Ita docet Paulus Caſtrenſis in Authent. Defuncto, C. ad Tertyll.

Sed aliter pronunciatum eſt in Senatu Pedemontano apud Anton. Teſſaurum deci. 156. Dubitatione iniecta ex Nouella Iuſtiniani de hære. ab inteſtato venient. Cuius hæc ſunt verba: *Si autem pater, aut mater fuerint, diuidenda inter eos quippe hæreditate ſecundum perſonarũ numerum vti, & aſcendentium, & fratrum, ſinguli æqualem habeant portionem, nullum vſum ex filiorum, aut filiarum portione in hoc caſu valente patre ſibi penitus vindicare, quoniam pro hac vſus portione hæreditatis ius, & ſecundum proprietatem per præſentem dedimus legem.*

Sed, bona tantorum patrum venia, ratio dubitandi non erat magna, quia Iuſtinianus ſatis diſertè vſumfructum patri auſert ex filiorum portione, non autem matris, & cauſam adſert, quia ſcilicet vocatur ad ſucceſſionem, ad quam aliàs non erat vocatus ſecũdum antiquas leges. De matris autem portione nullum verbum; Cum tamen loquatur etiam eo in caſu, quo mater adeſt, & ſuccedit, vt patet ex verbis illis: *vt & aſcendentium*, & fratrum, quæ ſignificant non vnius patris, ſed plurium aſcendentium ſucceſſionem. Et ideo meritò ſubdit, *nullum* vſum ex filiorum portione patrem ſibi vindicare. Idem & de portione matris dicturus, ſi voluiſſet. Ergo non derogatur l. vlt. C. ad Tertyll. quatenus ex portione matris vſumfructum patri aſſignat, ſed tantum quatenus ex portione fratrum. Atque ita ſentio, & ſatis id mihi perſpicuum videtur.

CAPVT VII.

An frater vtrinque coniunctus defuncti præferatur, an verò ſimul cum eo ſuccedat?



NIgros iam diu meritiſſimo iure tulit calculos Iacobi Beluiſij ſententia, in §. ſi verò, in Nouella, de hæred. ab inteſta. venient. exiſtimantis fratrem vtrinque coniunctum auo præferendum eſſe in ſucceſſione defuncti, eo argumento, quod frater vtrinque coniunctus vnà cũ patre ad ſucceſſionem vocetur; Pater autem vti gradu proximior auum excludat. Etſi enim Caſſanæus eam ſecutus fuerit ſententiam in Conſuetudine Burgundiæ, Rub. 7. §. 6. verſic. ſed aduerte, cæteri tamen eam repudiarunt, Bartolus, Caſtrenſis, Salycetus, Corneus in Authen. Defuncto, C. ad Tertyl. Couuar. de ſucceſſ. ab inteſtato, num. 5. Iſti docent, ſimul auum, & fratrem ſuccedere, autoritate textus in dicta Nouella de hæredibus ab inteſtato venientibus, in illis verbis: *Si verò cum aſcendentibus inueniuntur fratres, aut ſorores ex vtriſque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu aſcendentibus vocabuntur.*

Proximus autem gradu is dicitur, quem nemo ante-

A cedit, l. proximus, 92. ff. de verb. ſig. Quare, ſi ex aſcendẽtibus ſolus extet auus, cum eo frater vtrinque coniunctus ſuccedet, non autem eum excludet; quia auus erit tunc gradu proximus.

Ad argumentum reſpondetur, auum hoc in caſu idẽ iuris habere, quod pater defuncti haberet: Eſt enim patre deficiente proximior, ideò à fratre excludi non poteſt, quemadmodum neque pater poſſet.

CAPVT VIII.

Vtrum fratres ex vno tantum latere coniuncti ſuccedant ſimul cum parentibus defuncti.



REſpondit Caſſanæus in conſil. 9. & in Conſuetudine Burgundiæ, Rubr. 7. §. 6. verſ. dictum eſt hic fratres, vel ſorores ex vno latere tantum iunctos ſuccedere defuncto vnà cum patre, vel matre, autoritate motus
B l. vltima, C. ad Tertyll. vbi Iuſtinianus ita dicit: *Si quis, vel ſi qua, matre ſuperſtite, & fratre, vel legitimo, vel ſola cognationis iura habente inteſtatus, vel inteſtata deceſſerit, non excludetur filio ſucceſſione matrem, ſed vnà cũ fratre mortui, vel mortuæ, ſi ſuperſtes, vel ſi filius, vel priuignus ipſius ſit ad eam perueniat ad ſimilitudinem ſororum mortui, vel mortuæ, ita tamen, vt ſiquidem ſola ſorores agnatæ, vel cognatæ, & mater defuncti, vel defunctæ ſuperſint, pro veterum legum tenore dimidiam quidem mater, alteram verò dimidiam partem omnes ſorores habeant.*

Sed contrarium reſponderunt alij magis communiter, vt videre licet ex Couuar. de ſucceſſ. ab inteſtato, numero 5. Quibus Nouella Iuſtiniani adſtipulatur de hæred. ab inteſtato, in illis verbis: *Si igitur defunctus deſcendentes quidem non relinquat heredes, pater autem, aut mater, aut alij parentes eis ſuperſint: omnibus ex latere co-*
C *gnatis hos præponi ſancimus, exceptis ſolis fratribus ex vtroque parente coniunctis defuncto, ſicut per ſequentia declaratur.*

Hæc Conſtitutio præponit parentes defuncti omnibus ex latere cognatis, exceptis ſolis fratribus vtrinque coniunctis, ergo eos præponit fratribus & ſororibus, ex vno tantum latere coniunctis, & cum ſit poſterior, prior eſt meritò præferenda. Quare communem ſententiam amplector repudiata Caſſanæi opinione.

CAPVT IX.

Ad l. ſi infanti, C. de iure deliberandi. Controuerſia.



THeodoſius, &c. *Si infanti, id eſt, minori ſeptem annis in poteſtate patris, vel aui, vel pro aui conſtituto, vel conſtitutæ hæreditas ſit derelicta, vel ab inteſtato delata à matre, vel linea,*
D *ex qua mater deſcendit, vel alijs quibuſcunque perſonis: liceat parentibus eius, ſub quorum poteſtate eſt, adire eius nomine hæreditatem, vel bonorum poſſeſſionem petere: Sed ſi hoc parens neglexerit, & in memorata ætate infans deceſſerit: tunc parentem quidem ſuperſtitem omnia, ex quacunque ſucceſſione, ad eundem infantem deuoluta iure patrio, quaſi iam infanti quæſita, capere,* &c.

Sed nunquid ſoli patri acquiretur hodierno iure, ſi mater, vel fratres, aut ſorores extent vtrinque coniuncti? variarunt ſententiæ eſt. Aiunt Angelus, Salycetus, Caſtrenſis, & Alexander eo in loco, quaſi illud ſpecialiter conſtitutum fuerit in fauorem patris, vt indicare videtur illa verba: *Iure patrio, quaſi iam infanti quæſita capere.* Negant Bartolus ad l. ventre, ff. de acq. hæred. & ibidem etiam Aretinus, Iaſon in d. l. ſi infanti, poſt nu. 8. Dec. in conſ. 87. quibus & ipſe ſubſcribo. Nam ſi hæreditas fingitur iã infanti acquiſita, ſequitur, vt non ad ſolum patrem deferatur, ſed & ad alios, qui vnà cũ eo

vocan-

vocantur ad successionem, iuxta Nouellam, de hæredibus ab intestato venient. Quod enim dicitur, illud specialiter in fauorem patris constitutum esse, locum habere potest, secũdum ius antiquum, quo pater iure patrio, & iure peculij, omnia filiorum bona acquirebat, sed cũ iam in aduentitijs rebus eis succedat, vt hæres, iuxta Nouellam illam, De hæred. ab intest. venient. non procul à principio, hinc efficitur, vt ius peculij, & patrium illud, iam cesset, & locum habeat ius successionis, & hæreditatis; quod cum non solius patris sit, sed aliorũ quoque, qui cum patre vocantur ad hæreditatem, non soli patri conferendum sit; sed etiam cæteris communicandum, quibus communis est hæreditas atque successio.

CAPVT X.

Nati ex coitu damnato, & nefario, an sicut ascendentibus non succedunt, ita etiam excludantur ab intestati successione transuersalium.

NAtos ex nefario, & damnato coitu ascendentibus non succedere certum est, §. vlt. in Auth. Quib. modis natur. effic. leg. & in §. ult. Quib. modis natur. effic. sui. Sed controuersia est; an etiam excludantur à successione transuersalium, & contrà, transuersales ab eorũ successione, siue ex eodem nati sint coitu, siue non; sed vnus saltem eorum scilicet, vel is, qui defunctus est, & de cuius successione agitur; vel is, qui debet succedere. Et quidem excludi etiam ab huiusmodi trãsuersalium successione responderunt Alexander in cons. 174. lib. 5. Decius in cons. 311. Ioan. de Anania in cons. 95. & alij, quos refert & sequitur Cagnolus in l. si qua illustris, C. ad Orficianum, nu. 44. quibus adde Valentinum Forsterium de successionib. ab intestato. tit. de successionibus eorum, qui ex damnato coitu, &c. concl. 5.

Cæterùm, non excludi, responderunt Corneus, & Io. Petrucius Perusinus, in d. l. si qua illustris, Curtius iun. in consil. 123. & alij apud Afflictum decis. 96. alios citat Peregrinus de iure fisci, lib. 3. tit. 18. nu. 43.

Fundamentum prioris sententiæ est, quia nati ex tali coitu damnato, & punibili, sunt odibiles, & nulla eis participanda clementia est, vt inquit Imperator in d. §. vlt. Nouella, Quib. modis natur. effic. legitimi, nec filij nominantur naturales, nec patri, aut matri vllo gradu coniunguntur; & ideo nec inter fratres, aut consanguineos reputandi sunt, siue persona patris, siue matris consideretur, sicut colligere licet ex d. Nouella: *Eos enim*, inquit textus, *qui semel ex odibilibus nobis, & propterea prohibitis nuptijs procedunt, neque naturales vocari, neque participanda eis vlla clementia est, sed sit supplicium etiam hoc patrum, vt agnoscant, quia neque quicquam peccatricis concupiscentia eorum habebunt filij.* Et rursus Nouella, quib. mod. natur. effic. sui, §. vlt. *Primum quidem*, inquit, *omnis, qui ex complexibus, (non enim hoc vocamus nuptias,) aut nefarijs, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est à parentibus, neque habebit quoddam ad præsentem legem participium.*

Posterioris autem sententiæ argumenta hæc sunt. Primum ex l. si Spurius, ff. vnde cognati. Vlpianus: *Si Spurius intestatò decesserit, iure consanguinitatis, aut agnationis hæreditas eius ad nullum pertinet: quia consanguinitatis, itemque agnationis iura à patre oriuntur. Proximitatis verò nomine mater eius, aut frater eadem natus bonorũ possessionem eius ex edicto petere potest.*

Secundum ex l. hac parte, ff. eod. tit. ibi: *Item ipsi fratres inter se ex hac parte bonorum possessionem petere possunt; quia sunt inuicem sibi cognati.*

Tertium est; quia inter istos videtur esse quædam saltem naturalis cognatio, l. quarta, §. & cognationis, ff. de gradibus.

Quartum est; quia licet à parentum successione repellantur, nulla tamen est lex, quæ à successione fratrum, & aliorum transuersalium eos excludat. Nec ratio legis cõtra eos locum habere videtur; quia transuersales non peccarunt, sed parentes ex quibus tales procreati sunt filij.

Nec obstat illud argumentum, quod sint exclusi à successione patrum, & nullam cum eis habeant consanguinitatem; quia non inde efficitur eos non succedere alijs, & non esse alijs coniunctos. Nam & aliàs coniunctus ex latere patris succedit, licet pater non succedat, l. 2. §. si sit consanguinea, ff. ad Orficianum. Rursus si pater reus sit perduellionis, filij non succedunt, & tamen nemo negabit eos inter se succedere, quia remanent agnati. Sic & nepos post mortem aui conceptus, auo non succedit, l. Titius, l. item prætor, ff. de suis, & legitim. & tamen nemo negabit, quin succedat filio aui.

Ego sanè iuris rationi magis consentaneam existimo priorem sententiam. Nam si tales nati ex coitu damnato, & punibili nullum habeant ius consanguinitatis siue agnationis ex parte patris, & nullum ius proximitatis ex parte matris; consequens est, vt nec vllo sint in gradu, per quem succedere possint cæteris transuersalibus: Sed verum est prius, verum igitur, & posterius.

Maior propositio probatur, quia Vlpianus de Spurijs loquens sic argumentatur; eos videlicet non posse iure consanguinitatis, vel agnationis ad aliquem hæreditatẽ transmittere; quia ius consanguinitatis, & agnationis à patre oritur, & ipsi patrem nominare non possunt, vnde si nec matrem nominare possent, ex qua iura proximitatis oriuntur, sine dubio, nec iure proximitatis eis quempiam succedere posse Vlpianus respondisset, eadem ratione. Minor autem probatur, quia tales nati ex nefario & damnato coitu, nec patrem, nec matrem appellare possunt, quia nec sunt digni filiorum naturalium nomine, nec parentibus succedere possunt; sed omni prorsus auxilio, & omni clementia destituti sunt, vt patet ex Nouellis suprà dictis; Igitur non habent iura cõsanguinitatis seu agnationis, nec proximitatis. Et ideo rectè infertur, nec eos alijs succedere transuersalibus, nec transuersales eis.

Nec difficile est ad argumenta respondere. Nam quod attinet ad l. si Spurius, & ad l. hac parte, ff. vnde cognati, nihil obstant, quia loquuntur de Spurijs, qui non sunt nati ex damnato coitu; sed dicuntur vulgo quæsiti, iuxta l. vulgo concepti, ff. de statu homin. & §. vulgo, in Instit. de succession. cognator. Id patet, quia textus dictarum legum supponit eos matri succedere posse, quod in Spurijs, qui nati sunt ex damnato coitu, prohibitum est. Similiter & de vulgo quæsitis loquitur textus in l. 4. versic. & cognationis, ff. de gradibus.

Quod autem expressè non excludantur aliqua lege à successione transuersaliũ nil mouere debet, primò, quia Iustinianus eos indignos pronunciauit, & nomine filiorum naturalium, & omni clementia. Deinde, quia pater & mater sunt fontes, & origines, ex quibus iura consanguinitatis, & proximitatis oriuntur: qui fons cum eis desit, nullum habent medium, ex quo gradum deducere cognationis valeant.

Et licet fratres, & alii transuersales non peccauerint, tamen peccauerunt parentes, qui proinde sunt digni hac pœna, vt filios omni iure sanguinis destitutos esse intelligant. Et quamuis non malè dicatur ex eo, quod filii à successione parentum excludantur, non rectè inferri, quod etiam à mutua inter seipsos successione arceantur; tamen, quando filii à parentum successione ideo excluduntur, quoniam iura prorsus eis desunt consanguinitatis, & cognationis, non malè infertur, eos etiam omni iure, & gradu, ex quo successio defertur, etiam inter sese spoliatos, & destitutos censeri.

CA-

CAPVT XI.

Titulus pro hærede in suis hæredibus, veluti sunt filij in potestate, an proficiat ad vsucapionem?



Vi hæredes ideo apellantur, quia domestici hæredes sunt, & viuo quoque patre quodammodo domini existimantur, inquit Iustinianus in §.sui, in Institut. de hæredum qualit. & differ. Domestici hæredes, id est, proprij, vt declarat Franciscus Connanus lib. 10. cap. 5. nu. 7. Quamobrem cum sint veri & proprij, hæredes, cæterisque fauorabiliores, vt notum est, non uideo rationem vllam, cur non, sicut cæteri hæredes, titulo pro hærede vsucapiant. Proinde sequor Viglium in §. sui, in Instit. de hæredum qualit. & diff. Forcatulum Dialogo 36. Cumanũ in l. 2. §. filium, ff. pro hærede. Fulgosium in l. 1. C. eod. tit. Pinellum ad Rub. C. de bonis mater. in 2. parte, post nume. 38. docentes æquè suos, atque alios hæredes titulo B pro hærede posse vsucapere.

Contrarium docuerunt Accursius, Bartolus, Paulus, Alexand. Alciatus, & alij antiquiores, ac recentiores interpretes, quos refert & sequitur Couuar. ad c. possessor, in 2. parte, §. 5. de reg. iuris, lib. 6. & latius à Pinello commemorantur, quorum argumentis facilè responderi potest.

Primum est ex l. 2. §. filium, ff. pro hærede: *Filium quoque*, inquit Iulianus, *donatam rem à patre pro hærede negant vsucapere, Seruius scilicet, quia existimabat naturalem possessionem penes eum fuisse viuo patre, cui consequens est, vt filius à patre hæres institutus res hæreditarias à patre sibi donatas pro parte cohæredem vsucapere non possit.*

Respondetur, vsucapionem ex titulo pro hærede, meritò locum non habere in re donata filio, quia illam viuo patre possidet ex causa, siue titulo donationis. licet enim donatio non valeat, tamen naturalem possessionẽ C transfert, sicut cum uir vxori donat, l. 1. §. si vir vxori, ff. de acq. possess. Et ideo filius non potest rem donatam ex alia causa, nempe titulo pro hærede possidere. Nemo enim causam sibi mutare possessionis potest, l. 2. §. 1. ff. eo. l. 3. §. illud, ff. de acquir. possess. Consequenter nec vsucapere potest pro hærede.

Et sane, vt Pinellus acutè animaduertit, ex hoc loco potius argumentum sumi potest, filium regulariter posse vsucapere, quia si nõ posset vsucapere pro hærede, nulla erat ratio, cur quæreretur, an in ea specie posset vsucapere, in qua illud obstabat, quod nactus erat filius possessionem ex alia causa, quàm pro hærede.

Secundum argumentum est ex l. nihil, C. pro hȩrede: *Nihil pro hærede posse vsucapi*, inquit textus, *suis hæredibus existentibus obtinuit.*

Respondetur, non eam sententiam legis esse, suos hæredes vsucapere non posse. Neque enim verba hoc significant; Sed suis hæredibus existentibus, nullum aliũ D posse vsucapere. Cuius rei ratio afferri potest ex l. in suis, ff. de lib. & postum. vbi Paulus inquit: *In suis hæredibus continuationem dominij eò rem perducere, vt nulla videatur hæreditas fuisse, quasi olim hi domini essent*, &c. Ex quo apparet in suos hæredes, & rerum dominium, & possessionem mortuo patre transfundi, & quamuis possessionem non apprehenderint, tamen eosdem intelligi possidere, vt si alius ex testamento fortè quod vitiosum erat, hæreditatem adierit, vsucapere non possit, quia non possideat. Præcedit enim eius aditionem ea possessio, quam suis hæredibus lex tribuit.

Postremum argumentum est ex d. l. in suis, ff. de lib. & posthumis. Nam si filij patre mortuo dicuntur potius possessionem continuare, quàm hæreditatem adquirere, testimonio Pauli in d. l. ex hoc infertur, eosdem nec possessionem ex titulo pro hærede adipisci, nec ex eo titulo pro hærede (quem non habent) vsucapere posse.

Respondeo, filijs optimè, ac præ cæteris conuenire ti- A tulum hæredis; quia sunt veri, & proprij hæredes, & consequẽter vsucapere titulo pro hærede posse, licet hoc amplius, quàm cæteri hæredes habeant, quod viuente patre quodammodo domini existimantur, & ideo videantur potius liberam bonorum administrationẽ mortuo patre consequi, quàm hæreditatem percipere. Sed non impedit hæc res titulum hæredis, & non facit, quo minus filij hæredes dicantur. Erant quidem viuente patre existimatione quadam domini; Sed & mortuo patre verè sunt domini, verè sunt hæredes. Continuatio illa dominij ex legis interpretatione rei veritatem non immutat, atque adeò filij ius, & titulum hæredis non aufert.

CAPVT XII.

Vtrum pater Monachus effectus amittat vsumfructum, quem habet in bonis aduentitijs filij?



B I pater filium habẽs in potestate Monachus efficiatur, utrum vsumfructum bonorum filij aduentitiorum, siue maternorum amittat; an verò saltem, donec ipse viuit, Monasterium habeat, pugnantes sunt Doctorum sententiæ. Multi docuerunt vsumfructum manere debere apud Monasterium, donec pater vixerit. Accursius in Authent. Idem est, C. de bonis, quæ liberis. Baldus, Paulus Castrensis, & Corneus in Commentarijs dicti loci. Decius in c. in præsentia, nu. 66. de probat. & alij, quos refert & sequitur Pinellus ad l. 1. C. de bonis maternis, in 1. parte, num. 49. Caualcanus de vsufructu, pag. 421. nu. 241.

Cæterum, alij etiam non pauci existimarunt vsumfructum ad Monasterium non transire, sed statim professione secuta ad proprietatem redire. Ita olim docuit Martinus Silimanus, Salycetus in Authent. Idem est, C. de bonis, quæ liberis, & in Authent. Ingressi, quæ- C stio. 7. C. de Sacrosanct. Eccles. & ibid. Iason, col. vlt. Cynus & Albericus in d. Authen. Idem est, C. de bonis quæ liberis. Hippolytus Singulari 668. Couuar. in cap. 2. nume. 8. de Testam.

Alij denique dixerunt dimidiam vsusfructus partem apud Monasterium manere debere: alteram uerò dimidiam ad filium pertinere. Ita Bartolus, & Angelus in d. Authent. Idem est. Panormitanus in cap. in pręsentia, num. 57. de probat. Syluester Pierius in Summa, in verbo, Religio, 6.

Prioris sententiæ fundamentum est; quia si vsusfructus hoc in casu amitteretur, & ad proprietatem transiret, id eam ob causam contingeret, quia filius patria potestate solutus esset, quæ patria potestas est causa, vt patri acquiratur vsusfructus. Sed hæc causa non obstat; quia vsumfructum semel acquisitum pater retinet, licet patria potestas sit sublata; Ergo in casu proposito vsumfructum pater non amittit. Probatur assumptio ex l. vl- D tima, C. ad Tertyl. & ex l. 3. C. de vsufructu.

Secundæ opinionis fundamentum est; quia per ingressum Religionis, & professionem, tollitur patria potestas, quæ fons est, & origo acquisitionis vsusfructus patris. Nam cum Monachus ipse in potestate sit Abbatis, non potest alium in potestate habere, & mortuus dicitur mundo, consequenter non potest talia secularia munera obire & exercere, legitimusque administratoe esse bonorum filij, actiones mouere, & excipere, bonaque administrare, vt paterfamiliàs debet filiorum, quos in potestate habet, sed orationi vacare debet, & in Monasterio manere secundum regulas Religionis.

Tertiæ autem opinionis illud est fundamentum; quoniam ita constitutum est in patre filium emancipante, vt dimidiam partem vsusfructus retineat ac lucretur, l. cũ oportet, §. cum autem, C. de bonis, quæ liberis. Videtur autem pater Monasterium ingrediens filium emancipare, quia seculo renunciat, seque & sua omnia offert, & dedicat Deo.

Ego

Ego puto vsumfructum extingui, & ad proprietatem redire, hoc nouo argumento. Nam certum est patrem ipsum Monachum effectum, vsumfructum, de quo agitur, non retinere, cum nihil proprij iuris habeat: Ergo si apud Monasterium manere debeat, iusta aliqua causa interueniat, necesse est; At nulla potest esse iusta causa. Nā si vlla esset causa, illa esset ex eo, quod pater Monachus effectus sua omnia bona, & iura transferret in Monasterium; Sed vsusfructus transferri non potest; quia extraneo cedi non potest, sed proprietatis domino tantum, §. finitur, in Institut. de vsufructu. Et licet ius percipiendorum fructuum vendi, locari, aut gratis concedi possit, vt in §. 1. in Institut. de vsu & habitatione, tamen hoc non fit in præsenti specie. Nam cum aliquis concedit alteri ius percipiendi fructus, retinet ipse sine dubio ius vtendi, & fruendi, & quasi per alium videtur vti frui. Sed nullum ius apud Monachum esse potest; quia, vt inquit Iustinianus in Auth. de Monachis, §. si quis autem. *Ingredientem simul sequuntur omnino res; licet non expressim, qui introduxerit eas dixerit, & non erit dominus earum vlterius vllo modo.* Ergo non potest in Monasterium ita transferri; consequenter extinguitur, & ad proprietatem reuertitur.

Ad argumentum contrariæ opinionis respondeo, leges, quæ adferuntur, loqui, quando patria potestas soluitur, morte filij; tunc enim pater vsumfructum non amittit; sed nos loquimur cum viuente filio, patria potestas soluta est: tunc enim, quia filius sui iuris effectus, pro patrefam. habetur, non videtur esse consonum rationi, vt rerum suarum vsufructu careat. Præsertim, quia, vt in sequenti capite ostendemus, ipse filius statim patre Monasterium ingresso, & Religionem professo, ius habet legitimæ portionis consequendæ, periode, ac si naturaliter mortuus esset. Et quia filio emancipato certum est vsumfructum cessare, licet tunc in præmium emancipationis dimidia pars detur patri, l. cum oportet, §. cum autem, C. de bonis, quæ liberis.

Ad argumentum tertiæ opinionis respondeo, illud habere locum, vbi pater filium emancipando liberat eū à potestate; tunc in præmium factæ emancipationis consequitur, vt dictum est, dimidiam partem vsusfructus: Sed in proposita specie pater non habet animum emancipandi filium, sed Religionem profitendi; Ex qua professione ius patriæ potestatis legis dispositione, non patris beneficio perimitur. Quare nullum inde præmium consequi debet; quia principalis intentio spectanda est.

CAPVT XIII.

Possitne filius patre Monasterium ingresso, & Religionem professo, adhuc viuente, legitimam portionem petere?



AFfirmant Corsetus in Sing. in verbo Legitima, num. 3. Ioan. Anan. in cap. 2. de delictis puerorum. Baldus Nouellus de dote, parte prima, in principio. num. 3. Couuar. in capit. 2. nu. 7. de Testam.

Negant Glos. & Bartol. in Authen. Si qua mulier, C. de Sacrosanct. Eccl. & ibid. Salycet. & Iason. Decius in c. in præsentia, nu. 67. de probat. & ibid. Felyn. num. 56. Abbas in c. cum simus, de regul. Alex. ad l. si cum dotem, num. 13. ff. sol. matrim. Ascanius Clemens de patria potestate, cap. vlt. nu. 77.

Affirmantis fundamentum est in c. cum simus, de Regularib. in illis verbis: *Et bona paterna, quæ ipsi ex successione proueniunt, postulare.*

Huc accedat, quod dicitur in d. Authen. Si qua mulier, C. de Sacrosanct. Eccl. scilicet permissum esse patri Religionem professo, portiones legitimas filijs assignase. Id enim non permitteretur, si viuente patre portiones auferri Monasterio non possent.

Negantis fundamentum est: quia filio legitima non A debetur patre viuente, l. 1. §. si impubere, ff. de collat. bonorum. Nec contrarium est in præsenti specie constitutum: immò non posse legitimam peti viuente patre, indicare videtur textus in d. Authen. Si qua mulier, illis verbis: *Sed si post ingressum Monasterij moriatur: antè, quàm inter eos diuidat? filij legitimam percipient: reliqua substantia Monasterio competente.* Et ad text. in d. c. cum simus, respondent, illa verba accipienda esse de successione per mortem patris.

Ego priorem sententiam veriorem puto tribus argumentis. Primum est §. si quis autem, versic. si verò filios, in Authen. de Monachis, vbi Iustinianus ita dicit: *Si verò filios habuerit: siquidem contigerit eum res aliquas donasse eis, aut per antenuptialem donationem, aut per dotis occasionem contulisse, & faciunt hac quartam ab intestato eius substantiæ: nullum in reliquis habeant participium filij. Sin autem nihil eis donauerit, aut minus quarta, postquam abrenuncians conuersatus fuerit inter Mona- B chos, nihilominus quarta debeatur filijs, aut supplementum, si contigit iam eos aliquid accepisse, aut etiam quatenus totum eis detur.*

Hoc in loco Iustinianus indicat legitimam filiis deberi, aut eius supplementum, postquam pater Monachus effectus, renuncians seculo professionem fecit, indicat inquam statim deberi, non expectata morte patris, ibi: *nihilominus quarta debeatur filijs,* &c.

Secundum argumentum; quia omnia bona Monasterio acquiruntur, vt patet ex Nouella supradicta; Ergo Monasterium tenetur filijs suam portionem statim assignare, ex qua se alere possint, aut lege cauendum erat Monasterium teneri ad suppeditanda filijs alimenta, quod factum non est, nec iuris rationi conuenit; quia posset fieri, ut legitima portio, vel non sufficeret ad alimenta, vel vt inde onus sentiret Monasterium maius, quàm si legitimam portionem filio assignaret.

Tertium argumentum; quia patris Monachi effecti, C & professi nulla potest esse successio, quia nihil habet. Nam omnia bona transtulit ad Monasterium, Authent. Ingressi, C. de Sacrosanct. Eccles. Ergo frustrà expectari debet mors eius, vt filij in portionem legitimam succedant.

Ex his responsio patet ad contrariæ sententiæ argumentum, quia licet regulariter filius non possit legitimā petere viuente patre; summa tamen æquitate, & ratione videtur excipiendus casus iste, ne vel filius legitimo bonorum subsidio careat, uel Monasterium onus habeat alendi, & quod attinet ad textus in d. Authent. Si qua mulier, nihil obstat; quia non dicit, filium petere non posse legitimam viuente patre Monacho; sed dicit, si non fuerit ante patris mortem assignata, patre mortuo assignandam esse. Interim non negat textus peti posse. Quod autem peti possit, & debeatur etiam patre viuente, satis luculenter colligi potest, ex argum. supradictis.

D

CAPVT XIV.

Testamentum factum ante ingressum Religionis, an per ingressum reuocetur, secuta scilicet professione.



TEstamentum antea conditum rumpi ex eo, quod testator postea fuerit Religionē professus, autores sunt multi. Accursius in Authent. Si qua mulier, C. de Sacrosanct. Eccles. Fridericus Senensis in consil. 165. Iason in dicta Authent. Si qua mulier, nume. 17. & 18. & quidam alij. Fundamentum verò est, quia Monasterium sit habendum loco filij; Et ideo, sicut agnatione postumi rumpitur Testamentum, si præteritus sit, ita & Monasterij præteritione rumpi. Quod sanè fundamentum ideo firmum non est; quia iure non probatur Monasterium esse loco filij. Etsi enim à multis id dicatur, à nullo tamen probatur. Et quæ adfertur Authent. Nisi rogati, C. ad Trebellianum, non hoc dicit, vt

ex

ex eius uerbis, & ex Nouella unde sumitur, facilè est intelligere.

Alij dixerunt, testamentum rompi, etiamsi legitima portio Monasterio fuerit relicta, propterea, quod testator uideatur esse ex professione capite deminutus, quasi Religionis professio sit capitis deminutio. Ita Salic. & Fulgosius in Auth. si qua mulier, C. de sacrosanct. eccles. Romanus in consi. 237.

Sed non probatur iure, hanc esse capitis deminutionem. Non obstat, quod de arrogatione adsertur, per quam testamentum rumpitur, l. conficiuntur, §. si post, ff. de iure Cod. §. alio autem modo, & §. seq. in Institut. quib. mod. testam. infirm. quia hæc arrogatio non est. Quod enim dicitur, sicut per arrogationem, ita & per istam professionem bona transferri in alienam familiam & potestatem: & libertatem amitti, quia monachus trā sit in potestatem Abbatis, parum iuuat hanc sententiā, quia monachus obedientiam spondet, non autem seruus efficitur, & ante ingressum Monasterij de rebus suis disponere potest: *Ingredientem namque simul sequuntur omnino res, & non erit ulterius earum dominus.* inquit tex. in §. illud, Nouella, de Monachis. Et ideo, si res suas aliter disposuerit testando, nō transeunt ad Monasterium: sed ad illos, quibus relicta sunt. Auth. Nunc autem, C. de episc. & clericis ibi. *Si prius testatus non sit.*

Et quamuis, vt testamentum valeat, necesse sit testatorem habuisse factionem testamenti, & cum illud fecit, & cum mortuus est, l. 1 §. exigit, ff. de bonor. possess. secundum tab. non tamen ideo testamentum, quo de agitur, infirmari potest, quasi mortis tempore factionem testator non habuerit; quia lex potestatem faciens testamenti ante ingressum Religionis faciendi, in consequentiam illud valere præcipit, licet postea mortis tempore factionem testator non habuerit.

Denique Romanus sic argumentatur: Non rumpitur testamentum, quando monachus inter liberos testatur, Authen. si qua mulier, C. de sacrosanct. eccles. Ergo rumpi debet, quando inter extraneos testatur. Nego consequentiam. Verba enim textus hæc sunt: *Sed si persona liberos habens antequam de rebus suis inter eos disponat, Monasterium intret, liceat ei postea inter eos diuidere legitima non diminuta.* Non licet à contrario sic argumentari, quia antequam Monasterium quis intret, licentiam habet testandi, vt in d. §. illud, Nouella, de Monac. Auth. Nunc autem, C. de episc. & cler.

At Romanus id negat, existimans textum in §. illud, Nouella, de Monachis, non accipi de testamento. Ait enim tex. *Antequam Monasterium ingrediatur, licentiam habere suis, quo modo voluerit, uti:* non dicit *testari de rebus suis*; sed (uti) quod uerbum potius pertinet ad contractum, & ad dispositionem inter viuos, quàm ad ultimam uoluntatem.

Sed fallitur Romanus ex lapsu memoriæ. Extat enim alia Constitutio, nempe, Nouella 76. sub titulo; Hæc Constitutio interpretatur priorem Constitutionem de his, qui ingrediuntur Monasterium. vbi Imperator declarans priorem illam Constitutionem de Monachis, quę ex Nouella 5. ostendit testamentum fieri posse ante ingressum Religionis ex dicta Nouella 5. Sic dicens: *Et quoniam nostra pietatis lex, vult eos, qui se Monasteriis dederint, seu viros, seu mulieres antequam ingrediantur Monasterium, eo quo voluerint modo, quæ sua sunt disponere,* &c. Hę enim verba, *eo quo voluerint modo, quæ sua sunt disponere*, significant procul dubio dispositionem tam inter viuos, quàm in ultima uoluntate; quia oratio est uniuersalis, ut patet.

Non igitur hęc sententia rectè probatur, quæ monachismum docet esse capitis deminutionem, aduersus quam Cuiacius præclare in expositione d. Nouellę 5. *His cognitis tractemus*, inquit, *an verum sit, quod Accursius notat monachismum esse capitis minutionem. Equidem puto non esse; quia nec ciuitatem, nec libertatem, nec familiam adimit. Nō omnis status mutatio, capitis minutio est:*

A *Manumissio non est capitis minutio: Senatus motio non est capitis minutio: monachismus non est capitis minutio: nam & ius legitimarum hæreditatum monachi habent, l. ult. §. Hoc etiam, C. de episcop. & cler. & ante hanc Nouellam habuerunt bona propria, & testamenti factionem. l. generali. C. de sacrosanct. Eccles. quasi ciues, & irritum testamentum non fit monachismo, quod tamen constat irritum fieri capitis minutione etiam minima. Idque hac Nouella probat & 76. &c.* Hactenus ille.

Alij igitur distinctionem adhibendam censuerunt, vt si testator eo tempore, quo testamentum fecit, religionē ingredi cogitabat, minimè rompatur testamentum. Cæterum, si non cogitabat, quasi ex noua quadam voluntate rumpatur. argumen. l. sancimus. C. de testament. Ita Bartolus in dicta Authen. si qua mulier. num. 7. C. de sacrosanct. eccles. Decius in cap. in præsentia. nu. 61. de probatio. & eo loci Imola col. ult. Clarus, §. testamentum. q. 28. vers. sed retenta.

B Sed certè ad huius sententiæ confirmationem nihil pertinet tex. in d. l. sancimus. C. de testam. & nulla iuris ratio ei suffragari videtur.

Couuar. in 2. post num. 5. de testamen. post Antonium Bntrium, quem refert in cap. in præsentia. de testibus. Bartoli supradictam distinctionem amplectitur ad effectum, vt testamentum factum ab eo, qui religionis professionem minimè cogitauerat, professione secuta rumpatur solum, quoad legitimam portionem monasterio competentem.

Sed huic sententię duo obstant; Vnum est, quod Iustinianus licentiam concedit, vt ante religionis ingressum, aliquis disponat res suas quocunque voluerit modo; & consequenter potest etiam monasterium præterire. Alterum, quod iam conclusum est, iure non probari, quod monasterium sit loco filij: Et tunc ei portio legitima relinquenda sit, quando iam ingressus monasterium vniuersas res suas inter filios distribuit; Debet enim eo ca-
C su sua persona filijs connumerata partem sibi retinere, quæ monasterio competere debet, vt inquit tex. in d. Authen. si qua mulier, C. de sacrosanct. Eccles.

Postrema igitur sententia est, quæ mihi verissima videtur, testamentum ante religionis ingressum conditum nequaquam ingressu, & religionis professione rumpi nulla distinctione adhibita, vtrum de religione testator cogitauerit, vel non cogitauerit. Ita Franciscus Aretinus ad l. primam, nu. quarto, quinto, ff. de testamen. Panorm. in cap. in pręsentia. num. 52. & Felyn. ibid. nume. 54. de probat. Et in hac sententia maluissem persistere. Couuar. in dicto capit. secundo, de testament. dum dixit se malle Abbatis & Aretini conclusionem defendere. Nam fundamentum est firmissimum huius sententiæ in lege Iustiniani permittente bonorum dispositionem, quocunque modo ante ingressum religionis, vt in dicta Nouella 5. de Monachis, §. illud. & in Nouella 76. Hęc constitutio, & c. Si enim licentia data est testandi ante ingres-
D sum, iusta est interpretatio testamentum valere, & nequaquam rumpi propter ingressum. Esset enim ridiculum dare hanc testandi potestatem ingressuro religionem, disponendi, & eo iam ingresso testamentum infirmare. Nulla sanè est ratio illud infirmandi, quia ante ingressum dominus est, qui testatur, bonorum suorum: quia testandi licentiam habet: Non per ingressum capite minuitur. Non per ingressum dominium amittit, cum antea testatus est, ideo dicit textus, cum *Non ulterius dominum* futurum, id est, dominum esse, ac disponere posse ante ingressum quocunque velit modo; non autem postea. Et magis clarè Irnerius in Auth. Nunc autem. C. de episcop. & cleric. *Nunc autem* (inquit) *cum monachus factus est, hoc ipso res suas omnes obtulisse monasterio videtur, si prius testatus non sit.*

CA-

CAPVT XV.

Testamentum factum ante professionem possitne monachus post factam professionem reuocare?



Testamentum ante professionem factum à monacho mutari & reuocari posse post factam professionem respōdit Bart. in Auth. Si qua mulier.nu.14.C.de sacrosanct. Eccl. Aretinus in l. 1. nu.5. vers. Circa articulum secundum.ff.de Testam. Antonius Buttius in consil.79 & in c.In præsentia.nu.34.de probat. Guilhelmus Benedictus in cap. Raynutius. vers. Mortuo itaque testatore. in primo,num.300.

Sed contrarium responderunt Decius in c.In præsentia.nu.68.de probat & ibid. Augustinus Berous,nu.537. & alij, quos refert & sequitur Couuar. in cap.2.nu.9.de Testam.

Alij dixerunt, testamētum post factam professionem mutari posse in fauorem Ecclesiæ,inter liberos & Ecclesiam diuidendo hæreditatē.Ita post Baldum,Fulgosium, Castrensem docet Iason in d.Auth.Si qua mulier,nu.33.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. Sed si mors. §.1.ff.de donat.inter vir.& vxor.ibi. *Humanum est donationem causa mortis,quæ ab initio facta est, tali exitu subsecuto confirmari, tanquam si mortuo marito rata habeatur; ita tamen,vt non adimatur licentia marito eam reuocare,&c.* Idem habetur in l.Res vxoris.C.eod.tit.

Addit Aretinus hoc argumentum, quia scilicet ratio, cur monachus testari non possit post factam professionem,illa sit, quod non sit dominus rerum, vt in §.Illud. in Authent.de Monachis:sed hęc ratio non habet locū tempore mortis monachi, quia si tunc rerum dominus non esset, nec hęredem habere posset ex testamento antea cōdito; quia dominium rerum ipso iure transit à defuncto in hęredem.l.Cum hęredes.ff.de acq. possess. Cū igitur hæredem habeat,videtur esse dominus rerū mortis tempore, & cōsequenter testamentum antea factum reuocare potest.

Ad extremum affert Ioan.Andr. doctrinam in c.Non potest.de præben.lib.6.quoties aliquis ex priuilegio redditur habilis ad faciendum testamentum,in consequentiam eidem permissum videri, testamentum reuocare.

Fundamentum verò sententiæ negantis posse testamentum reuocari, illud est, quia professione facta nō licet amplius testari.c.Quia ingredientib.19.q.3.in Auth. de Monachis.§.Illud. Ergo nec reuocare licet testamentum,quia reuocari non potest,nisi per aliud testamentū. §.Ex eo.in Institut.Quib.mod.testamen.infi.

Huc accedat ratio.Nā facta professione monachi non sunt vlterius rerum suarum domini,vt in d.§.Illud.& in Authen.Ingressi. C.de sacrosanct.Eccl. Ergo nec de illis poterunt aliquo modo disponere.

D Tertiæ opinionis fundamentum est in d.Authent. Si qua mulier.C.de sacrosanct.Eccl.vbi dicitur post ingressum monacho permissum esse, vt inter liberos testetur; ibi:*Liceat ei postea inter eos diuidere.* Et infra: *Sua persona filijs connumerata partem sibi retineat, quę monasterio competere debet.* Si enim licet ei testari;ergo multò magis testamentum reuocare.

Ego sententiam, quæ negat reuocari posse testamentum, veriorem esse existimo, & pro eius confirmatione perpendo verba Iustiniani in Nouella. Hæc constitutio interpretatur priorem constitutionem,&c. *Et quoniam,* inquit, *nostræ pietatis lex vult,eos, qui se monasterijs dederint, seu viros seu mulieres antequam ingrediantur monasterium,eo quo voluerint modo,quæ sua sunt, disponere: nec posse, postquam ingrediantur monasterium, vlterius agere quidquam de proprijs, vtpotè domini rerum non existentes vlterius eo, quod nos sancierimus eiusmodi viros & mulieres, cum corpore & anima ipso ingressu ad monasterium*

A *dedicare se suaq́, substantias, &c.*

Ad primum argumentum cōtrariæ sententiæ respondeo, hęc esse dissimilia; quia maritus deportatus restitui potest,& sic restitutus donationem mortis causa factam reuocare: Sed monachus effectus non potest facta professione restitui ad pristinum statum, vt sic res suas recuperet,quæ iam monasterio sunt acquisitæ: tenetur enim eas relinquere monasterio, vt in c. Statutum.18.q.1.

Ad secundum argumentum respondeo,negando monachum mortis tempore dominum esse: omnes enim substantias transtulit in monasterium. Quod si dicatur hoc verum esse,si prius monachus testatus non sit,vt inquit textus in Auth. Nunc autem.C.de sacrosanct.Eccl. respondeo, si monachus prius testatus sit,in monasteriū bona non transire,quantum ad hoc, vt ijs personis auferantur, quibus in testamento relicta sunt: nam auferri non possunt,sed bona apud monasteriū manere debent, donec vixerit monachus, & post eius mortem debentur

B hęredibus institutis; sed non inde sequitur,ipsum monachum adhuc dominum esse bonorum, & ius testandi, ac de illis disponendi habere. Nā omne ius disponendi ami sit professione facta, salua dispositione antea facta.

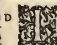
Non obstat, quod dicitur, si non sit dominus mortis tempore,dominium in hęredem transire nō posse: quia licet dominus non sit, lex tamen cōseruat ius hęredibus institutis, quasi monachus tunc mortuus naturaliter fuerit, cùm testamentum condidit. Non enim vult lex, vt per ingressum, & professionem fiat præiudiciū illis, quibus bona relicta sunt.

Quod verò dicebat Aretinus ex Ioan. Andrea locum habere potest, quando impedimentum medij temporis non obstat. Potest enim is,qui priuilegium testandi habuit,testamentum reuocare, nisi medio tempore, scilicet post conditum testamentum,impeditus fuerit,puta religionis ingressu & professione,quę omnem de rebus proprijs disponendi facultatem adimit.

C Fundamentum denique sententiæ vltimæ non est satis firmum;quia textus in Auth.Si qua mulier: nō dicit, testamentum antea factum reuocari posse in fauorē Ecclesiæ,& liberorum;sed dicit,licere monasterium ingressō inter liberos bona diuidere, si antea non disposuerit: *Sed si persona,* inquit, *liberos habens, antequam de rebus suis inter eos disponat, monasterium intret, liceat ei postea inter eos diuidere,&c.* Ratio est, quia non potuit pater ijs vnquam præiudicare, quoad legitimam debitam.

CAPVT XVI.

Vtrum hæreditas delata monacho, immediatè monasterio deferatur,vt eam adire valeat absque facto monachi; an verò ex persona ipsius monachi, vt proinde necessaria sit eius aditio.



In hac iuris quæstione in contrarias sententias abierunt Canonistæ & Legistæ, vt videre licet ex commentarijs Doctorum in cap. In præsentia. de probation. in l.1. ff.de vulg. Socino in consil.52. lib.4. Claro in §. Testamentum, quæst.30.Nā Canonistæ docuerunt, hæreditatem immediatè deferri monasterio; Legistę contrà immediatè monacho deferri. Negant illi, aiunt isti, necessariam esse monachi aditionem. Nituntur illi hoc argumento,quod nulla sit amplius penes monachum voluntas ac potestas, sed penes Monasterium & Prælatos. cap. Nolo. c. Non dicatis. 12. quæst. 1. c. Si religiosus. de Elect.lib.1.Nullum rerum dominium,nulla administratio.§.Illud.Nouella de Monachis.Quod nō sibi,sed monasterio acquirat hęreditatem.c.Statutum.18.q.1.Quod nulla ratio habeatur personæ eius, sed monasterij; cuius etiam cōtemplatione in dubio relictum præsumi debet. c.Requisiuisti.de Testam. Nitunt isti eo argumento, qd sumitur ex l.Deo nobis.§.1.C.de Episc. & Cleric. in illis

verbis: *Omnem parentum substantiam haredes, quibus ab intestato competit secundùm leges nostras, sibi defendant, nullo eis impedimento ex sanctimoniali conuersatione generando, &c.* Et quoniam, siue monachus seruo comparetur, siue filio in potestate existenti, dicendum videtur, necessariam esse eius aditionem. Nam quod attinet ad seruum necessariam esse eius aditionem, patet ex l. 3. C. de hæredit. instit. Et olim filiusfam. non poterat absque iussu parentis adire, vel repudiare, & ei acquirebat, & tamen iussu patris præcedente necesse erat, vt ipse filius adiret. l. Placet. l. Is qui heres. §. vlt. l. Qui in aliena. §. Iussum ff de acquir. possess. licet nouo iure Iustinianus statuerit patrem adire posse etiam filio inuito, & contrà filium inuito patre, lege vlt. C. de bonis, quæ lib. Vnde & monachus dicitur acquirere monasterio, cap. Statutum. 18. quæst. 1. Nec obstat, quod dicitur, in monasterium omnes res transferri; quia transferri nō potest ius adeūdi, quippe quod in bonis nostris non est. l. Precia rerum. ff. ad legem Falcid.

Ego video hanc quęstionem neutro iure decisam esse, vtrinque autem iuris ratione perpensa rectè decidi posse. Nam iure Ciuili certum est hæreditatem esse adeundam ab eo, cui delata est, vt ei acquiratur. Nam si repudietur, non acquiritur l. 1. & 2. C. de repud. hæred. Item eodem iure certum est, hæreditatem deferri monacho, sanctimoniali professione non obstante. l. Deo nobis. §. 1. C. de Episcopis & Clericis nec contrarium iure Canonico statutum est; Ergo necessaria est aditio monachi, sed quia ille nil potest facere sine consensu superioris. cap. Si religiosus, de elect. lib. 6. necessarius erit superioris consensus ac proinde; si defuerit, nec monacho, nec monasterio hereditas acquiri poterit. Non rectè monachus seruo, vel filiofamil. comparatur: nec enim libertatem amittit, aut patrem nactus est, sed superiorem, ac prælatum. Non rectè etiam illud adsertur, quod dominium rerum suarum monachus amittat; quia id nemo negat; neque enim sibi acquirit hæreditatem ex aditione, sed monasterio. Et quod dicitur, monachum non habere, *nec velle, nec nolle, sed ex illius, quem vice Dei supra caput suum posuit, & cuius imperio se subiecit, voluntate pendere,* in cap. Si religiosus de Elect. lib. 6. hoc argumentum præstat, monachum adire hæreditatem non posse, nisi cum consensu sui superioris.

Ex his patet, sententiam Legistarum vtriusque iuris rationibus satis consentaneam videri.

CAPVT XVII.

Quid si monachus, cui delata est hæreditas, adire nolit, an possit eo inuito monasterium adire?



Cum Monachus nec velle habeat, nec nolle, sed ex imperio sui Superioris, ac Prælati dependeat, vt inquit textus, in cap. Si religiosus, de Elect. lib. 6. raro poterit accidere, vt Prælato suo reluctetur iubenti eum hęreditatem adire, si tamen casus accideret, non dubito, quin vera sit Bartoli sententia in l. 1. num. 21. ff. de vulg. docentis Prælatum siue Monasterium eo inuito adire posse, non quidem ex comparatione, qua ipse vtitur monachi & filijfamilias; ea enim, nec satis probatur, nec perpetua esse potest; sed ex iuris ratione, quæ sumi potest ex eo, quòd de filiofam. adire recusante constitutum est, nempe vt pater adire nihilominus, & sibi acquirere possit hæreditatem, l. vlt. C. de bonis, quæ lib. Id enim eam ob causam constitutum fuisse videri potest, quod iniquum authori nostro visum est, factum filij, qui subiectus est patri, iuribus patris præiudicare, ac emolumenti acquisitionem ei impedire; cùm tamen ea ratio iniri possit, vt patre adeunte nullum ipse filius præiudicium, ac damnum sentiat. Hæc suggerit æquitas, etiamsi iure deficiamur, vt quod mihi non nocet, & tibi prodesse potest, facilè permittatur. l. 2. §. Item Varus. ff de aqua pluuia arcenda. Hæc ratio locum sibi vendicat in præsenti specie; quia Monachus Prælato suo subiectus est, ideo non debet impedire sua recusatione monasterij emolumentum, & commodum, cùm ipse Monachus nullum damnum eam ob causam passurus sit; quia monasterium sine dubio tenebitur creditoribus & legatarijs, sicut paterfamilias tenetur eo in casu, quo filius recusat adire. Hinc fundamentum contrariæ sententiæ corruit, quam secuti sunt Angelus, Fulgosius, Aretinus, & alij, quos commemorat Socinus in d. l. 1. ff. de vulg. num. 22. vers. Circa secundum, de qua latè disserit Ripa ibidem, num. 150. & seq. Nam in eo est positum, quod non possit Monachus filiosam. æquiparari, sed potius seruo; & quod si filiosam. comparandus sit, ea comparatio locum habere debeat, cùm agitur de bonis profectitijs, hoc est, filio contemplatione patris relictis, vel donatis: tunc enim locum non habet d. l. vlt. C. de bonis, quæ lib. Istud, inquam, fundamentum ideo corruit; quia sententia, quam defendimus, non ea tantum comparatione filijfam. sed iuris ratione, qua nititur constitutio de filiosam. adire hęreditatem recusante, vt dictum est. Quanquam nec mihi displicet argumentum, quo vsus est Ripa loco annotato, quod videlicet Monachus sit pars monasterij, suamque voluntatem in monasterium transtulerit. Et ideo, si monasterium eo recusante adierit, videri nihilominus ipsum Monachum adiuisse, ratione habita maioris partis, & communis consilij, ac voluntatis Monachorum. Maneat igitur sententia, quæ religioni fauet. l. Sunt personæ. ff de relig. & sumpt. funer.

CAPVT XVIII.

Quid si monachus decesserit ante aditam hæreditatem, an monasterium possit illam adire.



Rursus controuersia est inter Canonistas & Legistas in eadē facti specie, si proponatur monachum ante aditam hæreditatem decessisse, possime monasterium eam adire, & sibi acquirere? Nam Canonistæ affirmant. Legistæ verò negant, vt videre licet ex Bart. in l. 1. ff. de vulg nu. 24. Soci. ibid. nu. 23. circa tertiū. Ripa nu. 154. & alijs ibidē interpretib. Irē ex Panor. Fely Parisio & alijs in c. In præsentia, de probat. Couuar. in c. in de test. nu. 21.

Fundamentum legistarum est; quia aut monachus æquiparatur seruo, aut filiofamil. Si seruo, non poterit monasterium adire eo defuncto; quia nec dominus potest seruo mortuo adire l. 3. C de hæred. insti. Si filiosam. Idem respondendum; quia nec parenti licet hæreditatem adire filio mortuo, nisi infans exisitat, iuxta l. Si infanti. C. de iure delib.

Fundamentū Canonistarum est; quia monasteriū potest hęreditatem rectè adire absque persona monachi; quia monachi nulla ratio habetur, cùm omnem suam voluntatem & potestatem in monasterium transtulerit.

Ego ad propositā quæstionē ita respondendum puto; Aut monachus ignorauit sibi delatā fuisse hæreditatem, aut verò sciuit. Si ignorauit, tūc nihil monasterio existimo nocere, q viuente monacho adita nō fuerit. Nā licet ex l. Qm sororē. C. de iure delib. certū sit, hoc in casu hęreditatem non aditam ab eo, cui est delata, nō transmitti ad hæredem, tamen non agitur hic de transmissione. Neque enim monasteriū petit hæreditatē, tanquā ad se transmissam ex persona monachi defuncti; sed eā petit, tanquā sibi acquisitā monacho viuente. Omnia. n. iura monachi acquiruntur monasterio, vt dictum est in præcedentibus, & consequenter etiam hæreditas delata monacho: Et ideo monasteriū nō potest excludi ista actio-

ne

ne petitionis hæreditatis, nisi spatio temporis longissimi. l. Licet. C. de iure delib. Si verò monachus sciuit sibi fuisse delatam hæreditatem, & ante aditioné anno nondum elapso decesserit, tunc monasterio annale tempus puto concedendum, iuxta l. Cum antiquioribus. C. de iure delib. intra quod hæreditatem adire possit. Quod si illud tempus viuente monacho elapsum fuerit, & sciente delatam esse hæreditatem, tũc si nihil factum sit, ex quo adeundam hæreditatem manifestauerit, monasterium excludendum censeo; saluo tamen ipsi monasterio restitutionis in integrum auxilio, iuxta cap. 1. de restit. in integ. Intra quadriennium, iuxta cap. 1. de in integrum restit. lib. 6.

CAPVT XIX.

Si intra annum professionis monachus decedat nullo condito testamento, ad quem pertineant eius bona, an ad monasterium; an verò ad hæredes, qui sunt proximiores.

MOnasterium ingressus ante factam professionem moritur intestatus, controuersia est, an bona eius ad legitimos hæredes, qui sunt ab intestato proximiores, pertineant; an verò ad monasterium, Abbas Panormitanus in cap. In præsentia de probat. dixit ad monasterium pertinere, si monachus expressè bona obtulit, ac dedicauit monasterio. Cæterũ, si non dedicauit, ad legitimos hęredes pertinere. Fundamentum est, quando bona dedicauit, in c. In præsentia. de probat. in illis verbis: *Quare cùm constet, quod idem M. his monasterio vestro obtulerit se, & sua, nec ex aduerso probetur, &c.* Idem ferè probatur in cap. vlt. de success. ab intest. Quando verò bona non obtulit, fundamentum est, quia monachus religiosus cum effectu censeri non debet, antequam professus religionem fuerit tacitè vel expressè. cap. Religioso de sentent. excomm. lib. 6. Ergo nulla est ratio, cur bona pertinere debeãt ad monasterium, & non potius ad legitimos hæredes. Idem docuit Immolensis in d. cap. In præsentia, num. 24. & Iason in Authen. Si qua mulier. ad finem. C. de sacrosanct. Eccles.

Contrarium docet post multos alios, quos commemorat Decius in d. cap. In præsentia. nu. 73. existimans absolutè bona defuncti monachi ad monasterium pertinere, quia per ingressum videtur purè facta dedicatio personæ, & bonorum monasterio, licet illa resolui possit, si monachus discesserit ex monasterio. Huic sententiæ videtur adstipulari text. in Auth. Ingressi. C. de sacrosanct. Eccl. *Ingressi monasteria, ipso ingressu se suaq́; dedicant, &c.* Sed illud est accipiendum, facta professione expressè vel tacitè.

Mihi probatur distinctio Parisij in d. cap. In præsentia. sub nu. 188. vt si quidem ingressus monasterium, animum habuerit absolutè mutandi vitam, idq́ue euidenter constet, vel professus fuerit tacitè vel expressè religionem, tunc ad monasterium bona pertineãt. Et idem dicendum puto, quando sua bona monasterio dedicauit. Cæterùm, si nihil ex his interuenerit, ad hæredes proximiores bona spectare non dubito.

Nam quando facta est professio, res est plana, quod spectent ad monasterium, sola legitima filijs reseruata. Authent. Si qua mulier. C. de sacrosanct. Eccl. Idem constat iuris esse, quando bona expressè dedicata sunt monasterio, ex cap. In præsentia de probationibus. & c. vlt. de success. ab intest.

Cùm verò agitur de eo, qui non est professus; sed tamen proposuit absolutè vitam mutare, vt sub habitu regulari omnipotenti Deo de cætero famuletur, res non est ita clarè decisa, sed tamen ratio suadere videtur, idem

A statuendum esse; quia is non potest amplius ad seculum redire, licet aliud monasterium ingredi possit. cap. consultu. de regularibus. c. statuimus eod tit. cap. non solum. cap. constitutionem. c. Priuilegium. eod. tit. in 6. Et ideo pro religioso haberi debet, ac proinde idẽ de bonis suis eo casu videtur statuendum, ac si professus fuisset. Nam hoc propositum etiam videtur simile esse aliquo modo professioni, in d. c. Priuilegium. de regularibus. lib. 6. ibi: *Aut constet, quod vitam voluerit absolutè mutare, vel professionem expressam fecerit.*

CAPVT XX.

Vtrum ecclesia hæres teneatur inuentarium conficere, vt legis beneficijs frui possit, vt non teneatur vltra vires hæreditarias.

B GRatis in controuersiam hæc quæstio reuocata est à doctoribus nostris, quoniam satis perspicuè à Iustiniano, cui locus nullus iuris canonici aduersatur, decisa est, ita statuente in sua Nouella constitutione de hęredib. & Falcid. *Eam obtinere, & in omni persona, siue priuata, siue militari, siue sacerdotali, siue Imperiali, siue alterius cuiuslibet.* Et cùm, sicut leges non dedignantur sacros canones imitari, ita & sacrorum statuta canonum Principum constitutionibus adiuuentur. cap. 1. de noui oper. nunc, dubitari non potest, quin Iustiniani constitutio, etiam ex Pontificio iure robur obtinere debeat. Atque ita rectè docuerunt Glos. in c. 1. de Testam. in verb. Patiaris, quã eo in loco secuti sunt Immola, Antonius Butr. & Barbatia, Iason ad l. vlt. §. vlt. C. de iure delib. Alios refert eandem sententiam amplexus Rolandus à Valle, de confectione inuentarij, in 1. par. §. Duodecimò quęritur.

Contrarium docuerunt Cardinalis & Abbas in d. c. C 1. de Testam. Bart. in l. 1. nu. 46. C. de sacrosanct. Eccles. Bald. in d. l. vlt. C. de iure delib. & ibid. Angelus in §. Si verò postquam. Io. Anania. in c. In literis de raptorib. Felin. in c. De quarta. de præscript Castrens. in Auth. Sicut. C. de sacrosanct. Eccl. Nouissimè Lælius Zanchus de Priuilegio 126. nu. 4.

Argumenta sunt ista: Primum, quia ius ciuile obligare non potest ecclesiam vltra vires hæreditatis, cùm talis obligatio repugnare videatur iuri naturali. Secundò, quia in hæredibus cæteris ideo constitutũ est, vt teneantur vltra vires hęreditarias, si inuentarium non confecerint; quia pręsumuntur aliquid ex hęreditate subtraxisse. Hæc autem ratio cessat in ecclesia. Tertiò, quia nihil potest ecclesia accipere, ex quo oneretur vltra id, quod accipiat, vt in Auth. Sicut. C. de sacros. Eccl. Postremò, quia sic in fisco videtur receptum, vt inuentarium facere non teneatur. l. 1. §. an bona. ff. de iure fisci.

Respondeo ad primum, ideo lege hac ciuili etiam ec- D clesiam obligari; quia iure canonico recepta est, aut certè non improbata, argumento text. in cap. Raynaldus. de Testam. ibi: *Cumque inuentarium fecerit, &c.* Ad secundum multi negant causam illam fuisse præcipuam, vt Anchar. cons. 411. Fuit enim potius impulsiua; vt nostri doctores loquuntur, & pręcipua causa, quia hæres adeundo hæreditatem absque inuentario, videtur suscipere onus soluendi, vt declarat Aretinus in rub. ff. de acq. hæred. in 2. col. vers. Ergo oportet. Ad tertium respondeo, textum, qui adsertur, ad rem hanc nostram nõ pertinere: neque enim loquitur de eo, quod ad ecclesiam peruenit ex hæreditate, sed ex alia particulari causa: alioqui sequeretur ad ecclesiam hæredem non pertinere res steriles & inutiles, cùm tñ hæres succedat in vniuersum ius. Verba sic se habẽt: *Sicut alienatio rerum ecclesiæ interdicitur, ita prohibetur, ne qua sterilis ei detur possessio, aut alioqui onerosa, vel fiscalium nomine vel onere.* Vides, vt puto, lector, ad rem nostrã nõ facere; & vt certior sis, videas tex in §.

Sicut. Nouella, de non alien. rebus eccle. ex quo sumpta A est authent. Iustiniani, vbi loquitur de eo, quod ex causa donationis aut venditionis, alteriusue contractus ecclesiæ datur: non autem loquitur de eo, quod ad ecclesiam peruenit ex causa hereditatis: *Interdicimus*, inquit, *rectoribus venerabilium domorum tale aliquid agere, quia si non cum omni subtilitate fecerint contractus, sed sancta quadam possessio, aut damnosa detur ecclesijs, &c.* Ad vltimum argumentum respondeo, negando fiscum hæredem esse, cùm succedit in bona vacantia, sicut loquitur text. qui in argumento adfertur, de quo in capite seq.

Alij hac vtuntur distinctione, vt ecclesia vltra vires hæreditarias teneatur creditoribus, cum quibus videtur adeundo hæreditatem quasi contrahere, non autem legatarijs; quia in ecclesia cessat præsumptio subtractionis bonorum. ita Alex. & Corneus in l. vlt. § vlt. C. de iure delib. Aretinus in rub. ff. de acq. hæred. quos videtur sequi. Couuar. in c. 1. post nu. 14. de Testam.

Sed non mihi probatur hæc distinctio; quia hæres ex B quasi contractu tenetur etiam legatarijs, vt in §. Hæres; in Instit. de oblig. quæ ex quasi contractu nascuntur, & ideo non est ratio differentiæ inter creditores & legatarios. Et cùm præsumptio illa subtractionis bonorum non fuerit præcipua causa legis, vt fatetur etiam ipse Couuar. non est opus inquirere, an illa ratio cesset in ecclesia, seu ministris eius. Etsi hæc ratio valeret, idem etiam, quantum ad creditores, respondendum esset; ac proinde etiam eo in casu omnibus perpensis distinctio illa consistere non posset. Quare priorem sententiam, quam initio proposui, nunc quoque in fine capitis amplector: Saluo tamen iure ecclesiæ restitutionem petendi aduersus omissam inuentarij confectionem.

CAPVT XXI.

Vtrum fiscus teneatur inuentarium conficere, & eo non confecto, vltra vires hæreditarias. C

NOn est dubitandum, quin fiscus hæres teneatur inuentarium conficere, sub pœnis positis à Iustiniano, in Nouella de hæred. & Falcid. Nimis enim disertè statuit, eam constitutionem obtinere, *in omni persona, siue priuata, siue militari, siue etiam imperiali*. Et ideo nec fiscum exclusisse videri potest, qui suam personam non exclusit. Quare non rectè in dubium id reuocatum est à Doctoribus nostris, ad Rubr. ff. de acq. hæred. & à Rolando à Valle, de confectione inuentarij, in 1. parte. §. Vndecimò quæro. Cæterùm, non malè, imò verò iuri nostro conuenienter responderunt, qui dixerunt fiscum in bona succedentem, vel ex delicto, vel propterea, quod sint vacantia, & nullus hæres reperiatur, non posse conueniri vltra vires bonorum. Nam præterquam quod fiscus non est hæres, sed possessor, illa ratio accedit D euidentissima, quod cum id intelligatur ex bonis esse, quod deducto ære alieno superest. l. Subsignatum. §. Bona. ff. de verb. sign. consequenter dici non potest, ad fiscum bona aliqua peruenisse vacantia, nisi ea, quæ deducto ære alieno supersunt, quare si nil supersit, nihil etiam bonorum ad fiscum peruenisse videri potest. Et ideo superuacanea est quæstio, an vltra vires bonorum fiscus tunc obligari & conueniri possit. Et istud est quod dicit Callistratus in l. 1. §. An bona. ff. de iure fisci: *An bona, inquit, quæ soluendo non sunt ipso iure ad fiscum pertineant, quæsitum est. Labeo scripsit etiam ea, quæ soluendo nō sunt, ipso iure ad fiscum pertinere, sed contra sententiam eius edictum perpetuū est, quod bona ita veneunt, si ex his fisco nihil acquiri possit.* Clariùs Iabolenus l. 11. eo. ti. *Nō possunt vlla bona ad fiscum pertinere, nisi quæ creditoribus superfutura sunt. Id enim bonorum cuiusque esse intelligitur, quod æri alieno superest.*

Cæterùm, nouissimè Marcus Antonius Peregrinus de iuribus fisci, lib. 4. tit. 1. nume. 3. respondit, fiscum, etiam hæredem institutum non teneri ad inuentarij confectionem: primò, quia verbum *persona*, quo Imperator vtitur in dicta Nouella, non comprehendit fiscum, quia in materia stricta, & præiudiciali appellatione personæ, non venit fiscus, ex Butrio in cap. Graue. in 4. no. de præben. Sed responderi potest, vt maximè verum sit, quod Butrius notauit, nihil tamen id suffragari posse, quia Imperator in dicta Nouella ita dicit, eam obtinere, *in omni persona, siue priuata, siue militari, siue sacerdotali, siue imperiali, siue alterius cuiuslibet*. Hæc postrema verba, *siue alterius cuiuslibet*, ita generalia sunt, vt neminem excludant, & sanè mihi videtur valdè improbabile, quòd fiscus melioris sit conditionis, quàm Imperator hæres scriptus. Secundò mouetur Peregrinus ex d. l. 1. §. an bona. ff. de iure fisci. animaduertisse se dicens, illum textum referri ad omnes casus præcedentes, inter quos ille continetur, cùm princeps fuit hæres institutus. Respondeo, Callistratum in ea lege varias causas retulisse, ex quibus nunciatio ad fiscum fieri solet; & inter cæteras etiam illam, quando Princeps hæres institutus est. Deinde, proposuisse quæstionem illam, an bona, quæ soluendo non sunt, ipso iure ad fiscum pertineant. Hæc quæstio conuenire potest illis in casibus, in quibus bona vacantia fisco deferuntur. Cæterùm, eo in casu quo Princeps institutus est hæres, congruere non potest. Nam aut is hæreditatem adiuit, aut non adiuit: Si hæreditatem adiuit, certum est, eum sequi commoda & incommoda. l. 1. ff. de bonorum possessione, & consequenter is tenetur creditoribus hæreditarijs satisfacere. Et si inuentarium non confecerit, tenebitur in solidum, licet bona soluendo non sint, quia sic statuit ipse Imperator in d. Nouella de hæred. & falcid. dum statuit eam habere locum in omni persona etiam *Imperiali*, quod fatetur etiam ibi Peregrinus, eam constitutionem locum habere, cùm Imperator, vti priuatus successit ab intestato, vel ex testamento. Igitur etiam id concedere debet, si ad hunc casum referatur. §. An bona, quo videlicet Princeps hæres institutus est, eum lege hac inuentarij nequaquam exemptū fore. Quo concesso, argumentum eius corruit.

Si verò Princeps hæreditatem non adierit, non potest in quæstionem illud vocari, an bona, quæ soluendo non sunt, ipso iure ad fiscum pertineant: neque enim ex titulo hæreditario pertinere possunt, cùm Princeps hæreditatem repudiauerit. Requiritur enim hoc in casu aditio, vt declarat Bart. in d. §. An bona. Quod si dicatur pertinere posse tanquam vacantia, quia nullus sit hæres, quo casu fisco deferuntur; tunc ad fiscum non pertinebunt, tanquam ad hæredem, de quo nostra est disputatio.

Non obstat quod Peregrinus subdit, si hæc sententia admittatur, fateri oportere fiscum auferentem hæreditatem alicui tanquam indigno, teneri creditoribus vltra vires, quia hæreditatem capit, quod tamen à vero abest. d. §. An bona: nam responderi potest non hoc sequi. Nā cùm fiscus hæres est ab intestato, vel ex testamento, bona possidet tanquam hæres, & ideo omnibus oneribus hæreditarijs obstrictus est, quibus cæteri hæredes obstricti sunt: neque enim exemptus reperitur. Cæterùm si alicui hæreditatem auferat, tanquam indigno, non dicetur hæres, sed possessor, & tanquam possessor conueniri debet, licet bona vendicet cum suo onere, & eisdem conditionibus parere debeat, quibus persona, à qua ad illum peruenit, iuxta l. In facto. §. Fiscus. ff. de condit. & demonstr.

CAPVT

CAPVT XXII.

Vtrum fiscus succedens in bona vacantia, teneatur legata & fideicommissa præstare, testamento, vel codicillis relicta.

SI nullo hærede existente, qui hæreditatem adire velit, fiscus succedat tanquam in bona vacantia, controuerti solet, an teneatur legata & fideicommissa præstare ijs, quibus relicta sunt in testamento defuncti. Et teneri responderunt Baldus in l. Eam quam. C. de fideicommiss. nume. 5. Salicet. ad l. Vni. §. pen. nume. 39. C. de cad. tollen. Argumenta hæc sunt. Primum ex l. Cum fisco. ff. ad Silan. Caius: *Cum fisco caduca bona defuncti addicuntur propter inultam mortem, in eum legatorum actio datur.*

Secundum ex l. Recusare. §. Si fisco. ff. ad Trebellian. Vlpianus: *Si fisco vacantia bona deferantur, nec velit bona agnoscere, & fideicommissario restituere: æquissimum erit, quasi vendicauerit, sic fiscum restitutionem facere.*

Tertium est ex l. Dicitur. ff. de iure fisci. Caius: *Dicitur, ex asse hæreditatem ex Silaniano cum fiscus vendicat, quod nec libertates, nec legata tueatur, quod aperte nullam habet rationem, cum ex quibuslibet alijs causis fisco vendicatis hæreditatibus, & libertates, & legata maneant.*

Quartum est ex d. l. Vn. §. pen. C. de cad. toll. ibi: *Tantum enim nobis superest clementiæ, quod scientes etiam fiscum nostrum, vltimum ad caducorum vendicationem vocari, tamen nec illi pepercimus.* Vbi Glosa in verbo Pepercimus, rationem affert, quia scilicet bona ad fiscum transeunt cum suo onere, adducit l. In facto. §. 1. ff. de condit. & demonstr. vbi Paulus: *Fiscus eisdem conditionibus parere debet, quibus persona, à qua ad ipsum, quod relictum est, peruenit, sicut etiam cum suo onere hoc ipsum vendicat.* Idem probatur in l. Etiam. C. ad legem falcid. Sed nullus est locus illustrior, quàm Iuliani, in l. Quidam testamento. § Quoties, de leg. 1. *Quoties, inquit, lege Iulia bona vacantia ad fiscum pertinent, & legata & fideicommissa præstantur, quæ præstare cogeretur hæres, a quo relicta erant.*

Verùm contrariam sententiam amplexi sunt alij non pauci, videlicet fiscum non teneri ad legata præstanda. Ita docuerunt Ripa in l. Ex facto, num. 6. ff. ad Trebell. Clarus §. fin. quæst. 78. versic. Sed an teneatur fiscus, nouissimè alios citans Marcus Antonius Peregrinus de iuribus fisci, lib. 4. tit. 3. num. 26. Prosper Farinacius Variarum quæstionum criminalium lib. 1. quæst. 25. num. 186. Fundamentum est primò in generali regula: Si nemo hæreditatem adierit, nihil, quod in testamento scriptum est, debetur. l. Si nemo. ff. de testamen. tut. l. Si nemo, de reg. iur. Secundò in l. Quod diuo. ff. de manu. testam. vbi Papinianus: *Quod diuo Marco, inquit, pro libertatibus cõseruandis placuit, locum habet irrito testamento facto, si bona venitura sint: alioquin vacantibus fisco vendicatis, non habere constitutionem locum, aperte cauetur.*

Tertiò in l. 4. § Eadem constitutio. ff. de fideicommiss. libert. in illis verbis: *Eadem constitutio prospexit, vt si fiscus bona admiserit, æque libertates competant. Ergo siue vacant bona fisco spernente, siue agnouerit, cõstitutio locum habet. Cæterum si alia ratione agnoscat, apparet cessare debere constitutionem: quare etsi caducis legibus bona delata sint, idem erit probandum.*

Sic enim legendum est *caducis legibus*, non autem *caducis legionis*, vel aliter, vt in aliquibus exemplaribus legitur, sicut rectè admonuit Cuiacius ad l. 3. C. de bonis vacantibus, lib. 10.

Ad leges, quibus prior nititur sententia, respondetur, eas loqui de fisco auferente hæreditatem alteri, tanquã indigno: tunc enim tenetur eisdem parere cõditionibus, quibus ille, à quo bona auferuntur, parere debebat: sed

A hæc responsio non videtur esse idonea ad l. Quidam testamento. §. Quoties, de leg. 1. vbi textus loquitur de fisco, succedente in bona vacantia ei delata ex lege Iulia. Nec ad l. Vn. § pen. C. de cad. tollend. qui locus videtur aduersari l. 4. §. Eadem. ff. de fideicommiss. libert. Et sanè hæc res paulò abstrusior mihi videtur. Prima fronte illuc animus inclinabat, vt existimarem, si nullus ex testamento hæres existat, vel ab intestato, & idcirco ad fiscum, tanquam vacantia bona pertineant, eum non teneri legata & fideicommissa præstare. Nam si testamento relicta sint, & ex eo non fuerit adita hæreditas, iuris regula est plana, legata nullius esse momenti. l. Si nemo ff de testament. tutela, si verò relicta sint in codicillis, idem respondendum videtur; quia nullus est hæres, & legata præstari debent ab hærede: Est enim legatum, donatio à defuncto relicta, ab hærede præstanda. §. Legatum. Institut. de legatis. Et ideo leges, quæ dicunt fiscum ad præstanda legata, & fideicommissa teneri, necessario accipiendæ
B sunt, quando ex testamento, vel ab intestato hæreditas est adita; tunc enim legata valent, & ideo licet fiscus postea succedat, auferendo hæredibus tanquam indignis hæreditatem & bona, tamen legata præstare debet, & fideicommissa, propterea quod valent. Esset enim valde iniquum, vt culpa hæredum noceret legatarijs & fideicommissarijs: & ideo tunc bona pertinent ad fiscum, & ab eo vendicantur cum suo onere.

Cæterùm, re penitius examinata, vt contrariam sententiam amplectar, tria potissimùm loca effecerunt. Primus locus est in d. l. Quidam testamento. §. Quoties, de leg. 1. vbi verba sunt satis clara, & generaliter præcipiunt legata præstari à fisco succedente in bona vacantia. Secundus locus est in d. l. Dicitur. ff. de iure fisci, in illis verbis: *Cum ex quibuslibet alijs causis fisco vendicatis hæreditatibus, & libertas & legata maneant.* Sunt hæc verba generalia, quæ ad vnum tantùm casum, quo videlicet hæreditas indigno sit ablata, restringi non possunt salua ra-
C tione recti sermonis. Tertius est in l. Vna. C. de cad. toll. coniungendos. §. pen. cum vltimo, sic enim ait Imperator in d. §. penult. *Si nulli sint hæredes, vel accipere nolunt, vel aliquo modo non capiunt* (hæreditatem) *tunc ad nostrum ærarium deuoluatur.* Deinde pergit, dicens, in § vlt. *Tantum enim nobis superest clementiæ, quod scientes etiam fiscũ nostrum, vltimum ad caducorum vendicationem vocari, tamen nec illi pepercimus.* Ex quibus verbis patet, fiscum succedentem in bona vacantia, nullo hærede existente, qui velit, vel possit hæreditatem capere, vel qui capiat, teneri ad legata præstanda, sicut hæres teneatur, à quo relicta erant.

Non obstat primum argumentum ex regula generali, si nemo ex testamento hæreditatem adierit, quæ in eo continentur nullius momenti esse: quia non est absurdum hanc regulam sic interpretari, vt locum nõ habeat, quando bona sic vacantia transeunt ad fiscũ: tunc enim, quia is loco hæredis habetur, meritò præstare tenetur
D legata & fideicommissa.

Ad secundum & tertium argumentum notãdum est, pro vera interpretatione ita olim rescripsisse diuũ Marcum, vt si ij, qui libertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non aditur hæreditas, velint bona sibi addici libertatum conseruandarum gratia, audiantur, si idoneè creditoribus cauerent de solido, quod cuique debetur, soluendo, & sic bona non vendantur: & tunc si fiscus bona agnoscere voluerit, tanquam ad se deuoluta, quia nullus sit hæres, libertas nihilominus salua manet, perinde ac si ex testamento hæreditas fuerit adita. Ita clarè & prolixè declarat hoc rescriptum. Iustinianus in Institut. De eo cui libertatis causa bona addicuntur.

Quod igitur attinet ad l. Quod diuo, & ad l. 4. §. Eadem. ff. de fideicommiss. lib. respondeo, non negari illis legibus, libertatem testamento relictam locum habere, quando fiscus bona accipit vacantia, sed negatur locum habere ex dicta constitutione, siue rescripto diui

Marci. Sic enim loquitur text. in d. l Quod diuo. illud diui Marci reſcriptum locum habere irrito teſtamento facto, ſi bona væninura ſint: *Cæterum vacantibus fiſco vendicatis, non habere conſtitutionem locum, apertè cauetur.* Et in d. l. 4. §. Eadem. *Cæterum*, inquit, *ſi alia ratione agnoſcat, apparet ceſſare debere conſtitutionem.* Itaq; ceſſat eo in caſu conſtitutio diui Marci, quo bona in eo ſtatu non ſunt, vt addici poſſint libertatum ſeruandarũ cauſa, ne vendantur: tunc enim fiſcus ea agnoſcens, libertatem impedire non poteſt. Cęterùm ſi alia ratione & cauſa ad fiſcum ex caducarijs legibus pertineant, tunc nõ habet locum illa conſtitutio. Sed tamen non inde ſequitur libertates non deberi: Nam libertates quidem debẽtur, ſed non ex diui Marci conſtitutione, verùm ex alijs legibus, quibus cauetur ex quibuſcunque cauſis fiſco vendicatis hæreditatibus, libertates & legata manere. l. Dicitur. ff. de iure fiſci. Et eodem modo ſunt accipienda illa verba d. l. 4. *Quare etſi caducis legibus bona delata ſint, idem erit probandum*, Scilicet vt conſtitutio locum non habeat, ſed tamen nõ negat textus libertates deberi, nec id negare poteſt, ne alijs legibus repugnet, quibus conſtitutum eſt, & libertates, & legata præſtanda.

C A P V T XXIII.

An iure Canonico hæres non confecto inuentario teneatur vltra vires hæreditatis?

IVre Canonico hæredem inuentarium nõ conficientem vltra vires hæreditarias creditoribus non teneri, docuerunt Baldus ad l. Cum à matre, in fine. C. de rei vend. & in cõſi 145. ſuper primo puncto, num. 4. lib. 4. Antonius Butrius in cap. In literis, de raptoribus, & in cap Rainald. in 2. not. de teſtam. Petrus Ancharanus in conſi. 411. Argumenta nonnulla Ancharanus adfert, ſed ad eam facti ſpeciem pertinentia, ſuper qua ipſe reſpondit, hæredis videlicet ad vſuras reſtituendas obligati ex perſona defuncti, quę docet vltra vires hæreditarias non teneri ob multas cauſas, quę huc non pertinent. Fundamentum igitur non aliud inuenio huius ſententiæ, niſi quia ſecundùm naturalem rationem & æquitatem, quam ius Canonicũ plerumque ſequitur, non tenetur hæres ex perſona defuncti vltra vires hæreditarias.

Sed valdè infirmum mihi videtur hoc fundamẽtum. Nam iuſtis de cauſis iure Ciuili conſtitutum eſt, hæredẽ non conficientem inuentarium inſolidum teneri, etiam vltra vires hæreditarias, vt patet ex Nouella Iuſtiniani de hęredibus & falcid. Nec iure Canonico contrariũ eſt conſtitutum; quare illa naturali æquitate iuſtas ob cauſas valere iuſſa, iuri Ciuili inhærendum videtur, argum. c. 1. & 2. de ope. no. nunc. Atque ita docuerunt idem Baldus ſibi contrarius in l. vlt. C. de iure delib. col. 2. Abbas in c. Rainald. de Teſtam. Ang. & Alex. in rub. ff. de acq. hæred. & multi alij, quos refert & ſequitur Rolandus de confect. inuentarij, vlt. par. §. Nunquid de iure Canonico, quos & ipſe ſequor in foro externo.

C A P V T XXIIII.

Hæres, qui inuentarium non confecit, an vltra vires hæreditarias teneatur in foro conſcientiæ.

NOn mittimus falcem in alienam meſſem, quoniam & Canoniſtæ & Legiſtæ hanc quęſtionem tractant, ſitne hæres in foro conſcientiæ obligatus creditoribus & legatarijs vltra vires hæreditarias, ſi inuentarium non confecerit? Tres ſunt Doctorum ſententię: Vna teneri. Altera non teneri. Tertia, diſtinguendos

A eſſe creditores à legatarijs & fideicommiſſarijs, & hęredem creditoribus quidem vltra vires hæreditarias teneri, legatarijs autem & fideicommiſſarijs nequaquam. Vide Bartolum, Caſtrenſem, Iaſonem, Aretinum, & alios ad Rubr. ff. de acquir. hęred. Ioan. Andr. & alios ad c. Quanquam, de vſuris, lib. 6. Federicum Senen. cõſi. 21. Vaſquium de ſucceſſionum creatione, lib. 1. §. 2. num. 12. Couuar. in capit. primo, de Teſtam. numero 16. 17. Roland. à Valle de confectione inuent in vltima parte. §. An in foro conſcientiæ, vbi multos alios citat, quibus addi poteſt Pierius in Summa, in verb. Hæreditas 3. in 5. quęſtione.

Fundamentum prioris ſententiæ illud eſt pręcipuum; quoniam leges humanæ, ſi iuſtę ſint, habent vim obligandi etiam in foro conſcientiæ à lege æterna, à qua deriuantur, ſecundum illud Prouerb. 8. Per me Reges regnant, & Legum conditores iuſta decernunt, vt declarat S. Thomas 1. 2. q. 96. art. 4. ſed negari non poteſt, quin B Iuſtiniani lex ſit iuſta, quæ hęredem inuentarium non conficientem obligat vltra vires hęreditarias. Ergo hæres tenetur vltra vires hęreditarias ad ſatisfaciendũ creditoribus, etiam in foro conſcientię.

Fundamentum autem eorum, qui negant hæredem obligatum eſſe vltra vires hæreditarias in foro conſcientiæ, illud eſt, quia Iuſtiniani lex, quæ ita hæredem obligat, ſi inuentarium non confecerit, videtur niti quadam præſumptione, quod ſcilicet hęres, qui inuentarium non confecit, aliquid ex hæreditate ſubtraxerit, vt patet ex Nouella, de hæredibus & Falcid. §. Hinc nobis. ibi: *Et non per ea, quæ fortè ſurripiunt, aut malignantur, &c.* Sed in foro conſcientiæ non eſt locus præſumptionibus, ſed veritati, quæ ſola ſpectatur. c. A nobis 2. c. Inquiſitioni, de ſentent. excom. Ergo, ſi hæres nihil reuera ſubtraxerit ex bonis hæreditarijs, non videtur eſſe in foro conſcientiæ obligatus.

Tertiæ denique ſententiæ fundamentum eſt; quia, C quod attinet ad creditores, hæres etiam Iuſtiniani lege tenebatur illis vltra vires hæreditatis ſatisfacere. l. Si te bonis. C. de iure deliber. Et hoc ea ratione, quia adeundo hæreditatem videbitur ſuſcipere onus ſoluendi, quare etiam in foro conſcientiæ tenetur, cùm illa lex ſit iuſta. Cæterùm, quod attinet ad legatarios & fideicommiſſarios, vt hæres illis obligatus ſit vltra vires hæreditarias, noua Iuſtiniani conſtitutione introductum eſt, ea præſumptione innixa, quod hæres inuentarium non conficiens aliquid ſubtraxerit ex bonis hęreditarijs; quæ quidem præſumptio cùm in foro conſcientię non ſpectetur, ſed veritas præualeat, conſequitur, hæredem, qui nil ſubtraxerit, non fore obligatum in foro conſcientiæ, licet inuentarium non confecerit.

Ego ſanè eorum ſententiam veriorem eſſe puto, qui ſimpliciter negant hæredem in foro conſcientiæ vltra vires hæreditarias teneri. Et moueor hoc argumento: Hæres in foro conſcientiæ non debet in plus teneri, D quàm defunctus teneretur, ſed in tantum, in quantum defunctus tenebatur. Eſt enim hæreditas ſucceſſio in vniuerſum ius, quod defunctus habuit. l. Nihil aliud. ff. de verb. ſignific. Et hæres dicitur defuncti perſonam repræſentare. §. 1. in Auth. de Iureiur. à morien. præſtito. & ex eius perſona dicitur obligari. l. Ex qua perſona, de regulis iuris.

Sed defunctus in foro conſcientiæ non tenebatur ad creditoribus ſoluendum vltra vires ſuas, quia nemo tenetur ad impoſſibile. Sanctus Auguſtinus relatus in c. Si res. 16. quęſt. 6. Sanctus Thomas 2. 2. q. 62. artic. vlt. in reſponſione ad primum argumentum. Didacus Couuar. alios citans in relectione c. Peccatum, in 1. par. nu. 2. de reg. iur. lib. 6. Ergo neque hæres in foro conſcientiæ obligatus erit.

Ad argumentum prioris ſententiæ ſi amplectamur eorum ſententiam, qui exiſtimant legem Iuſtiniani fundatam eſſe in præſumptione illa, quod hæres non conficiens

ciens inuentarium aliquid subtraxerit, facilè respondeti potest; Nimirum eiusmodi legem quantumuis iustam in foro conscientiæ non obligare, quoniam in eo foro veritas attenditur, & non præsumptio, vt declarat Nauarrus in Manuali, cap. 17. num. 283. Syluester in verbo Lex. quæst. 9. & colligitur ex cap. Is qui. &c. Tua desponsabilus.

Verùm, quia dubia est illa interpretatio, respondeo, legem Iustiniani obligantem hæredem vltra vires hęreditarias esse quidem iustam in foro externo; quia hæres videtur quasi contrahere cum creditoribus & legatarijs adeundo ipsam hæreditatem, atque adeò onus soluendi suscipere in solidum ipsis creditoribus & legatarijs. Cęterùm in foro interiori animæ iustum non esse, vt heres, qui nihil ex hęreditate subtraxit, in plus teneatur, quàm defunctus; defunctus autem vltra suas vires non tenebatur. Et in foro conscientiæ non habet locum illa fictio, siue presumptio à lege inducta, quod heres adeundo hęreditatem videatur suscipere onus soluendi in solidum omnia debita, etiam vltra vires hęreditarias. Hæc fictio lege quidem humana inducta est, sed non diuina. Ergo in foro Cæsaris obligabit, non in foro Dei, si nihil reuera hęres subtraxerit ex hęreditate.

CAPVT XXV.

Possitne testator inuentarij confectionem hæredi remittere in præiudicium legatariorum & fideicommissariorum.

INter omnes constat, testatorem hęredi remittere non posse inuentarij cōfectionem in pręiudicium creditorum: sed an remittere possit in pręiudicium legatariorum & fideicommissariorum, non est eadem omnium sententia. Etenim affirmant Paulus Castrensis, Alexander & Aretinus in l. Nemo potest. de leg. 1. Idem Alexander in cons. 51. lib. 6. nu. 18. Decius in cons. 418. Aymo. consil. 174. & alij, quos refert & sequitur Rolandus à Valle de confectione inuentarij, in vltima parte. §. An Testator.

Sed negant Bald. in l. vlt. C. arbit. tutelę. Castrensis in l. Cum tale. §. 1. ff. de cond. & demonst. Iason in l. Nemo potest: in prima lect. ad finem. de leg. 1. Ioan. Crotus ibidem, num. 52. vers. Secunda conclusio. Ioannes Annibal. num. 406. Procellinus tractatu de inuentario, cap. 1. num. 15.

Prioris sententiæ fundamentum est; quia testator potuit legata & fideicommissa non relinquere, & relicta etiam adimere; ergo multò magis pręiudicare ipsis legatarijs & fideicommissarijs remittendo hęredi cōfectionem inuentarij; Præsertim, quia fieri potest, vt ipsius testatoris intersit, aut hęredum eius, inuentarium bonorū suorum non fieri, ne patrimonium eius detegatur; quæ causa est, vt etiam tutori remitti possit confectio inuentarij. l. vlt. C. arbit. tutelæ.

Posterioris autem fundamentum est; quia hęc inuentarij confectio videtur esse iure publico introducta, *vt viuentes relictis potiantur, & deficientes cum securitate moriantur: scientes, quia lex eis etiam sepultis ministrabit, & quæcunque illi disposuerint, ad effectum ipsa perducet*, vt inquit Iustinianus in Nouella de hęred. & Falcidia. non procul à fine: qua ratione etiam constat vsufructuario remitti non posse cautionem, quam secundùm leges pręstare debet. l. 1. C. de vsufruct. l. Scire debetis. C. vt in pos sess. legat Huc accedat, quod si remitti inuentarij confectio posset, occasio daretur hęredi delinquendi; quia bona posset surripere, & occultare in fraudem legatorum & fideicommissorum.

Nec obstat, quod in potestate testatoris fuerit legata non relinquere; quia etiam in eiusdem potestate est non

A legare vsumfructum, vel legare etiam proprietatē simul cum vsufructu; & tamen cautionem remittere vsufructuario non potest.

Addi potest ratio, quod nemo possit facere, quin leges locum habeant in suo testamento. l. Nemo potest. de legatis 1.

Ego sanè in priorem sententiam longè sum procliuior, & pro eius confirmatione perpendo, hanc fuisse rationē constitutionis Iustiniani, quę mandat inuentarium confici ab hęrede, *vt viuentes relictis potiantur*, vt in summa voluntates defunctorum executioni mandarentur. Id ipse Iustinianus testatur in d. Nouella de hęredib. & falcid. circa finem. ibi: *Hęc nos vti communiter omnibus profint hominibus scripsimus: quatenus & viuentes relictis potiantur, & deficientes cum securitate moriantur, &c.* Ergo, si voluntates testatorum hoc fauore prosequi Imperator voluit, quo magis adimpleretur, vt hęredes compelleret ad inuentarium conscribendum sub pœnis, de quibus in

B ea constitutione, non videtur esse rationi consonum, vt ea constitutio locum habeat contra voluntates defunctorum. Quod enim fauore alicuius constitutum est, nō debet in eius odium retorqueri. l. Quod fauore. C. de legibus. & quod ob certum effectum constitutum est, non debet contrarium operari.

Nec verum illud est, hęredibus occasionem hinc dari delinquendi; quia testator inuentarium remittens con fisus est de hęredis integritate, & occasio remota nimis est, & ideo non attendenda: Quamobrem in tutore locū non habet, vt patet ex l. vlt. C. arb. tutel. Et olim apud veteres, quibus inuentarium Iustiniani cognitum non erat hęredibus, nulla vnquam habita est ratio huiusmodi occasionis & suspicionis.

Et sanè ego sic statuo, Iustinianum ad eam legem cōdendam motum non fuisse, eam præcipuè ob causam, vt huiusmodi occasionem hęredibus auferret occultandi res hęreditarias; sed vt eisdem consuleret, ne amplius

C hęrerent circa deliberationem, an vellent adire, vel repu diare hæreditatem. Ita scilicet, vt inuentario confecto, ab omni periculo liberi essent, sicut ipse Iustinianus testatur in l. vlt. C. de iure delib. quanquam iusta fuit ratio auferendi legis beneficium, & obligandi vltra vires hęreditarias eos, qui legem contemnendam putauerint, vt in d. Nouella. de hęredibus & falcidia prolixè habetur.

CAPVT XXVI.

Legatum obscurum, an in fauorem Ecclesię, seu piæ causa latiùs sit interpretandum.

SEmper in obscuris, quod minimum est, sequimur l. Semper. de reg. iur. Et ideo in legatis, quod minimum est, debetur, si obscura sit testantis voluntas. l. Numis. de leg. 3.

Sed controuersia est, an & in legatis ad pias

D causas idem sit iuris. Negant enim multi, & multi affirmant, vt videre licet ex Tiraquello de priuilegijs pię causę. 25. Priuilegio. vbi Auctores citat copiosè, quibus adde Cagnol. ad l. Sęper in obscuris. de reg. iur. Couuar. in c. Indicante. nu. 4. de Testam. Menoch. de Pręsumpt. lib. 4. Pręsumpt. 106. nu. 33.

Omnis difficultas posita est in l. Titia. §. Seia. ff. de auro & argent. leg. quam Doctores tam pro affirmante, quàm pro negante sententia perpendunt. Eius verba hęc sunt: *Seia testamento ita cauit. Si mihi per conditionem humanam contigerit, ipsa faciam. Sin autem, ab hæredibus meis fieri volo, iubeóq; signum Dei ex libris centum in illa sacra æde, & in patria statui, cum subscriptione nominis mei: quæsitum est, cum in illo templo non nisi ærea, aut argentea sint dona, hęredes Seiæ, vtrum ex auro an argento signum ponere compellendi sint, an græmis? Respondi, secundùm ea, quę proponerentur, argenteum ponendum.*

Igitur

Igitur qui affirmant etiam in legatis pijs id, quod minus est, sequendum, ita legunt textum: *Quęsitum est, cū in illo templo, non nisi aurea, aut argentea sint dona.* Et quoniam Iurisconsultus respondit argenteum ponendum, inde argumētantur, quod minus est, deberi. Si enim quod maius est, deberetur, aureum præstandum esset.

Qui verò contrarium docent, ita legendum putant: *Cum in illo templo non nisi area aut argētea sint dona, &c.* Et ideo inferunt, quod maius est deberi; quia Scæuola respondit, argenteum ponendum, quod est maius, quàm æreum.

Ego non libenter repugno eorum sententiæ, qui piæ causæ fauent, sed tamen si licet, quod probabilius videtur ingenuè fateri, existimo potius legendum *aurea, aut argentea*, quàm *area, aut argentea*; quia textus dicit quæsitum esse; Vtrum *hęredes ex auro, an argento signum ponere compellendi sint.* Hæc quæstio non fuisset proponenda, si in templo non fuissent etiam aurea dona. Nam si ærea tantùm, vel argentea fuissent, quæstio erat proponenda, an ex ære vel argento hæredes ponere compellendi essent.

Et licet Iurisconsultus quærat etiam, an æreum esset ponendum, non tamen id suffragatur contrariæ sententiæ; quia licet in templo essent dona tantùm aurea, vel argentea, quæri tamē potuit, an æreum esset ponendum; quia testatrix non expresserat quale signum Dei, id est, ex qua materia ponendum esset. Et ideo in dubio dicendum videbatur, sufficere, si æreum poneretur ex centum libris à testatrice expressis. Cōtrarium tamen deciditur, nempe æreum, non esse ponendum. Ratio est, quia in eo templo dona erant duntaxat aurea, vel argentea, & ideo videtur fuisse testatricis voluntas, vt secundùm ipsius tēpli conditionem signum poneretur, scilicet, vel ex auro, vel ex argento. Et quia res erat obscura, id quod minus hæredes grauabat eligendum erat, atque ideo ad ponendum argenteum compellendi. Hæc mea est coniectura, cui tamen piæ causæ commodum, & fauores haud grauatè præfero, simul & Florentini Codicis authoritatem.

CAPVT XXVII.

An hæres conueniri possit in rei actione intra tempus, quo inuentarium conficitur.

SIc Iustinianus statuit: *Donec tamen inuentarium conscribitur, &c. nulla erit licentia, neque creditoribus, neque legatarijs, vel fideicommissarijs eos vel inquietare, vel ad iudicium reuocare, vel res hęreditarias, quasi ex hypothecarum authoritate vendicare; sed sit hoc spatium ipso iure, pro deliberatione hęredibus concessum.* l. vlt. §. Donec. C. de iure delib. Hanc legem sic Doctores magis communiter interpretati sunt, vt hæres nō possit à creditoribus, vel legatarijs, aut fideicommissarijs conueniri; sed tanquam possessor conueniri possit actione in rem proposita per eum, qui se dominum esse alicuius rei, quam defunctus in hæreditate reliquerit contendat, eamque iure dominij vendicet. Nam ad hunc casum verba legis non pertinent. Vide Alexandrum in commentarijs dicti §. Donec. & post eū Rolandum à Valle de confectione inuentarij in 4 parte. §. Quarta est vtilitas.

Sed mihi iustior interpretatio videtur Cyni & Alberici, qui dixerunt generaliter conueniri non posse hæredem, etiam ab ijs, qui nec creditores sunt, nec legatarij, nec fideicommissarij. Nam si hæres molestari non potest à creditoribus & legatarijs, qui actionem habēt tam certam, tantoque fauore dignam, cur ab alijs posset? Expendamus causam huius priuilegij, quod hęredi est concessum, dum inuentarium conscribitur: *Sed sit hoc spatium* (inquit Imperator) *ipso iure pro deliberatione hęredibus concessum.* Consequenter molestari & conueniri nō

A potest hæres intra illud tempus; non tanquam hæres, & hoc certum, & expressum est in textu; sed nec tanquam possessor; quia non dicitur possessor, nisi sit hæres. Neq; enim intelligi potest alio, quàm hæredis titulo is possidere, qui hęreditate sibi delata inuentariū conficit. Quare, si non habetur pro hærede intra tempus constitutum ad inuentarium conficiendum, sequitur, vt nec pro possessore intra idem illud tempus haberi possit.

Denique ad rationem legis respiciamus. Aliqua enim procul dubio ratio Imperatorem induxit ad inducias illas hæredibus cōcedendas; & illa profectò (neque enim alia facilè occurret) quia hæredes occupati sunt eo tempore in inuentario conscribendo, quod sanè opus requirit diligentiam, laborem, & fidem: citandi & vocandi sunt legatarij, creditores, res inspiciendæ, obseruandæ, tabellarijs præsentibus. Itaque visum est æquum, vt interea hæredes non possint inquietari. Hæc ratio legis etiam ad hūc casum pertinet, de quo nostra est disputatio: quare, etsi verba legis non inseruiant, fauet tamen ratio legis; quod sufficit. B

CAPVT XXVIII.

Hæres, qui simpliciter adiuit hæreditatem, nulla facta protestatione de inuentario conficiendo, vtrum beneficijs eiusdem postea confecti perfruatur?

ANgelus ad l. j. § Hęc stipulatio. ff. Si cui plus quàm per legem Falcid. circa inuentarium docuit hæredis protestationem, antequam is hęreditatem adeat, necessariam esse, qua scilicet declaret velle se inuentarium conficere, & eius beneficijs vti: quod si simpliciter, ac purè hæreditatem adierit nulla protestatione facta, non profuturam ei confectionem inuentarij. Motus est in hanc C sententiam ex l. vlt. C. de iure delib. in illis verbis: *Cum igitur hęreditas, ad quendam siue ex testamento, siue ab intestato delata, siue ex asse, siue ex parte; siquidem recta via adire maluerit hęreditatem, & spe certissima hoc fecerit, vel sese immiscuerit, vt non postea eam repudiet: nullo indiget inuentario, cùm omnibus creditoribus suppositus est, vtpote hęreditate ei ex sua voluntate infixa.*

Sed hanc sententiam meritò posteriores interpretes repudiarunt, vt constat ex Rolando de confectione inuentarij in 4. parte, §. Beneficium inuentarij. quia nō alia est sententia Imperatoris, quàm hæredi sic adeunti necessarium non esse inuentarium, cùm scilicet spe certissima hoc fecit, quod lucrosa sit hęreditas, & nullo sit opus inuentario, vt indicant illa verba, *nullo indiget inuentario, &c.* Et illa verba, *spe certissima hoc fecerit*, quibus verbis non negat Imperator, hęredi competere beneficia inuentarij, si illud conficeret; sed negat opus esse inuentario, & significat hęredem posse illud omittere, si velit; sicut etiam hæreditatem repudiare eum posse, qui simili modo non titubante animo eam respuendam, vel abstinendam crediderit, vt statim Imperator subdit. Quod si hęres simpliciter agnouerit hæreditatem, & forsan dubius, an sit vtilis, vel damnosa futura, inuentarium postea conficere voluerit, non dubium est, quin ei profuturum sit inuentarium. Sic enim subiungit Iustinianus: *Sin autem dubius est, vtrumne admittenda sit necne defuncti hęreditas; non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hęreditatem, vel sese immisceat: omni tamen modo inuentarium ab ipso conficiatur, &c.* D

Ex quibus omnibus apparet, tres constitui casus ab Imperatore. Primus est eius hæredis, qui certissima spe adductus hęreditatem agnoscit, & inuentarium propterea negligit, & hunc dicit non indigere inuentario, & obligatum esse creditoribus omnibus simpliciter.

Secundus

Secundus casus est hæredis, qui deliberauit hæreditatem non adire, eamque repudiauit, & hunc dicit alienum esse ab hæreditate, siue damnosa, siue lucrosa sit. Tertius est illius, qui vult quidem hæreditatem adire, sed non incertus est de eius viribus, quin fortasse eam sibi repudiandam iudicet, & hunc dicit adire posse, ac sese immiscere, deinde inuentarium facere oportere intra constitutum tempus. Nullam Imperator à tali hærede protestationem requirit, antequam hæreditatem agnoscat, sed ait simpliciter & absolutè, *adeat hæreditatem, vel sese immisceat, omni tamen modo inuentarium ab ipso conficiatur.* Hæc paulò fusius explicaui; quoniam etsi omnes ab Angelo recedant, pauci tamen hanc rem edisserunt. Tunc autem arbitramur nos aliquid scire, cùm causam cognouerimus, & fundamentum rei.

CAPVT XXIX.

Hæres, qui fecit inuentarium, an detrahere possit sumptus factos in litigando pro defendenda hæreditate?

SEd & controuersia est, si hæres, qui inuentarium confecit, sumptus fecerit pro defendenda hæreditate, quam alius sibi vendicabat in iudicio, possitne eos detrahere? Variæ sunt doctorum sententiæ. Prima est, non posse, ita docuit Baldus in l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib. quem videtur sequi Paulus Castrensis in commentarijs eiusdem loci: & fundamentum est, quia non dicitur hæres hoc in casu sumptus fecisse pro hæreditate, sed pro sua vtilitate, vt scilicet hæreditatem obtineret. Et ideo non debet eiusmodi sumptus detrahere, sicut non detrahit sumptus, quos alioqui pro sua necessitate fecisset domi, vt in l. Sed etsi lege. §. Quod autem. ff. de petit. hæredit.

Secunda est sententia Angeli, quem secutus est Alexander in eodem loco, sumptus detrahi posse ab hærede, quos fecit in litigando, si obtinuit. Fundamentum est, quia videntur fieri hæreditatis gratia, vt scilicet illum habeat in dominum, quem defunctus voluit, vel ex testamento, vel ab intestato, iuxta l. Conficiuntur. ff. de iure codicillor.

Adducitur pro confirmatione, quod habetur in cap. Vt prætentæ. de elect. & in l. Iam tamen. §. In hac stipulatione. ff. iud. solui.

Tertia est sententia Cornei, in commentarijs eiusdem loci, si hæres expensas fecit occasione hæreditatis, quas non repeteret ab alio, puta in confectione inuentarij, in instrumento ipsius testamenti, & similibus, sine quibus se defendere non posset, tunc eas detrahere possit, & eo in casu locum habeat Angeli sententia; in alijs verò sententia Baldi.

Quarta est sententia Iasonis, in d. §. In computatione. si hæreditas soluendo non sit, expensas istas posse detrahi; & videtur esse eadem cum sententia Angeli.

Animaduerto Angeli sententiam magis communiter receptam esse, vt intelligi potest ex Emiliano in consilio 15. Rolando à Valle, de confectione Inuentarij in 4. parte. §. Quid de expensis. & Marzario de fideicommissis, in vltima parte Epitom. quæst. 67. Et omnibus maturè consideratis veriorem quoque iudico, argumento textus in d. l. Vlt. §. In computatione. C. de iure delib. vbi Iustinianus ita scribit: *In computatione autem patrimonij, damus ei* (scilicet hæredi) *licentiam excipere, & retinere quicquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel inuentarij confectionem, vel in alias necessarias causas hæreditarias approbauerit se persoluisse*. illa verba; *vel in alias necessarias causas*, videntur dirimere quæstionem istam. Nam negari non potest, quin hæc sit causa necessaria, cùm hæreditas defenditur aduersus eos, qui

A eam iniustè vendicare ac auferre conantur lite mota; quare communiorem hanc sententiam & ipse probo.

CAPVT XXX.

Hæres, qui confecit inuentarium, an damnum sentiat ex interitu rerum hæreditariarum.


CErtum est damna, quæ ex rerum interitu post testatoris mortem acciderint, ad hæredem pertinere, non autem ad legatarios, nisi species, id est, certa corpora relicta sint, quæ absque mora hæredis perierint: vt in l. ratione. 30. §. Diligenter. ff. ad legem Falcid. Cęterùm est controuersia, an idem iuris sit in eo hærede, qui inuentarium confecit. Et negat Bartolus idem iuris esse tam in d. §. Diligenter. quàm in l. vlt. §. Etsi præfatam. C. de iure delib.
B quem secuti sunt Alexander post alios, quos citat in d. §. Diligenter. nec non Iason, & Corneus in d. §. Etsi præfatam. dum loquuntur de sexta vtilitate inuentarij.

Fundamentum est; quia hæres, qui confecit inuentarium, debet esse sine damno, vt in d. §. Etsi pręfatam; Deinde, quia hæres est debitor quantitatis respectu certæ speciei, id est, propter res hęreditarias & earum respectu. Debitor autem quantitatis respectu certę speciei, interitu ipsius speciei ante moram liberatur, vt notant omnes in l. Quod te. ff. si certum petatur. & dixi lib 2. Controuersiarum iuris. cap. 71. in prima parte.

Cęterùm, Castrensis in d § Etsi pręfatam. contrarium docuit, nimirum periculum & damnum interitus rerum pertinere ad hęredem, quoties post aditam hęreditatem contigit. Sequitur eandem sententiam Ripa in l. 1. §. Si is qui quadringenta. nu. 9. ff. ad legem Falcid. & Rolandus à Valle, de Confectione inuentarij in 4. parte. §. Sexta est vtilitas.

C Fundamentum est; quia post aditam hęreditatem, si illa sit soluendo, hęres dicitur obligatus esse in solidum legatarijs, & consequenter rerum interitu non liberatur. l. Incendium. C. si certum petatur. Huc accedat, quod olim hęres etiam nullo inuentario confecto, non tenebatur legatarijs vltra vires hęreditatis. Lege prima. Si is qui quadringenta. ff. ad legem Falcid. & tamen periculum interitus ad eum, non autem ad legatarios spectabat, vt habetur in dicta l. In ratione. §. Diligenter. ff. ad leg. Falcid.

Prior sententia mihi magis probatur: quia quod hęres inuentarium conficiens nullum damnum subire debeat, certum & exploratum est, ex d. l. vlt. §. Etsi pręfatam. & ex Nouella de hęred. & Falcid. §. Hinc nobis. ibi: *Homines excepimus ex damno rerum suarum, &c.* Quod autem, vt dicebat Paulus Castrensis in solidum hęres teneatur post aditam hęreditatem, quando est soluendo, valde incertum est: nam etsi hęres tunc legata soluere te-
D neatur, & debita defuncti, tamen dicit textus in d. §. Etsi pręfatam. *Eis satisfaciant* (hęredes) *ex hæreditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel earum forsitan venditione*. Ex quibus verbis indicatur, hęredibus licere res hęreditarias, aut vendere, aut in solutum dare creditoribus & legatarijs, & consequenter hęredes non esse absolutè, & simpliciter obligatos ad soluendum ex suis ipsorum substantia, & bonis; Quare, si ipsę res hęreditarię non extent, videntur hęredes liberari ab onere soluendi: & sic fundamentum Pauli Castrensis non subsistit.

Quod verò Castrensis vrgebat, olim quoque vltra vires hęreditarias obligatos hęredes non fuisse ad satisfaciendum legatarijs, & tamen damnum ex interitu ad eos pertinuisse, non deterret nos ab hac sententia; quoniam ea comparatio non est idonea, quę fit inter hęredem respectu legatariorum, secundum ius antiquum, & hęredem, qui inuentarium conficit, secundum ius nouum: propterea quod hęres, qui facit inuentarium ex lege Iu-

ge Iustiniani plura commoda, & beneficia consecutus est, etiam respectu legatariorum, quàm ille, qui antiquo iure legatarijs in solidum non tenebatur. Nam ex sua substantia non tenetur legata soluere, sed ex rebus hæreditarijs, item potest soluere legatarijs & creditoribus, qui primis venerint, & suas actiones saluas habet, & omnino nullum damnum sentire debet, & nihil ex sua substantia amittere, vt in d. §. Etsi præfatam. & reliquis §§. d. l. vlt. C. de iure delib. A

Et cùm toties dicatur, hæredem nullum damnum, nullum periculum subiturum, si inuentarium confecerit, non videtur ea sententia satis consentanea menti Iustiniani, quæ iacturam istam ex rerum interitu ad eum pertinere docet.

Non obstat, quod nonnulli obijciunt commoda ex alluuione, vel fœtu animalium, aut aliunde venientia pertinere ad hæredem istum, qui inuentarium conficit. Id enim nemo negauerit, & consequenter etiam incommoda pertinere debere. l. Secundum naturam. de reg. iuris. Nam respondetur id voluisse Iustinianum, vt hæres inuentarium conficiens secundùm formam ab eo præscriptam, nullum damnum sentiret, sed non prohibuit, quin lucrum faceret: imò voluit eum lucrari, vt patet ex legis Falcidiæ beneficio, vt in d. §. Etsi præfatam. & ex alijs multis commodis, quæ habet hæres: ex quo manifestum est, non rectè inferri posse; lucrum sentire potest, ergo & damnum pati: quia sæpenumero accidere potest, vt hæreditas lucrosa sit, Iustiniano id nequaquam impediente: nunquam verò vt sit damnosa; eodem ab omni damno hæredes eximente, æquissima sanè & laudatissima sua constitutione.

CAPVT XXXI.

Si hæres inuentarium confecerit, an illud prosit fideicommissario, cui restituit hæreditatem?

INuentarij ab hærede confecti beneficium non transire in fideicommissarium, cui restituta est hæreditas absque cessione, Bartolus existimauit in l. In ratione §. Quod vulgo. numero 9. ff. ad legem Falcid. Motus ex l. Si hæres pecuniam. ff. ad Trebellian. & l. Hæres à debitore. ff. de fideiussor. quibus legibus probatur actionem ex hæredis facto quæsitam in fideicommissarium non transire. Alij contrarium docent ex l. Sicut. §. 1. ff. Quibus mod. pig. vel hypoth. solu. vbi probatur exceptionem pacti, quod hæredi creditor fecit, fideicommissario, cui restituta est hæreditas ex Trebelliano S. C. prodesse, vt latè adductis authoritatibus deducit Roland. à Valle, de confectione inuentarij, parte 4. §. Quod si hæres.

Ego subscribo posteriori huic sententiæ; quia hæc non est actio, nec exceptio pacto, vel stipulatione ab hærede quæsita; sed exceptio, quæ hæredi competit inuentarium conficienti ex iuris dispositione, vt scilicet vltra vires hæreditarias non teneatur. l. vlt. §. Etsi præfatam. C. de iure delib. Ex hoc enim sequitur, eam fideicommissario quoque prodesse. Nam in fideicommissarium restituta hæreditate actiones transeunt, quæ in hæredem antea competebant. l. 1. ff. ad Trebell. At in hæredem in solidum non competunt, sed pro viribus hæredi tatis, si inuentarium fecerit; ergo eodem modo competunt aduersus fideicommissarium.

CAPVT XXXII.

Si emptor sit hæres venditoris; & inuentarium conficiat, & res euicta sit, an in ponenda ratione bonorum hæreditatis habeatur ratio dupli euictionis nomine promissi, vel tantùm simpli?



EXistimo simplum imputandum esse, non duplum, authoritate l. Cùm emptor. ff. ad legem Falcidiam. Paulus: *Cùm emptor venditori vel contra, hæres extitit, euicto homine, vtrum duplum in æs alienum deducere, vel computare debeat, an simplum: duplum enim esset, si alius hæres extitisset. Et benignius est, eodem hærede existente simplum ei imputari.* Atque ita rectè docet Bartolus in commentarijs illius legis, & accedit text. in l. Si ei. §. 1. ff. de Euiction. B

Verùm Cynus contrarium docuit in l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib. nempe duplum imputandum esse; quia hæres inuentariũ conficiens non amittit actiones, quas contra defunctum haber. Habet autem hoc in casu actionem ad duplũ, euictionis nomine promissum. Et quod attinet ad d. l. Cùm emptor. respondet illam non loqui de hærede inuentarium conficiente. Eo enim tempore lex Iustiniani de inuentario conficiendo non erat lata.

Sed non placet hęc sententia; quia licet tempore Pauli non esset lata lex de inuentario conficiendo; erat tamen ita constitutum, vt in imponenda legis Falcidię ratione omne *æs alienum deduceretur, etiam id, quod ipsi hæredi mortis tempore deberetur, quamuis hæreditatis aditione confusæ sint actiones.* l. In imponenda. C. ad leg. Falcid. Et sic, quantum ad hunc effectum rationis ineundę bonorũ, ita hęredis actiones sunt saluę, quemadmodum inuentario confecto, quoad alios omnes iuris effectus, saluę sunt hęredi ex d. §. In computatione. & tamen Iurisconsultus respondit, summo iure posthabito, quod suadet duplum imputari, *benignius esse*, simplum imputari hoc in casu. C

Angelus in d. l. Cùm emptor. distinguit: aut euictio rei emptę secuta est ante aditam hęreditatem ab emptore, aut post aditam hęreditatem. Priore in casu imputandum est duplum; quia emptori ius quęsitum erat ad duplum ante aditam hæreditatem, quod ius debet illi inuentariũ conficienti saluum esse ex d. l. Vlt. §. In computatione. Posteriori casu secus, odio pœnę.

Sed primo distinctionis membro obstat primò, quod d. l. Cùm emptor. loquitur expressè, quando euictio accidit post aditam hęreditatem. Deinde, quod non habetur ratio, vtrum ius ad duplum petendum quęsitum emptori sit: etsi enim quęsitum sit; tamen ęquitas prędalet, & facit, vt simplum tantùm imputetur. Tertiò; quoniam etiamsi euictio post hęreditatem aditam contingat; tamen ius ad duplum hęredi quęsitum est, & ideo secundum iuris rigorem duplum esset imputandum: sed tamẽ contrarium Paulus respondit in conflictu rigoris & ęquitatis, ęquitatem secutus potius, quàm rigorem. D

Et hęc est causa cur Angeli distinctionem, quam plerique sunt secuti apud Rolandum de confectione inuentarij in 4. parte. §. Pone Titius. ego non amplectar. Hoc enim mihi propositum est, leges legumque rationes sectari, iustitięque & ęquitatis rationes, posthabita nonnunquam communiori sententia interpretum doctissimorum.

CAPVT

CAPVT XXXIII.

Vtrum hæres, qui inuentarium non confecit, deducere possit id, quod sibi à defuncto debebatur aduersus eum, cui ex Trebelliano restituit hæreditatem.



Æc est maximi momenti controuersia; ergo non parum accuratè tractanda & explicanda. Hæres grauatus per fideicommissum hæreditatem alteri restituere; vtrum, si non confecerit inuentarium, actiones, quæ illi competunt aduersus defunctum, amittat; an verò saluæ ei maneant, vt proinde hæreditatem fideicommissario restituendo deducere & petere possit, vel retinere id, quod sibi debetur. Nam si inuentarium confecerit, explorati iuris est, actiones non confundi, ex l.vlt. §. In computatione. C.de iure delib.

Communis est sententia non confundi actiones hoc in casu; & ideo hæredem posse, quod sibi debetur, retinere, vel deducere, aut etiam petere. Ita docuit Baldus in l. Debitori. C. de Pactis. Paulus Castrensis in l. Ita tamen. §. Si ex Trebelliano. ff. ad Trebellianum, & ibidem etiam Alexander, & ita sæpe respondit idem Castrensis & Alexander Socinus senior & iunior, & plurimi alij, quos adducit Rolandus à Valle, de confectione inuentarij, parte 4 §. Pone hæres. Adde Crauettam in consilio 144. numero 7.

Contrarium docuerunt Imola in l. Ab omnibus. §. vlt. de leg. 1. & in l. Debitor. ad Trebell. & Ruinus in consi. 99. nume 4. lib. 2.

Videamus argumenta. Communis sententiæ argumẽta hæc sunt. Primum ex l. Debitor. ff. ad Trebell. vbi patet actionem pigneratitiam saluam manere hæredi debitoris, licet inuentarium non confecerit; non enim id requirit ibi Iurisconsultus.

Secundum est ex l. In imponenda. & l. Irritum. C. ad legem Falcid. vbi patet, in imponenda ratione legis Falcidiæ aduersus legatarios deducendum esse, quod hæredi debetur; Ergo & idem videtur esse statuendum aduersus fideicommissarios.

Tertium est ex iuris ratione. Nam sicut olim hæres absque inuentario in solidum legatarijs non tenebatur; quia poterat Falcidiam deducere: ita nunc non tenetur fideicommissario vltra vires hæreditarias, imò Trebellianicam deducere potest; neque enim eius detractio prohibita videtur, etiam hodierno iure, licet inuentariũ non fuerit confectum, secundum veriorem & communiorem sententiam.

Quartum est argumentum; quia hæres per fideicommissum restituere hæreditatem rogatus, non intelligitur grauatus restituere, nisi id, quod est in hæreditate; & ideo non tenetur vltra vires hæreditarias, nec fideicommisso propria hæredis bona continentur, vt constat ex l. Cohæredi §. Cùm filiæ. ff. de vulg. & pupill.

Nec obstat textus à contrario sensu in l. vlt. §. In Computatione. C. de iure delib. quia argumentum, quod sumi potest, actiones confundi inuentario non confecto, locum habere potest contra legatarios inspecto nouissimo iure, & contra creditores nouo & antiquo iure, sed non contra fideicommissarium: quia nec olim, nec hodie tenetur hæres fideicommissario vltra vires hæreditatis.

Fundamentum autem cõtrariæ sententiæ positum est in d. l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib. à contrario sensu, quia dum ibi dicitur actiones non confundi hærede inuentarium conficiente, argumentum est confundi, si inuentarium hæres non conficiat. Et est regula generalis: si creditor debitori succedat, quod actiones confundantur, quia non potest idem esse debitor & creditor. l. Debitori. C. de pactis. Hæc alij.

A Nunc quid ipse sentiam paucis explicabo. Ego puto, si actio aduersus defunctum competens sit realis, puta pigneratitia, siue hypothecaria, vel rei vendicatio, similisue, illam non confundi, licet hęres inuentarium non confecerit; Cæterùm si personalis sit actio, non dubito, quin confundatur. Pro huius sententiæ confirmatione adfero textũ in l. Debitor ff ad Trebellian. Papinianus: *Debitor sub pignore, creditorem hęredem instituit, eumq́ rogauit restituere hęreditatem filię suę, id est, testatoris: cũ nollet adire vt suspectam, coactus iussu prætoris adijt & restituit: cùm emptorem pignoris non inueniret, desiderabat permitti sibi iure dominij id possidere: Respondi: aditione hæreditatis, confusa quidem obligatio est Videamus autem ne & pignus liberatum sit, sublata naturali obligatione. At quin siue possidet creditor actor, idemque hæres rem, siue non possidet: videamus de effectu rei, etsi possidet, nulla actione a fideicommissario conueniri potest, neque pigneratitia, quoniam hęreditaria est actio: neque fideicom-* B *missum quasi minùs restituerit, rectè petetur; quod eueniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem retineat, & hic Seruiana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cùm amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio, pignoris nomine competit, & solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.*

Hic vides illa verba postrema: *Remanet ergo naturalis obligatio propter pignus.* Quæ significant propter alia obligationem esse confusam, sed remanere propter pignus: quod & superiora verba indicant, illa scilicet: *Respondi aditione hęreditatis obligatio quidem confusa est.* Confusione igitur tollitur personalis obligatio, non realis: & ratio est, vt inquit Iacobus Cuiacius ad Aphricanum Tract. 9 quia confusio personarum non mutat causam rerum. l. Cùm quis. § vlt. ff. de solutio. ibi: C *Quamuis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit.*

Dices valdè iniquum videri, si hæres rogatus sit hæreditatem restituere, quod sibi debetur, deducere non possit, prǽsertim verò si coactus adierit hęreditatem, vt in illa specie d. l. Debitor. Respondeo, iniquum non esse, quia primò inuentarium facere poterit, & actiones erũt saluæ: Secundò, quia si non coactus adijt hęreditatem, detrahere potest quartam partem ex Trebelliano. Tertiò. quia cogi non poterit adire, nisi quidquid sua interest, & omne damnum & lucrum à fideicommissario farciatur, vt in l. Apud Iulianum, ff. ad Trebell. & sic etiam id, quod sibi debetur, petere potest ex hęreditate deduci: Si ergo non petierit id deduci, sibi imputare debebit.

Ex hac autem conclusione nostra perspicuum est, rectè respondisse eos, qui dixerunt, deduci ab hęrede posse D aduersus fideicommissarium, bona ipsi hęredi debita ex causa fideicommissi; Item bona dotalia siue dotes. Nã constat, bona ex fideicommisso debita vendicari posse euenente conditione. l. pen §. Sin autem. C. commu de leg. & pro dote actio hypothecaria competit. l. Vn. C. de rei vx. act quare eiusmodi actiones tanquam reales, hæreditatis aditione non confunduntur.

Cæterùm actiones merè personales confunduntur, vt dictum est, nisi hęres coactus adire, cautione in id, quod interest, petita sibi prospexerit.

Huic conclusioni nõ obstant argumenta communioris sententiæ. Nam quod attinet ad d l. Debitor. iam responsum est, & satis clarè demonstratum, nisi fallor, ea lege, personalem obligationẽ confundi hęreditatis aditione, non autem realem.

Quod verò attinet ad l. In imponenda. & ad l Irritum. C. ad leg. Falcid. nihil aliud dicũt, nisi in ponenda ratione legis Falcidiæ, deductionem, & computationem fieri eius, quod defunctus hęredi debuit, & contrà: hoc ideo,

quia

quia initur ratio omnium bonorum, quę mortis tempore fuerunt, perinde atque si ea bona, quę tunc fuerunt, nunc quoque essent, nec vlla confusio superuenisset ex aditione hęreditatis. Mortis autem tempore fuit ęs alienum, vel nomina debitorum, quę propterea vel in bonis numerantur, vel ex eis deducuntur.

Ad tertium argumentum respondeo, hęredem non teneri fideicommissario vltra vires hęreditatis, id concedo; sed non inde rectè infertur eum deducere posse id, quod sibi debetur. Nam remedium habet, quo suę indemnitati prospiciat, licet actio personalis confundatur, vel ex deductione Trebellianici quadrantis, vel si coactus adierit, vt curet sibi ab ipso fideicommissario caueri, quod nullum damnũ patiatur, iuxta Legem, Apud Iulianum. ff. ad Trebellian. & consequenter, vt quod sibi debetur, soluatur, aut deduci ex hęreditate permittatur.

Ad postremum argumentum respondeo, in fideicommisso non contineri hęredis grauati iura & bona; & sic etiam nos dicimus, reales actiones & iura in rem non confundi: sed confunduntur tamen personales actiones, nisi vel inuentarium sit confectum, vel curet hęres se non aliter ad adeundam hęreditatem cogi, quàm si omne damnum & lucrum sibi à fideicommissario refundatur.

CAPVT XXXIV.

Hæres, qui inuentarium non confecit, an in solidum teneatur, ad præstandum legatum alimentorum?



ALimenta iudicis arbitrio taxanda & moderanda, vt secundùm personę dignitatem, & patrimonij quantitatem, regionisque consuetudinem ea decernat, & ex alijs causarum circumstantijs, in confesso est apud omnes, vt per Menoch. de Arbitr. iudicum, casu 169 Iam verò facti species hęc proponitur, Testator alimenta legauit, hęres institutus inuentarium non confecit, legatarius ea petit sibi pręstari absolutè ac in solidum: Hęres excipit facultates esse exiguas, & secundùm illarum modum esse pręstanda, quęritur quid iuris. Respondet Baldus in l. Voluntatis C. de fideicommissis. pręstanda esse arbitrio iudicis secundùm quantitatem, & vires patrimonij & hęreditatis. Sequitur Aretinus in rubr. ff. de acquiren. hęred. columna tertia, versic. Vnde Alexander ibidem in fine. Vitalis in tract. de Clausulis, titu. Nil nouari inuentarij confectione pendente: numero 56. vers. Quintus casus.

Fundamentum est; quia hæc est legitima interpretatio legati alimentorum, ad quam testator respexisse intelligitur Nec inuentarij omissio obstare potest; quia hæres inuentarium conficiens non tenetur ad plus præstandũ, quam legati qualitas exposcat.

Cęterum hęredem inuentarium non conficientem in solidum teneri ad alimenta legatario pręstãda, Iason existimauit in l. vlt. §. Etsi pręfatam. in 4. limit. C. de iure deliber. Natta in consilio 387. nume. 9. Cotta in Memorial. in vers. Inuentarij confectio. Addẽtes ad Mathesilanum singul. 157. nu. 6. & alij, quos refert & sequitur Rolandus à Valle de confectione inuẽtarij. in vltima parte 8. Quid si testator.

Fundamentum est; quia hęres inuentarium non conficiens in solidum tenetur creditoribus & legatarijs, vt in d. §. Etsi pręfatam. & in Nouella de hęredibus & Falcid. §. Si verò non fecerit, quia pręsumitur subtraxisse res hęreditarias; Ergo in solidum pręstare debet alimenta; quia hæreditas pręsumitur esse sufficiens pro alimentis à testatore relictis.

Ego in posteriorem hanc sententiam facilè descen- A derem, si verum esset illud, quod in argumento adfertur, nimirum hęredem inuentarium non conficientem pręsumi subtraxisse res hęreditarias; sed vereor, vt verum sit: Nemo enim pręsumitur delinquere. l. Meritò. ff. pro socio. Nec Iustinianus in d. Nouella. de hęred. & Falcid. hoc dixit, hęredem videlicet pręsumi aliquid ex rebus hęreditarijs subtraxisse, sed dixit: *Ne per ea, quæ fortè subtraxerunt, inducere tentent Falcidiam.* Itaque, si hęres velit Falcidiam deducere eo nomine, quod legata dodrantem hęreditatis excedant, id vetat Imperator, hęredi exprobans culpam, cur non fecerit inuentarium? Posset enim fieri, vt hęres bona aliqua subtraheret; deinde diceret, bona non esse sufficientia, nec remanere sibi Falcidiam. Ad occurrendum huic fraudi nô quidem à legumlatore pręsumptæ, sed ne committatur, verenti ac timenti mandat inuentarium confici. Sicut exempli causa: Ne circa testamenta fraudes committantur, lex multa introduxit solennia, & numerum testium, & alia; non tamen B rectè quis dixerit testamentum conditum non adhibitis tot solennibus, statim falsum pręsumi. Nullum quidem erit, sed non falsum statim pręsumitur. Itaque hęres, qui inuentarium non confecit, in solidum quidem tenetur creditoribus & legatarijs, sed non tenetur nisi secundùm legati qualitatem & naturam. Et ideo in proposita specie concludo priorem sententiam probabiliorem videri. Et tantò magis, si hęres, qui non confecit inuentarium, paratus esset probare, non alia in bonis hæreditarijs relicta esse à testatore, quàm ea, quę ipse fatetur & indicat: Tunc enim valdè iniquum esset illum condemnare in solidum ad pręstanda legatario alimenta, non habita ratione rerum hęreditatis, quę verè constat fuisse tempore mortis testatoris, atque ita sentio.

CAPVT XXXV.

C *Si filius patria potestate aliter, quàm per emancipationem liberetur, puta per dignitatem Episcopalem, vel Patritiatus honorem, vel per Matrimonium contractum, vbi ex consuetudine, vel statuto Ciuitatis liberatus esse intelligitur à patria potestate, an pater vsumfructum amittat bonorum aduentitiorum & maternorum.*



OMisso nunc inuentario hæredis, de quo fat multa diximus, ad patremfamilias reuertamur. Filius liberatur patris potestate per Patritiatus honorem, vel Episcopalem dignitatem. §. Filiusfamil. in Instit. Quibus mod. ius patriæ potestat. sol. Anth. Sed Episcopalis. C. de Episcop. aud. Multis etiam in Ciuitatibus consuetudo, vel statutum extat, per Matrimonium ab ipso filiofamil. contractum patriam solui potestatem; Quæritur, an pater D vsumfructũ amittat, quem habet in bonis aduentitijs & maternis, iuxta Legẽ primam, C. de bonis maternis. Lege Cum oportet. C. de bonis, quæ liberis. Videntur mihi pugnantes Doctorum sententiæ. Nam multi dixerunt, patrem non amittere vsumfructum, licet filius patria potestate liberetur propter dignitatem, vel Episcopalem, vel Patritiatus honorem, vel aliam qualitatem, vt videre licet ex Ascanio Clemente de patria potestate, capitulo 6. effectu 2. numero vigesimotertio. Rursus multi affirmarunt, patrem vsumfructum amittere, si filius patris potestate liberetur per Matrimonium contractum, vt intelligi potest ex Boerio decis. 197. numero 6. 7 & 8. Domino meo Cephalo in consilio 423. nume. 54. libro tertio, Ioan. Schneideuu. ad titu. de patria potestate, numero quadragesimoseptimo, & ibi etiam VVesembec & de consuetudine Lusitaniæ. Pinello ad l. 1. C. de bonis matern. in 1. parte, nu. 39.

Fundamentum prioris sententiæ est in l vltima. C. ad

Tertyll.

Tertyl.& in l.3.C.de vſufruct. quibus legibus probatur, ceſſante patria poteſtate per mortem filij, non ceſſare vſumfructum patri quæſitum: & ratio illa adſertur, quia ceſſante cauſa non ceſſat effectus, quando iam eſt conſummatus & perfectus. l.vlt. ff. vnde libet. Bart. in l. 2.§.vlt. ff. de donat. Sed hic effectus eſt conſummatus; quia patri ius quæſitum eſt, ergo licet ceſſet patria poteſtas, non debet amitti.

Iſtis non obſtantibus poſteriorem ſententiam longè probabiliorem eſſe iudico, & moueor, quia id videtur eſſe legibus noſtris conſentaneum, & rationi quoque, vt filius ſui iuris effectus integro iure bona ſua obtineat, nec eorum vſufructu careat, cùm pro patrefamilias habeatur. Id probatur primò ex l.Cum oportet. §.Cum autem.C.de bonis, quæ lib. Ex qua lege ita argumentari licet: Si pater non amitteret vſumfructum iam acquiſitũ filio eius poteſtate liberato, nulla ratio adſerri poſſet, cur, ſi per emancipationem filius eius poteſtate liberetur, vſumfructum omnium bonorum pater non retineret: Neque enim minus iuris pater habet in bonis filij eum emancipando, quàm ſi aliter, quàm per emancipationem patria poteſtas tollatur: imò plus iuris habet, ſiquidem in præmium emancipationis dimidiam partem habet vſusfructus, vt in d.§.Cum autem. Cùm igitur per emancipationem factam pater vſumfructum non retineat, ſed illam duntaxat dimidiam, quam in præmium habet emancipationis; inde argumentum ſumi poteſt fortiſſimum, nullum vſumfructum patrem retinere ſoluta patria poteſtate aliter, quàm per emancipationem: tunc enim nullum præmium patri debetur; quia ipſe nõ eſt cauſa, vt tollatur patria poteſtas, ſed filius liberatur patris poteſtate legis beneficio.

Secundò, nam certum eſt vſumfructum patri deberi ratione patriæ poteſtatis. l.Cum oportet.C.de bonis, quę liber. ibi: *Eorum vſusfructus apud patrem, vel auum, vel proauum, quorum in ſacris ſit conſtitutus, permaneat.* Et quod ad bona materna attinet, illud eſt certiſſimũ; quia dos materna ad filios ſpectat, tanquam hæredes matris. l.Vna.§.Illa procul dubio.C.de rei vxo.act.& ideo pater nihil iuris habere poteſt, niſi ex pactis nuptialibus, vt ibi dicitur, vel ex ſtatutis lucrum dotis ipſi deferatur, alioqui ijs ceſſantibus nullum ius habet, niſi quoad vſumfructum, & id ratione patriæ poteſtatis: Eſt enim neceſſe, vt inde illud ius oriatur, cùm aliunde non poſſit oriri, & ſubrogatum eſt in locum plenæ acquiſitionis, quæ olim patri deferebatur, bonorum filij, vt in §.Igitur liberi noſtri. in Inſtit. Per quas perſonas nobis acquiritur.

Denique, ſi pater vſumfructum retineret in bonis filij, quia iam ſui iuris effectus eſt, non liceret filio ea bona obligare, vel alienare ſine patris conſenſu. argum. l.vlt §. Filijs autem familias. C.de bonis, quæ lib. Quod tamen eſt abſurdum, cùm filius ſit dominus, & ſui iuris iam effectus, & pro patrefam. habeatur, & contrahentes quodammodo deciperentur, qui nullum patris conſenſum exigerent.

Non obſtant argumenta contrariæ ſententiæ. Nam quod ad l.vlt.C.ad Tertyll. attinet, & ſimiles, quibus dicitur, mortuo filio patrem nihilominus retinere vſumfructum, reſpondeo, illam facti ſpeciem longè differre ab hac noſtra, quãdo ſcilicet filius viuit, & ſui iuris effectus eſt: tunc enim rationi conuenit, vt ipſe ſua bona poſſideat, & eis vtatur, ac fruatur, non pater, ex cuius ſacris ſolutus iam eſt. At cùm mortuus eſt filius, tunc nihil obſtare poteſt patri ſuperuiuenti, quo minus vſumfructum bonorum filij aduentitiorum retineat in dies vitæ ſuæ.

Quod verò dicebatur, ceſſante cauſa non ceſſare effectum, qui iam conſummatus & perfectus eſt, vt maximè verum ſit, (eſt autem generale brocardicum) non poteſt ad ſpeciem hãc noſtram accommodari; quoniam, ſi locum in quæſtione noſtra haberet, ſequeretur patrem vſumfructum acquiſitum ex patria poteſtate non amit- A tere, licet filium emanciparet: quia videlicet effectus acquiſitionis erat iam perfectus, & conſummatus, quod tamen eſt falſum, & contra l. Cum oportet. §.Cum autem.C.de bonis, quæ lib. vbi datur tantùm patri dimidia in præmium emancipationis ipſius vſusfructus.

CAPVT XXXVI.

Hæreditatis diuiſio, an peti poßit poſt longiſſimum tempus.



COhæredes in communione manſerunt triginta annis, poſtea vnus alterum ad diuiſionem prouocat hæreditatis, vtrum ſit audiendus? Negauit ſemper Accurſius exiſtimans longiſſimi huius temporis ſpatio actionem familiæ herciſcundæ tolli in l. 1. §. Nemo. in B verb. Communi diuidundo. C. de annali except. & in l. 1. verſ. Cohæredibus. ff. Famil. herciſc. & alibi, Accurſium ſecuti ſunt Iacobus Butrig. Baldus & Angelus in dicto §. Nemo. & alij nonnulli ex antiquioribus, quos commemorat Iaſon in §.Quædam. num.28. in Inſtitut. de action.

Fundamentum verò eſt in d.§.Nemo. vbi Imperator ita dicit: *Nemo itaque audeat, neque actionem familiæ herciſcundæ, neque communi diuidendo, neque finium regundorum, neque pro ſocio, neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque alterius cuiuſcunque perſonalis actionis vitam longiorem eſſe XXX. annis interpretari.*

Nec obſtat, ſi dicatur, neminem inuitum in communione retineri poſſe. l.vlt.C.Commun.diui. Item, ſi conueniat, ne omnino à diuiſione diſcedatur, huiuſmodi pactum nullas vires habere. l.In hoc iudicium.§.Si conueniat.ff.Commun. diuid. Ergo, nec vires habere tem- C poris præſcriptionem; quia reſpondetur in aliquibus caſibus eſſe conſtitutum, vt quis inuitus in communione retineatur, vt in l.vlt. ff. de alien.iud. mutan.cauſa fact. & in l. Pupillorum. ff. de rebus eorum, qui ſub tuto. Et conſequenter idem & in propoſito caſu conſtituendum videtur propter longiſſimum tempus. Et licet illud pactum non valeat, non tamen ſequitur præſcriptionem non valere.

Cæterùm affirmarunt diuiſionem peti poſſe, non obſtante longiſſimi temporis lapſu in ſpecie facti ſupra dicta, magis communiter Doctores, quos ſequor; Bartolus in dicto §. Nemo. & ibidem Cynus. Baldus ſibi non conſtans in l.vlt. C.fin. regund. Iaſon alios adducens in d.§.Quædam.num.31.in Inſtit. de actio. & ibidem Zaſius nu.10. Quorum fundamentum eſt in d.l.vlt.C.Commun. diuid. vbi nemo inuitus cogitur in communione permanere.

Ad textum in d.l.1. §.Nemo. C. de annali except. re- D ſpondent familię herciſcundæ actionem vitam longiorem XXX. annis non habere, *Ex quo ab initio competit, & ſemel nata eſt*, vt inquit ibi Imperator. Sed actio iſta non oritur, niſi ex voluntate cohęredum, qui videlicet diuidere volunt hæreditatem; & ex eo tempore competit, quo alter alterum ad diuiſionem prouocauit. Verùm donec communiter, ac pro indiuiſo bona poſſident, non oritur actio iſta; quare nec lapſus triginta annorum ex eo tempore, quo in cõmunione cohęredes bona poſſident, inducere poteſt pręſcriptionem, & actionem extinguere: ſed requiritur lapſus triginta annorum ex eo tempore, quo cohæredum alter diuidere voluit, & alterum ad diuiſionem prouocauit.

Hanc reſponſionem Accurſius non ignorauit, & ideò ſemper eam confutauit, dicens; Actionem famil. herciſc. oriri ex quaſi contractu, vt in §. Item ſi inter aliquos. in Inſtit. de oblig. quæ ex quaſi contr. non autem ex voluntate hæredum.

Et reuera non est bona responsio. Nam Familiæ herciscundæ actio oritur ex legibus XII. tabularum. Namque cohæredibus volentibus à communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hæreditariæ distribuerentur. l. 1. ff. Familiæ herciscundæ. Et sine dubio competit ex eo tempore, quo hæreditas est adita. Nam hæc actio est mixta in rem & in personam, vt in § Quædam in Institut. de actio. In rē dicitur, respectu portionis hæreditatis, quæ ad ipsum cohæredem pertinet: quia cohæres vendicat dominium rei suæ, scilicet hæreditatis portionem ad se pertinentem. In personam autem dicitur, respectu portionis alterius cohæredis. Etenim in diuisione fienda hæreditatis, necesse est alteri cohæredum attribui pro diuiso, quod alterius cohæredis erat pro indiuiso; quod tamen vicissim debitum esse dicitur cohæredibus, & ideo inde oritur actio in personam, & etiam ex personalibus præstationibus, vt in l. Item Labeo 2; §. Familiæ. ff. Famil. hercisc. ibi: *Constat ex duobus, id est, rebus & præstationibus, quæ sunt personales actiones.*

Ad argumentum igitur, quod sumitur ex d. §. Nemo. respondetur, illum textum ita esse accipiendum, vt actio Familiæ hercisc. non habeat longiorem vitam XXX. annis, quando scilicet cohæres, cui illa competit, non est in possessione bonorū pro indiuiso, sed aduersarius eius, scilicet cohæres, omnia bona possidet hæreditatis: tunc enim post elapsos XXX. annos excluditur talis cohæres, qui tanto tempore non prouocauit ad diuisionem, nec suam hæreditatis portionem vendicauit. Exemplum: Titius & Caius cohæredes existunt Sempronij defuncti. Titius solus hæreditatem totam possidet, Caius id patitur, nec interpellat eum prouocando ad diuisionem; labitur tempus longissimum XXX. annorum: Postea ad diuisionem illum prouocat. Non potest, quia actio Familiæ herciscundæ ex longissimi tēporis lapsu sublata est, quare meritò excluditur. Hæc est sententia d. §. Nemo.

Et ratio est manifesta; quia sine possessione non procedit vsucapio. c. Sine possessione. de reg. iur. lib. 6. Ergo, si Titius non possideat vniuersa bona hæreditaria, non poterit ea vsucapere, seu præscribere longissimo tempore. Et hoc est illud, in quo lapsus est Accursius memoria, nā cùm videret personales actiones tolli spatio XXX. annorum, & actionem Familiæ herciscundæ personalem esse, non est recordatus etiam realem esse: & licet actio in rem tollatur præscriptione longissimi temporis, non tamen in proposita facti specie tolli posse; quandoquidem ambo cohæredes præsupponuntur in communione mansisse, & ideo ambo possedisse pro indiuiso res hæreditarias: consequenter locum esse non posse præscriptioni in fauorem eius, qui non possidet, & in præiudicium eius qui possidet, & ideo necesse non habet bona vendicare: nec si maneat in communione, & pro indiuiso possideat, dici potest negligens; ideo enim petit, quia & ipse suam habet portionem. Non petit autem diuisionem, quia libenter in communione manet, sciens quandocunque voluerit, sibi licere alterum cohæredem ad diuisionem prouocare, iuxta l. vlt. C. commu. diui.

CAPVT XXXVII.

Tractatur controuersia inter Legistas & Canonistas circa diuisionem hæreditatis, an illa sic instituenda sit, vt maior diuidat ex fratribus & minor eligat?

CAnonistæ docent, ita hæreditatis diuisionem inter fratres exequendam esse, vt maior diuidat, minor eligat. authoritate text. in c. 1. de Parochijs. in illis verbis: *Ita vt ille diuidat, qui amplius temporis in Episcopatu habet, & minor eligat.* Item testimonio S. Augustini de ciuitate Dei, lib. 16. cap. 20 ita dicentis: *Hæc fortassis effecta est inter homines pacifica consuetudo, vt quando terrenorum aliquid partiendum est, maior diuidat, minor eligat.* Locutus est autem ibi S. Augustinus de diuisione Loth & Abrahæ fratrum, & verba Abrahæ, qui erat senior, recensuit, dicentis ad Loth: *Si tu in sinistram, ego in dextram: vel si tu in dextram, ego in sinistram.* quod quidem testimonium S. Doctoris munitum authoritate veteris, vel noui Testamenti, Canonistæ dicunt præferendum esse cuicunque constitutioni, vt per Glos. in cap. De libellis. 20. distinct. & habetur apud Gratianum 36. quæstione 2. cap. Placuit.

Legistæ contrà iudicis, siue arbitri officio diuisionis hæreditatis negotium committunt; & quod ab eo definiri non facilè potest, sorte dirimendum censent l. 4. & 5. 6. l. In hoc iudicio. ff. Famil. hercisc. §. Si familiæ. in Instit. de off. iud. & argum. l. Si duobus. C. commu. de leg.

Vide Hostiensem, Ioan. Andr. & Butr. in d. cap. 1. de parochijs. Iasonem in l. 1. nume. 39. ff. Si cert. petat. & in §. Quædam. numero 62. Andream Geyll. lib. 2. obseruat. 116. numero 14. vbi dicit, Consuetudine Germaniæ in Cameia Imperiali approbata receptum esse, vt senior fratrum diuisionem pro suo arbitrio bona fide, & ex æquo faciat, & minor natu eligendi prærogatiuam habeat. Aliquid etiam per Cuiacium ad l. 2. C. quando & quib. quarta pars. lib. 10.

Ego consuetudinem, vbi illa viget, seruandam esse nō dubito: Iure autem si agatur, Canonistarum sententiam præferēdam censeo in foro Ecclesiastico, & Summi Pontificis ditione temporali, Legistarum in foro Cæsaris. Neque enim Canones hac in re vlli extant, qui leges abrogent. Nec exemplum Abrahæ & Loth generale continet præceptum, cui necessariò parendum sit; sed ex eo orta est consuetudo illa laudabilis, vt frater maior diuidat, minor autem eligat, sicut S. Augustinus loquitur: non autē dicit præceptum datum esse generaliter, vt ita fiat ab omnibus, & frater minor illam habeat prærogatiuam.

CAPVT XXXVIII.

Hæreditas, si delata sit filio alicuius furiosi, an possit absque consensu patris adiri, vt nullum inde emolumentum patri acquiratur?

SI hæreditas delata sit filiofamilias, cuius pater sit furiosus, vtrum possit adiri à solo filio, ita vt non acquiratur patri emolumentum, non vulgaris est controuersia. Negantem sententiam amplexi sunt Bartolus & Castrensis in l. Cum hæres. ff. de acquiren. hæred. & ibidem Angelus, Imola, Romanus & Aretinus, Iason in l. Qui in aliena §. Interdum. numero 13. ff. eod. Crauetta ad l. Cùm filio. in 2. parte. numero 13. de leg. 1. Sed contrarium docuerunt Cumanus in d. l. Cùm hæres. ad fine. Socinus in l. Cùm filio. numero 14. Vers. Vel fortè melius. de leg. 1. & Pinellus ad l. 1. C. de bonis maternis in 1. part. nume. 62.

Prioris sententiæ fundamētum est in d. l. Cùm hæres. Martianus: *Cum hæres institutus erat filius, & habebat patrem furiosum, in cuius erat potestate: interponere se suam beneuolentiam diuus Pius rescripsit, vt si filiusfam. adierit, perinde habeatur, ac si paterfam. adisset. Permisit itaque ei, & seruos hæreditatis manumittere.*

Posterioris argumenta sunt ista. Primum ex l. Antistius 62. §. vlt. ff. de acquiten. hæred. Iabolenus: *Furiosus acquirere sibi commodum hæreditatis ex testamento non potest, nisi si necessarius patri aut domino hæres existat: per alium autem acquiri ei potest, veluti per seruum, vel eum, quem in potestate habet.*

Secundum est ex l. Patre furioso ff. de his, qui sui, vel alieni iuris sunt, vbi dicitur patriam potestatem manere, licet pater sit furiosus. Ex quo sequitur effectum etiam manere ipsius patriæ potestatis, vt per filium patri etiam furioso acquiratur.

Tertium

A Tertium est ex l.vlt. §. Quæri potest. ff. Quis ordo in bonor.possess.ser. vbi probatur filiofam. non acquiri bonorum possessionem, nisi pater approbauerit, & textus loquitur de patre furente, ibi: *Patre ita absente, &c. Vel etiã furente.* Et rursus, ibi: *Tamen non antè acquireretur, quam pater comprobasset?*

Nec id repugnat (vt obiter id addam) l.Cùm hæres.ff. de acquiren.hæred. quia ibi acquiritur hæreditas, adirique potest ex gratia Principis, non ex mero iure, vt patet ex illis verbis: *Interponere se suam beneuolentiam diuus Pius rescripsit, &c.*

Alia quædam argumenta Pinellus adfert, quæ non videntur mihi vrgere: nã quod affert ex l.penul.ff.de Curatore furioso, non est solidum, quia illa lex non dicit id, quod Pinellus testatur, vt quilibet ex ea facilè cognoscet.

Respondet Bartolus distinguendo; vtrum filius adeat spontè hæreditaté, an verò iussu Curatoris patris furiosi. B Priore casu dicit sibi acquirere ex d.l.Cùm hæres. Posteriori acquirere patri ex d.l.Antistius. Addit Paulus Castrensis rationem, nimirum hæreditatem commoda, & etiam onera continere; & ideo æquum non esse, vt pater ignorans oneribus hæreditarijs, propter filij aditionem, sit obstrictus.

Ego puto vnà cum Pinello, non eam esse sententiam d.l.Cùm hæres, vt filiofam. adeunti hæreditatem acquiratur emolumentum, & non patri, in cuius potestate est, licet furiosus sit. Primò, quia hoc illa lex non dicit, quod tamen dicere debuisset, si ea erat mens; quoniam iurisconsultus nouerat filium in patris potestate esse, licet furiosi. Item sciebat effectum acquisitionis, quem producit patria potestas, & ideo casus ille verbis claris & disertis excipiendus erat à regula generali, quod tamen factum non est. Secundò, quia textus mentionem facit gratiæ diui Pij concedentis filiofam. vt adire possit hæreditatem, & perinde habeatur, ac si pater adiuisset: non censetur autem id concessisse in præiudicium patris, cui hæreditas acquirebatur: neque enim solet Princeps aliquid vni largiendo, alteri præiudicare. l.2.§.Meritò.ff.pro socio. Tertiò, quia textus dicit Imperatorem filiofam. permisisse, vt seruos hæreditatis manumitteret. Certè nõ erat opus ea permissione, (quod ante me Pinellus notauit) si filius, dominus esset hæreditatis. Quartò, quia hæc interpretatio repugnat d.l.Antistius. §. vlt. vbi patet, patri furioso commodum hæreditatis quæri per filiũ. Et parum probabilis est illa explicatio, vt intelligatur, quando filius cum consensu curatoris patris furiosi adiuit; non autem, quando spontè filius adiuit ex Principis gratia, cuius fit mentio in d.l.Cùm hæres. Nam verba d.§.vlt. optimè cõueniunt, & aptari commodè possunt vtrique casui, cùm videlicet etiam spontè filius adiuit. Postremò, quia ratio Pauli Castrensis existimantis non esse iustum, vt onera hæreditaria transeant in patrem furiosum & ignoranté, non habet multum ponderis: quoniam hęc disputatio, qua de agitur, tunc solùm incidere potest, cùm curator patris furiosi vult agnoscere hæreditaté & eius onera subire; si enim nolit, & filio adeunti relinquat hęreditatis commoda & incommoda, cessabit omnis dubitatio. Filio enim tũc soli adeunti hęreditatem Principis permissu totum acquiretur emolumentum ex hac repudiatione, presertim nouissimo iure. l.vlt. C. de bonis. quę lib. Cùm itaque fundamentum d.l.Cùm hęres. super quo sententia primo loco relata nititur, non sit satis firmum, non vereor posteriorem sententiam longè probabiliorem esse affirmare, eamque priori anteponere.

A

CAPVT XXXIX.

Quomodo sit accipiendum, quod dicitur in l.vlt. §. Vbi autem in vnum. C de bonis, quæ liber. videlicet patrem legitimum administratorem bonorum filij aduentitiorum, mouere & excipere actiones posse adhibito filij consensu.

IMperator Iustinianus ita statuit: *Vbi autem voluntas eorum* (scilicet patris & filij) *in vnum concurrit: & pater vsumfructum, & filius habeat proprietatem, & in agentibus & fugientibus pater quidem suscipiat actiones & moueat, cuiuscunque ætatis filius inueniatur: Adhibeatur autem filiorum consensus, nisi adhuc in prima ętate sunt, &c.* in l.vlt.§. Vbi autem C.de bonis. quę liber.

B Controuersia est autem, quomodo illud sit accipiendum, quod de consensu filij adhibendo pręcipitur. Et ratio dubitationis oritur, ex l.1.C.de bonis matern. vbi Cõstantinus nulla mentione facta consensus filij ita constituit: *Parentes autem, penes quos maternarum rerum vtendi fruendique tantum potestas est, omnem debent tuendę rei diligentiam adhibere: & quod iure filijs debetur, in examine per se, vel per procuratorem poscere; & sumptus ex fructibus impigre facere, & litem inferentibus resistere, atque ita omnia agere, tanquam eis integrum perfectumque dominium acquisitum fuisset, &c.*

Hic nullum verbum, quod filij consensus adhibendus sit à patre; vt meritò dubitetur, cur eiusmodi consensus à Iustiniano requiratur in d.l.vlt.§. Vbi autem.

Controuersia est, dixi, quomodo id accipiendum sit: Et prima est sententia Bartoli in d.§. Vbi autem. consensum filij in constituendo procuratore non requiri: quia dum filius cõsensit patri in aditione hęreditatis, videtur C etiam tacitè consentire, vt procuratorem constituat.

Hęc sententia refellitur ex verbis dicti §. Vbi autem. Nam Iustinianus ibi loquitur de filio & patre in vnã voluntatem concurrẽtibus circa aditionem hęreditatis, & tamen requirit filij consensum, dicens: *Adhibeatur autem filiorum consensus, &c.* Ex quo patet nõ sufficere consensum pręstitum circa aditionem hęreditatis.

Secunda est sententia Angeli in l.vlt §. Pupillus. ff. de verb.oblig. patrem absque consensu filij constituere posse procuratorem, argum. l.1.C.de bonis mater. nisi de nuda proprietate lis instituenda sit: tunc enim etiam filij consensus erit adhibendus; & ita accipiendum, quod habetur in d.§. Vbi autem.

Sed huic sententię repugnant verba d. §. Vbi autem. quibus exigitur filij consensus nulla distinctione adhibita inter proprietatem & vsumfructum.

Tertia est sententia, distinguendum esse inter procu- D ratoris cõstitutionem, & alios actus iudiciales. Pater itaque procuratorem absque consensu filij constituere potest, vt in d.l.1.C.de bonis mater. vbi nullum verbum de consensu filij adhibendo: sed actiones mouere & suscipere non poterit, nisi filij consensus interueniat. Ita Baldus & Castrẽsis in d.l.Vlt.§. Vbi autem. C.de bonis quę liberis. qui textus non loquitur de procuratore, sed de actionibus mouendis vel suscipiendis. Eandem sententiam secutus est Pinellus alijs adductis in l.1.C.de bonis mater. in 2.part. sub nu.66.

Sed obstat, quod etiam in l.1. C.de bonis matern. textus loquitur de actionibus mouendis, & excipiẽdis à patre, vt patet ibi: *In examine per se vel per procuratorem poscere.* Et rursus ibi: *Et litem inferentibus resistere.* Et tamẽ nulla fit mentio consensus filij in hoc adhibendi. Rursus obstat quod hęc distinctio inter procuratorem, & alios actus iudiciales, rationẽ nõ habet diuersitatis, cur potius in vno, quàm in altero casu filij cõsensus adhibendus sit. Et quod Pinellus dicit maius esse periculum in agendo

vel defendendo, quàm in procuratore constituendo, nihil mouet: quia hæc sunt paria, agere per se, vel per procuratorem, & ideo in procuratore constituendo idem periculum versatur; imò aliquando maius tam propter mandati formam, quàm etiam propter ipsam personam procuratoris, vt sit idoneus & non suspectus. A

Postrema est sententia, vt mihi videtur, vera & communior; textum in l. 1. C. de bonis mater. declarandum & supplendum ex l. Vlt. §. Vbi autem. C. de bonis. quæ lib. nempe patrem agere posse, & defendere, & procuratorem constituere, vt in d. l. 1. Sed tamen adhibito consensu filij, vt in d. §. Vbi autem. Hæc sanè interpretatio nullam habet difficultatem, quia non est nouum, vt vna lex per aliam declaretur, suppleatur & interpretetur. Ita docuerunt Innocentius in cap. Accedens. de procurat. Imola & Aretin. in l. vltima. §. Pupillus. ff. de verborum oblig. Angelus in § Actiones. numero 4. in Instit. de act. Romanus in consilio 241. numero 10. Capella Tholosana decis. 105. Et hanc esse magis receptam Legistarum & Canonistarum sententiam, alijs adductis authoritatibus, fatetur Pinellus loco proximè citato. Quamobrem & ipse eam sequor. B

CAPVT XLI

Possitne paterfam absque Prætoris decreto, res aduentitias filij, ob æs alienum distrahere?

SCribit Salicetus in l. Præses. C. de Transact. patrem legitimum administratorem bonorum aduentitiorum filij alienare non posse absque decreto Prætoris bona immobilia, etiam causa æris alieni soluendi, argumento sumpto ex legibus, quibus idem in patre tutore filij constitutum est l. 3. C. de Prædijs minor. l. Si pupillorum. §. Si pater. ff. de rebus eorum, qui sub tut. vel cur. sunt. Eandem sententiam tuetur ibi Iason. numero quinto, & pro eius confirmatione præter alia perpendit verbum ritè, in l. vltima, §. Sin autem æs alienum. C. de bonis quæ liber. & adfert iuris regulam, quæ colligitur ex l. Si quando. C. de inoff. testamen. quoties licentia conceditur aliquid faciendi, intelligi debet adhibita iuris solennitate: Et ideo patri licentia concessa alienādi bona filij aduentitia propter æs alienum, ita debet intelligi, vt iudicis decretum interueniat. In eandem sententiam propendet Curtius iunior ibidem numero decimoquinto, & eam secutus est Crotus in l. Frater à fratre numero tertio, ff. de cond. indeb. Cassaneus in Consuet. Burgundiæ, Rub. 6. §. 5. numero 14. C

Sed hæc sententia facilè refelli potest perpenso textu d. l. vlt. §. Sin autem æs alienum. C. de bonis quæ lib. Cuius verba hæc sunt: *Sin autem æs alienum ex defuncti persona descendit: Cùm etiam apud veteres hoc esse substantia intelligatur, quæ post detractum æs alienum superfederit: habeat pater licentiam ex rebus hereditarijs, primùm quidem mobilibus, sin autem non sufficiant, ex immobilibus, sufficientem partem nomine filij venundare, vt illico reddatur æs alienum, & non vsurarum onere pragrauetur.* D

Hic ego perpendo tria. Primùm licentiam expresse ab Imperatore concessam patri hoc in casu alienandi bona filij, non igitur decreto Prætoris opus habet: quid enim est aliud Prætoris decretum, quàm permissio alienandi l. 5. §. Non passim. ff. de reb. eor.

Deinde hoc perpendo; licentiam ab Imperatore datam alienandi, causa addita, *ne vsurarum nomine pragrauetur*, & modo siue ordine etiā adiecto, circa alienationem istam, nempe *ex mobilibus primùm, sin autem non sufficiant, ex immobilibus*. In his autē potissimùm versatur Prętoris diligentia & officium, vt scilicet excutiat, an aliunde possit æs alienum solui, quàm ex immobilibus. Quare frustrà in hac re Prætoris decretū desideratur, cū in ea agenda modum & formā Imperator designauerit.

Tertiò, animaduerto nullam fieri mentionem decreti iudicis seu Prætoris in hac alienandi licentia ab Imperatore data: & sanè non immeritò. Nam lex confidit multum de patris prudētia, hoc in casu potissimùm, quoniam ipsius patris interest, vt res filij tam mobiles quàm immobiles conseruentur, & si fieri possit non alienentur; quia & ipse pater in his habet vsumfructum, quamobrem non dubitat lex, quin alienatio à patre facta in vtilitatem filiorum cessura sit.

Contrariam itaque sententiam, decretum scilicet non requiri, probabiliorem esse iudico, quam amplexus fuit Azo, & receptissimam esse Pinellus testatur allatis authoritatibus in l. 1. C. de bonis matern. in 3. par. nu. 21.

Non obstant argumenta contrariæ sententię. Nam quod attinet ad primum, illud locum habet in patre tutore filij emancipati: nos autem loquimur de patre legitimo administratore bonorum filij, qui plus iuris habet; habet enim vsumfructum, & alienandi potestatem à lege propter æs alienum simpliciter, & absolutè secundùm formam legis, nulla mentione facta decreti adhibendi, vt dictum.

Ad secundum respondeo, solennitatem hoc in casu aliam non requiri, quàm à lege positam, vt scilicet causa subsit æris alieni dissoluendi. Item vt primùm ex mobilibus, &c. vt in d. §. Sin autem æs alienum.

Ad tertium ex verbo, *ritè*, respondeo, non esse in textu: quod si in aliquibus exemplaribus habeatur, significat ordinem seruandum à patre in ipsa alienatione fienda, nimirum, vt primùm mobilia distrahantur, tum immobilia; non autem significat iudicis decretum: quia hoc in casu nec à lege requiritur, nec necessarium videt.

CAPVT XLI.

Ad l. lege obuenire. t 30 ff de verb sign. & l. 3. § De illo. ff pro socio.

VLpianus. *Lege obuenire hęreditatem non impropriè quis dixerit, & eam, quæ ex testamento defertur: quia lege 12. tabularum testamentariæ hæreditates confirmantur.*

Paulus. *De illo quæritur, si ita societas coita sit, vt si quę iusta hęreditas alterutri obuenerit, communis sit, quæ sit iusta hęreditas? vtrum quę iure legitimo obuenit, an etiam quę ex testamento; & probabilius est ad legitimam hęreditatem tantum non pertinere.*

Iam controuersia oritur, quomodo hæ responsa accipienda sint. Nam si non impropriè legitima hęreditas dicitur apud Vlpianum, quæ ex testamento defertur, ergo & apud Paulum respondendum videbatur etiam hęreditatem ex testamento delatam in ea specie contineri. Variæ ac diuersæ sunt interpretum sententiæ, quas hic ordine recensebo, tum eligam, quæ mihi probabilior videbitur.

Prima est sententia Iasonis in l. Vn num. 8. C. quando non peten. part. distinguendum, vtrum à lege, vel ab homine proferantur hęc verba: Si à lege, tunc etiam testamentaria hæreditas intelligitur; si verò ab homine, tunc intelligitur ea, quæ ab intestato defertur.

Refellitur à multis hæc interpretatio, quia nec rationē affert vllam diuersitatis inter verba hominis, & verba legis: & quia non est satis rationi consentanea, cùm verba hominis accipienda sint secundùm interpretationem legis.

Secunda est sententia communior cęteris, Vlpianum loqui secūdum latiorem significationem verbi: Paulum verò secundùm strictam & propriam. Ita omnium primus docuit Accurs. in l. Legitimum 8. ff. de petit. hæred. Decius & Cagnol. ad d. l. Vn. C quando non peten. part. latè Bellonus lib. 3. Supputationum iuris, cap. 7. & Pinellus ad l. 2. nn. 7. C. de bonis matern.

Huic sententiæ obstare videntur illa verba Vlpiani: *Lege obuenire hęreditatem non impropriè quis dixerit, & eam*

& eam quę ex testamento defertur. Et ideo Alciatus semper commuoem hanc sententiam impugnauit, arbitranis tam quæ ex testamento, quàm quæ ab intestato defertur, hæreditatem legitimam propriè dici, vt latè prosequitur lib. 4. Paradoxorum, cap. 7. & in commentarijs d. l. lege obuenire. A

Tertia igitur est sententia ipsius Alciati locis annotatis, legitimam quidem hęreditatem vocari, tam eam, quę ex testamento, quàm quæ ab intestato defertur: sed iustã hæreditatem eam appellari, quæ ab intestato defertur: Et de ea Paulus locutus est, non autem de legitima: *Igitur sciendum est*, inquit, *iustum non simpliciter dici, quod à iure proueniat: sicut quod à lege legitimum: sed eo amplius dicto hac eam habet emphasim, vt illud significet, quod omni ex parte perfectum est, & cui ad rem, de qua agitur, nihil deest.* Et infrà: *Itaque vt ad rem redeàmus*, inquit, *iustam hæreditatem iuris author definiuit, quæ ab intestato capitur: quoniam ea non ex lege solùm, sed & naturali ratione ex bono & æquo debetur.*

Sed Alciatum refellunt locis suprà annotatis Pinellus & Bellonus eo argumento, quòd frequentius in iure iustum accipiatur pro legitimo, veluti iusta ætas, id est, legitima. l. Cum filio. in fine. de leg. 3. Iusta possessio pro ciuili. l. Quod seruus. ff. de acq. posses. Iustus filius pro legitimo, siue adopt. l. 2. ff. de adopt. Imò & iusta vxor dicitur, quæ solo rescripto Principis vxor fit. l. Si senatori. ff. de ritu oupt.

Ego ex pręmissis sententijs secundam ordioe relatam communiorem, vt dixi, eligo, & pro eius confirmatione, adsero primùm Cuiacium oouissimè ad lib. 32. Pauli ad Edictum, vbi tractans locum illum, l. 3. § De illo, scribit: *Ergo vt legitima, ita iustę hęreditatis nomine significatur tantum ea quę obuenit ab intestato, non quę ex testamento, quamuis etiam ea sit legitima: sed legitima propriè ea dicitur, quę ex sola lege defertur, sine testamento, sine voluntate defuncti; iusta quę ex solo iure defertur.*

Secundò adsero Fornerium in commentarijs d. l. lege obuenire. ff. de verb. sign. qui præclarè hanc sententiã confirmat. Et totam hanc rem eleganter explicat. Eius verba hæc sunt: *Etenim si verum amamus, ea demum legitima dicetur hęreditas, quę a lege 12. tabularum, Edictis S C. vel qua alia iuris parte ab intestato defertur, l. 3. §. De illo pro socio. l. penult. de statu hom. §. Cęterum si. de legitim. agnat. success. l. 11. It autem. de iure patren. l. 11. Capite. de suis & legitim. hęred. l. 1. l. 2 ad S. C. Tertyl. l 6. quia l. seq. Si quis omissa causa testam. l. 8. legitima. de petitio. hęred. l. 26. si cum. de neg. gestis. l 47. si pater de fideicom. libert. l. 10. Pater. de capt. l. 3. de interd. & releg. Vnde fit vt testamẽtaria ac legitima hęreditas inuicem, sicut hęres legitimus ac testamentarius, perpetuò opponantur. d. §. De illo l. 14. Cõtrouersia. de Trãsact. l. penult. de except. rei iud. l. 82. si quis omissa cau. l. 9. Proponebatur. de Castrẽsi peculio. l 77. Cum pater. §. Filius. de leg. 2. l. 29. Statu liberi. de statu lib. l. 12. si quis. §. Funus. de relig. Non secus ac testamentaria tutela* D *legitimę ex aduerso respõdet, vt quamdiu illa speratur, hęc cesset: legitimos tutores nemo dat: sed lèx 12. tabularum legitimos tutores facit. l. 11. si quis sub. l. 27. Idem. de testam. tut. l. 1. l. 5. l. seq. de leg. tuto. Testamẽtarius igitur hęres minùs propriè legitimus l. 15. Nam si l. seq. de inoff. testam. imò non legitimus perspicuè vocatur. l. 24. Generaliter. de fideic. libert. Veruntamen propter confirmationem legis, non adeò impropriò lege obuenire videtur & ea, quæ testamento defertur hęreditas* Hactenus Fornerius qui paulò ante illa verba enarrans d. l. lege obuenire: nempe *non impropriè. Vt inter velle & nolle*, inquit, *medium, & intersectum est non nolle; sic & inter propriè & impropriè est non impropriè.*

CAPVT XLII.

Ad interpretationem l. 3. C. de bonis maternis.



Ontrouersia est circa l. 3. C. de bonis materois: interpretatiooe; an pater virilem vsusfructus portionem consequatur, tanquam vxoris hæres, & quasi vxori suæ succedat; an verò per ipsos liberos, quos emancipauit. Nam Baldus, Salicetus & Corneus dixerunt per liberos eam portionem acquiri. Sed Io. Faber, Cyn. Fulgos. & Castrens. virum in ea portione vxori succedere contendunt, & ante eos Accurs. in verbo Præscripta, dicens, *nota casum in quo vir succedit vxori in aliquo.*

Posteriorem hanc sententiam secutus est Pinellus in commentarijs d. l. 3. eo potissimùm argumẽto, quod auo paterno competit hæc portio cum nepotibus ex filio e-
B mancipato natis post emancipationem; & sic quos auus in potestate noo habuit, oec in eos beneficium contulit: Item, quia datur etiam eadem portio auo materno cum nepotibus, quos nec habuit, oec habere potuit sub potestate; & sic patet auum hæredum, maritumque defunctę succedere ex beneficio legis, non autem per nepotes id acquirere, cùm eos nunquam habuerit in potestate, deficiatque illud necessarium potestatis fundamẽtum, quo parenti per liberos acquiri solet.

Sed priorem sentẽtiam ego puto esse probabiliorem, & sic existimo, si bona obueniant filio iam emancipato materna, patri concedi virilem portionem vsusfructus, noo tanquam in hac parte hæredi vxoris suæ, sed munus capienti à lege oblatum reuerentiæ patris manumissoris, vt verbis vtar Cuiacij in paratitlis illius tituli.

Non obstat argumentum Pinelli, quia notanda sunt verba textus: *Nam licet hoc nouum*, inquit, *præsens lex constituat in nepotes; non tamen abs re est, vt in hoc casu dete-*
C *riores esse nepotibus filij non finantur.* His enim verbis indicat textus in nepotibus, & alijs ad quos extenditur legis constitutio, noo habere locum rationem huius beneficij; quia propter emancipationem patri collatum est à lege; sed tamen idem nihilominus statui alia ratione, ne scilicet absurdum sequatur, vt filij deterioris cooditionis existant nepotibus. Quasi dicat, cùm in filiorum præiudicium sit constitutum, vt pater emolumeotum illud consequatur virilis portiònis vsusfructus ob memoriam beneficij in filios collati emancipationis; æquum bonum est, etiam in præiudicium nepotum idem statui.

CAPVT XLIII.

Hæreditatem petens ab intestato, tanquam consanguineus, an probare teneatur se proximiorem esse.



S, qui petit hæreditatem, tanquam cognatus siue consanguineus defuncti ab intestato, vtrum necesse habeat probare se proximiorem esse; an verò sufficiat ei probare se cognatum, vel consanguineum. Nõ est parui momenti cootrouersia, aliquibus affirmantibus sufficere consanguinitatis seu cognationis probationem, aliquibus contrà asserentibus docendum esse de proximiori gradu. Authorum nomina vtriusque sententiæ, & loca diligenter & copiosè refert Couuar. lib. 2. variar. resol. cap. 6. & post eum Iosephus Mascardus de probat. volum. 3. concl. 1245. qui si tam accuratè fundamẽta iuris expendisset, omnis opera nostra superuacanea videri posset. Nos igitur laborem eius in Authorũ catalogo conscribendo laudantes, argumenta adseremus, eaque expendemus pro more oostro, & pro studiosorum vtilitate: non ingratum nos facturos arbitrati viris doctis &

eruditis, qui non ex Authorum numero, ſed ex momentis rationum iuris controuerſias expendere ſoliti ſunt ac definire.

Igitur qui putant hoc ſufficere, vt conſanguinitas cognatiove iudici probetur, adducti in eã ſententiam ſunt, Primùm ex l. Si ſcriptum. C. de probat. Diocletianus: *Si ſcriptum hæredem ab amita tua, vel teſtamenti vitio, vel quacunque alia ratione non poſſe obtinere hæreditatem, probari a te poſſe confidis: de hac hæreditate apud Rectorem prouinciæ agere potes.*

Hæc lex non iuuat ſententiam iſtam, tantùm enim hoc vult, cognatum agere poſſe, & hæreditatem petere; nihil autem textus dicit circa probationem, qualis eſſe debeat, & ſine dubio præſupponit eum, qui agit, proximiorem eſſe amitæ ſuæ.

Secundò, ex l. Amitæ. C. commu. de ſucceſſionibus, quæ lex nihil ad rem noſtram pertinet, declaraturque & reſtituitur à Cuiacio libro 12. obſeruat. capitulo ſeptimo, B Non ego fruſtrà huc verba eius adferam, cùm facilè legi poſſint, & nihil prorſus contineant, vnde argumentum ſumi poſſit.

Tertiò, ex l. Si auiæ. C. de ſucceſſorio edicto. quæ nihil ad rem facit: hoc enim dicit, ſi is, qui in quarto gradu conſtitutus eſt, non petat, vel non rectè petat bonorum poſſeſſionem, eum, qui eſt in quinto gradu, admittendum eſſe. Hoc autem cum propoſita quæſtione nihil commune habet.

Quartò, ex l. Ex facto. § penul. ff. ad Trebell. vbi hoc perpenditur, quod non ſit neceſſe probare grauatum deceſſiſſe ſine liberis; quia *ſi naufragio, vel ruina, vel aggreſſu, vel quo alio modo filius ſimul cum patre perierit, magis eſt non defeciſſe conditionem* (fideicommiſſi) *quia non eſt veriſimile filium ſuperuixiſſe patri.*

Hoc autem nil ad Rhombum, bona doctorum pace: quid enim hæc res commune habet cum quæſtione noſtra? Noſtra quæſtio eſt, an probandus ſit gradus proximior eius, qui hæreditatem petit tanquam cognatus. C Vlpianus ſcribit patre & filio ſimul pereuntibus, non deficere conditionem fideicommiſſi, quod patri ſcilicet iniunctum erat, ſi abſque liberis moreretur; quia non præſumitur filius ſuperuixiſſe patri. Longo hæc res diſtat interuallo ab eo, quod quæritur in ſpecie propoſita, vt patet, qua de re latè Couuar. libro ſecundo, variar. reſol. capitulo 7.

Quintò, ex notatis in Gloſ. l. Cum de lege ff. de probat. vbi textus dicit Cùm de lege Falcidia quæritur, hæredis onus eſſe probandi, locum eſſe Falcidiæ; Gloſ autem ibi dicit hæredem hoc probare; *Si probet tot eſſe legata, & tantùm eſſe in bonis: etſi legatarij dicunt tantum apud hæredem manere, quod ſufficiat ad Falcidiam, ipſi debent probare.*

Sed mirum quantum hæc res diſtet à quæſtione noſtra: ego certè ſic cenſeo, tam aliena argumenta, & ex diuerſis conflata, confutatione apud viros graues, & doctos D non egere.

Sextò, quia cùm aliquis tanquam conſanguineus hæreditatem petit, veriſimile eſt, ſi alij extarent proximiores, petituros eſſe, quare, ſi nulli alij petant, credendum eſt non extare; & conſequenter conſanguineo eam petenti attribuenda eſt.

Sed reſponderi poteſt accidere poſſe, vt alij extent proximiores, qui abſint, vel ignorent hæreditatem ſibi delatam; & conſequenter argumentum non eſt ſatis firmum.

Septimò ex eo, quod difficilè probari poteſt hac negatiua, vt loquar cum noſtris doctoribus, nempe proximiores alios non extare. Et ideo rarò poſſent cognati & conſanguinei hæreditatem obtinere.

Sed reſponderi poteſt, difficile quidem id futurum, ſi neceſſariæ probationes requirerentur; ſed quæ eſt difficultas ex ijs teſtibus, qui conſanguineum eſſe petitorem hæreditatis, & cognatum teſtificantur, intelligere, alios A non extare cõſanguineos defuncti proximiores? Teſtes, qui ad hæc probanda adhiberi ſolent, plerumque ſunt vicini, eiuſdem ciuitatis, & tales, qui ſicut eum nouerunt, qui hæreditatem petit, eſſe cognatum, ita facilè alios non extare ſcirent. Eſt enim hæc negatiua ſatis coarctata loco, tempore & perſonis, & idcirco non ita difficilis eius probatio videtur.

Poſtremò, quia quod alij extent proximiores conſanguinei, ex facto pendet: Quod autem in facto conſiſtit, non eſt præſumendum, ſed probandum. l. In bello. §. Factæ. ff. de capti.

Reſponderi poteſt, non præſumi quidem alios extare; ſed tamen, quia, vt extarent, fieri poſſet, eius eſſe partes id probare, quod non extent, qui in eo ſuam intentionem fundat.

Nec obſtat id, quod replicatur, non incumbere onus probandi ei, cui militat iuris præſumptio: Nam negatur militare iuris præſumptionem pro actore. Aliud enim B eſt dicere, non eſſe præſumendum alios extare proximiores, quod ſponte nos fatemur: aliud verò præſumendum eſſe, non extare; quod ideò negamus, quia iure non probatur: eſt enim hoc incertum, extent necne alij proximiores. Quamobrem ei, qui dicit non extare, onus probandi incumbit.

Contrarium igitur ſententiæ fundamentum eſt præcipuum, quia is, qui petit hæreditatem, tanquam cognatus, ſine dubio dicit, ſe in aliquo gradu coniunctum fuiſſe defuncto, puta in tertio, quarto, quinto, &c. Ergo ex hoc appatet alios extitiſſe in proximiori gradu; neque enim poteſt vnus in tertio, vel quarto gradu coniunctus eſſe, niſi alij in ſecundo & propinquiori fuerint coniuncti. Debet igitur hæc duo probare, ſe in eo gradu coniunctum eſſe, & alios, qui præceſſerunt nõ extare. Nam præſumuntur extare, & adhuc viuere.

Sed certè, quòd præſumantur extare, vel adhuc viuere, non videtur mihi ſatis iuri conſonum. C Et ideo magis ſemper placuit vitam, vel mortem ab eo probandam eſſe, qui eam allegat, vt declarat Couuar. lib. 2. variar. reſolut. cap. 7. nu. 6. & nos aliàs diſſeremus.

Exiſtimo itaque hanc ſententiam, quæ docet, probandum eſſe proximiorem gradum, probabiliorem eſſe ex communi regula iuris: quemlibet probare debere id, quod eſt fundamentum ſuæ intentionis. l. Actor. C. de probat. l. In illa. l. Hoc iure. ff. de verb. oblig. l. pen. §. Docere. ff. ne quis eum, qui, &c.

Hoc eſt autem actoris intentionis fundamentũ, quod ſit proximior. Nam hæreditates à lege non deferuntur ſimpliciter cognatis, & conſanguineis, ſed proximioribus. Iuſtinianus Nouella de hæredibus ab inteſtato venient. §. penult. *Si verò*, inquit, *neque fratres, neque filios fratrum, ſicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps à latere cognatos ad hæreditatem vocamus, ſecundum vniuſcuiuſque gradus prærogatiuam, vt viciniores gradu ipſi reliquis præponantur.* D

CAPVT XLIV.

Tractatur controuerſia de eo, qui fideicommiſſum petit ſub conditione relictum, ſi inſtitutus abſque liberis deceſſerit, an teneatur probare grauatum abſque liberis deceſſiſſe?

Eſtamento heres inſtitutus rogatus eſt per fideicommiſſum, ſi abſque liberis moriatur, hereditatem Caio reſtituere: Vtrum Caius herede defuncto, hereditatem ex fideicommiſſo petẽs, probare teneatur, eum abſque liberis deceſſiſſe? Non teneri, ſed potius eum, qui aſſerit heredem ſuperſtitibus liberis deceſſiſſe, id probare debere, Authores ſunt Bartolus & Angelus in l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebell. Alexander in conſ. 39. lib. 1.

lib.1. Paulus Castrensis in consilio 387. lib.1. Decius in consi.578. non procul à principio. Alciatus de Præsumpt. Regula prima, Præsumpt.49. alios citat Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, lib.11. tit.4.& post eum Maschardus de probat. vol.1. concl 343.& lib. 3. conclu.1344. vbi latissimè & nouissimè Menochius de Præsumptionibus,lib.4.Præsumpt.182.nu.5.

Argumenta sunt ista: Primum ex d. l. Ex facto.§.Si quis autem.ff ad Trebell. Vlpianus: *Si quis autem susceperit quidem filium, verùm viuus amiserit, videbitur sine liberis decessisse: Sed si naufragio, vel ruina, vel aggressu, vel quo alio modo simul cum patre perierit: an conditio defecerit videamus? Et magis non defecisse arbitror: quia non est verisimile, filium eius superuixisse. Aut igitur filius superuixit patri, & extinxit conditionem fideicommissi; aut non superuixit, & extitit conditio. Cùm autem quis antè, & quis postea decesserit, non apparet: extitisse conditionem fideicommissi magis dicendum est.*

Hęc postrema verba pro hac sententia adferuntur. Nam si pronunciandum est in dubio fideicommissi conditionem extitisse; Ergo pronunciandum est in dubio hæredem grauatum absque liberis decessisse; atq; adeò fideicommissi conditionem euenisse.

Secundum argumentum est; quia quod quis decedat absque liberis, congruit cum primo statu naturali hominis: Hæc enim est qualitas, quæ inest cuilibet ab initio, quia non habet liberos, quare is, qui contrarium dicit, probare debet.

Tertium argumentum est; quia quod aliquis liberos habuerit, in facto consistit, & præsupponitur vxorem quoque habuisse,& eos suscepisse, ac superstites reliquisse, quæ omnia non præsumuntur, sed probari debent.l.2.C.de probation.l.Adseueratio.C.de non num.pec.

Sed contrarium docuerunt Raphael Cumanus,Imola, Alexander & Ripa in d.l.Ex facto.§ Si quis autem. ff.ad Trebell. Et fundamentum eorum est; quia vnusquisque tenetur probare id, in quo consistit suæ intentionis fundamentum, vt in l. In illa, in l.Ita stipulatus.§. Quod si initio.ff.de verb. obligat.l.pen. §.Docere.ff ne quis eum,qui in ius vocat. est vi exim.l.actor. C.de probat. Sed hoc est fundamentum intentionis actoris,quod hæres grauatus fideicommisso absque liberis decesserit; quia sub illa conditione, si videlicet absque liberis decederet,grauatus fuit,ergo id probare debet.

Couuar.lib.2.variar.resol.cap.7.num.7.8.& post eum Mantica loco superius annotato, distinguunt hanc rem in aliquot casus.

Ego verò in posteriorem hanc sententiam lubens descendo,omissa casuum distinctione,quocũque enim modo res proponatur, existimo actorem fideicommissariũ probare debere hoc,quod est suæ intentionis fundamentum,nempe grauatum hæredem absque liberis decessisse: Dixi actorem fideicommissarium; Nam si is sit reus, & in possessione bonorum,& aduersarius auferre ei hæreditatem velit, eam ob causam, quòd dicat grauatum decessisse liberis superstitibus,non dubito,quin is probare debeat liberos superstites fuisse. Et in his terminis respondit Castrensis dicto consi.387. lib.1. Excipio autẽ casum, de quo loquitur Vlpianus in d. l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebell. vt videlicet, si pater & filius perierint ruina, vel naufragio, locus sit fideicommisso, quasi in dubio filius prius decessisse præsumatur, vt ibi dicitur.

Cur autem in hanc potius sententiam,quæ paucorum est,descenderim, illud effecit: quoniam in eligenda opinione hoc potissimùm obseruare soleo, vt momenta rationum expendam, tum ei sententiæ adhæream,quæ solidiori nititur fundamento. Iam pro hac sententia,quam sequor, pugnat iuris regula, quæ docet actorem probare debere suam intentionem; Ergo fideicommissarius,qui est actor, probare debet grauatum hæredem absque liberis decessisse. Hęc est enim intentio sua, quia fidei-

A commissum illam conditionem habuit, si absque liberis hæres moreretur; & constat fideicommissum,quod sub conditione relictum est, non deberi,nisi conditio euenerit.l.Legata.41.ff.de conditione,& demonstratione cum alijs multis; Ergo, iuris rationi conuenit,vt id probetur ab actore fideicommissario,qui asserit conditionem euenisse; non autem ab aduersario eius id negãte: Ei enim onus probandi incumbit,qui dicit;non qui negat. l.2.ff. de probat.

Contrà verò,sententia prior,licet magis communiter recepta,nullo firmo nititur fundamento.Nam quòd attinet ad text.in l.Ex facto.§.Si quis autem.ff.ad Trebell. ille ad quæstionem istam non pertinet. Rectè enim sumitur argumentum ex illo respõso, quoties dubium est, vter prior decesserit, pater an filius, præsumendum esse priorem patrem decessisse,vt fideicommisso sit locus;sed non inde inferri potest in omnibus casibus ita pronunciandum, alioquin eodem modo generalis inde sumere-

B tur conclusio,quod fideicommissum conditionale petẽs, non teneretur docere, conditionem euenisse,quod tamẽ repugnat iuris regulis & rationi.

Cur autem in ea specie, qua pater & filius naufragio, vel ruina perierunt, & ignoretur vter prior decesserit, illa interpretatio locum habeat, illa est causa; quia testator voluit hæreditatem peruenire, primò ad hæredẽ institutum, deinde ad eius liberos, quos substituto prætulit, iuxta l. Lucius. ff.de hæred.instit. Tertiò ad substitutum. Cùm igitur hæres decesserit,& filij non extẽt,quos testator prædilexit; extet verò fideicommissarius, siue substitutus, ad quem testator voluit hæreditatem filijs non extantibus peruenire,meritò, vt voluntas testatoris effectum sortiatur,& seruetur,illa interpretatio adhibetur,vt si non constaret patrem priùs decessisse, & res dubia sit,locus sit fideicommisso.

Et sanè falluntur,qui putant vltima verba d. §. *Si quis autem*, non pertinere ad speciem ibi propositam, cùm

C verba sint clara. Nam postquam Vlpianus dixit, conditionem fideicommissi non defecisse,nec filium præsumi patri superuixisse, resumens articulum, & ex omni parte eum tractans, ac expendens, tres casus constituit: primum, si constet filium superuixisse,& tunc, inquit,fideicommissum extingui. Secundum,si constet, patrem superuixisse, & tunc dicit conditionem extitisse fideicõmissi. Tertium, cùm non apparet quis antè,& quis post decesserit, id est,an pater,an verò filius,& tunc extitisse conditionem magis dicendum esse,respondit.

Quod autem secundo loco dicebatur, illam præsumptionem præualere, quod quis absque liberis decesserit; quia conformitatem habeat cum primo naturali statu hominis; quia scilicet, is nams liberos non habet, nihil mouere debet. Nam hæc est debilis admodum argumentatio,& nulla lege,nulla firma ratione munita. Homo in lucem editus vxorem non habet,non liberos; igitur nec postea præsumitur habuisse. Eiusdem farinæ

D sunt, quæ de paupertate dicuntur, quia nascimur nudi; ideo non præsumatur quis diues. Sunt hæc brocardica planè,& parum probabilia,nec digna,quæ pro decisionẽ controuersiorum iuris articulorum adferantur. Cùm longè diuersus fit hominis status,qui postea sequitur ab eo, quem primò habuit. Et frequenter vxorem ducat, liberos procreet,diuitias acquirat; & longè aliam,quàm initio habuit,conditionem consequatur. Quo fit,vt incertũ ac obscurum planè existat,an quis absque liberis,vel cum liberis mortuus sit; Et ideo is,qui dicit mortuum quempiam absque liberis, probare tenetur;si iuris regulas magis sequi,quàm leues coniecturas velimus.

Non procul ab his distat, quod tertio loco dicebatur, quæ in facto consistunt,non esse præsumenda: Hæc autem in facto consistere, quod quis vxorem duxerit,& liberos procreauerit,&c. Nam non dicimus præsumi quempiam liberos habuisse,sed dicimus id incertum,dubium, & obscurum esse,habuerit necne. Quare probationem

ei in-

ei incumbere, qui dicit absque liberis hæredem grauatũ fideicommisso decessisse. Hic enim illud moneo, quod & in præcedenti capite, hæc inter se differre, quempiam non præsumi superstitibus liberis decessisse. Item quempiam præsumi mortuum absque liberis. Prior propositio vera est. Nam cùm incertum sit, an quis decesserit liberis superstitibus necne, non videtur temerè affirmandum, ac præsumendum, eum liberis superstitibus obijsse. Posterior autem propositio vera non est. Nam cùm id incertum sit, an liberos reliquerit superstites necne, nõ est temerè affirmandum ac præsumendum non reliquisse: sed veritas est inquirenda, & probandi onus actori, secũdùm regulas iuris, iniungendum videtur.

CAPVT XLV.

Controuersia de pupillari substituto, qui probat mortem instituti, an teneatur probare eam in pupillari ætate contigisse, vt obtineat?

AGit pupillariter substitutus impuberi testatoris filio, & probat mortem eiusdem filij instituti; controuersia est, an sufficiat ea generalis probatio mortis, an verò necesse sit probare eum in pupillari ætate decessisse. Et quidem probationem mortis sufficere, nec requiri, vt probetur in pupillari ætate eam contigisse, respondisse fertur Baldus in consilio quodam, incipiente, Ex parte contingenti. Quod sanè responsum nemo hactenus in libris impressis inuenire potuit, sed multi tamen grauissimi interpretes huius responsi mentionem faciũt, & hanc sententiam amplectuntur, Socinus in consi. 89. colum. 4. lib. 1. Decius in cap. In præsentia, nume. 50. de probat. Ioan. Bapt à S. Seuerino in l. Precibus, nu. 58. C. de impub. & alijs substitut. & multi alij, quos commemorat Mascardus de probat. vol. 2. concl. 666. num. 39. & volum. 3. concl. 1347. num. 4. qui tamen Mascardus errauit in citanda decisione 491. In vna Fulginatensi apud Puteum, lib. 2. Dixit enim, Rotam ita determinasse, cùm tamen nil determinauerit, sed vnus ex iudicibus dubitauerit: *An probata morte eius, cui facta est substitutio pupillaris, præsumatur mortuus in pupillari ætate*. Rursus nõ fideliter citatur Paulum Castrensem in lege. Ex facto. §. Si quis autem, ad Trebell. quasi eiusdem sententiæ authorem, cùm tamen contrariam sententiam amplexus videatur.

Fundamentum huius sententiæ, quatenus mihi diligenter quærenti intelligere licuit, positum est in d. l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebell. quatenus ibi pronũciatur locum esse fideicommisso, cùm incertum est, an prius pater decesserit, vel liberi eius. Præsumit enim lex prius liberos decessisse, vt locus sit fideicommisso; Ergo & in proposita specie præsumẽdum videtur eum, cui pupillaris substitutio facta est, impuberem decessisse, vt locus sit pupillari substitutioni, quæ fauorabilior est fideicommisso.

Contrarium respondit Bartolus in consi. 56. ad finem lib. 1. Couuar. lib. 2. variar. resolut. cap. 7. num. 6. post eum alijs adductis, Mantica de coniecturis vltimar. volunt. lib. 5. tit. 9. nu. 6. post Mãticam Mascardus locis proximè citatis. Post Mascardum Menochius de Præsumpt lib. 4. Præsumpt. 182. nu. 4.

Fundamentum est in iuris regula. Quilibet tenetur probare, quod est fundamentum suæ actionis, siue exceptionis. l. Actor. C. de probat. l. 2. ff. de probat. l. In exceptionibus. ff. eod. tit. Sed hoc est fundamentum actionis institutæ, quod is, cui substitutus est, impubes decesserit, vt patet; ergo substitutus id probare debet.

Ego non dubito, quin hoc sit firmissimum fundamentum. Contrà autem vix quemquam futurum puto, qui non facilè intelligat, quàm infirmum sit alterius sententiæ fundamentum, quamobrem posteriorem hanc sententiam veriorem puto, ipseq; amplector.

Ad textum in d. l. Ex facto. §. Si quis autem: respõdeo, non obstare, nec pertinere ad rem nostram. Primò, quia continet speciem longè dissimilem. Secundò, quia constare non poterat in illa specie, an prius pater mortuus fuisset, vel eius liberi. In quæstione verò nostra constare potest, an is, cui facta est substitutio, mortuus fuerit impubes, vel pubes. Tertiò, quia hæc præsumptio, quod quis impubes mortuus fuerit, non est legitima, nec verisimilis; cùm vita hominis sit longior plerumque, & vel centum, vel certè septuaginta anni ordinarium vitę cursum hominis conficiant.

CAPVT XLVI.

Hæreditatem petens tanquam proximior in successione intestati, an probare teneatur eum, de cuius hæreditate agitur, nullo condito testamento decessisse.

LIcet hanc controuersiam diligenter post antiquos & nouos interpretes ad l. Si emancipati. C. de collat. exequatur Franciscus Mãtica de coniecturis vltimar. volunt. lib. 2. tit. 1. & ante eum Couuar. lib. 2. Variar. resol. cap. 6. numero 5. & post eos Menochius de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. prima, & Mascardus de Probationibus, volum. 2. concl. 997. & volum. 3. concl. 1352. spicas tamen post optimorum messorum terga, & ipse colligam nonnullas, ex quibus vera sententia magis adiuuetur foueaturque.

Aio petentem hæreditatem probare debere se proximiorem esse defuncti, ac proinde à lege sibi delatam hęreditatem; Nego incumbere illi probationem, testamentum à defuncto conditum non fuisse; Pro huius sententiæ confirmatione non confugio ad l. Si emancipati. C. de collat. neque enim illa huc pertinet: nec ad vulgatum brocardicum illud: *Facta non præsumuntur*. Testamentum autem est quid facti, Ergo non præsumitur: nec ad alterum: Negatiuam non coarctatam loco & tempore probari non posse. Tum quia his brocardicis non multum fido; tum quia in decidendis controuersijs, vbi leges non suppetunt, firmam iuris rationem valere oportere iudico. Ea verò hæc est: Defuncti hæreditas pertinet de iure ad proximiores eius, Iustiniano ita decernente post veteres legum authores in Nouella de hæred. ab intest. venient. §. Si verò neque fratres. Et in lege 12. tabularum antea constitutum: *Agnatus proximus familiam habeto*. l. Pronunciatio §. Familiæ. ff. de verborum significatione. Hanc propositionem nemo negat. Sed is, qui hæreditatem in hypothesi nostra petit, proximiorẽ se esse, defuncti probat: Igitur ad eum pertinet hæreditas defuncti. Fieri autem potest, vt is, de cuius agitur hæreditate, testamentum fecerit, ac in eo hunc proximiorem hæredem non instituerit. At secundum iuris regulas: *Ab ea parte, qua dicit aduersarium suum prohiberi specialiter aliqua lege vel constitutione, id probari oportere*. Paulus respondit in lege. Ab ea parte. ff. de Probat. Ergo is, qui dicit, testamentum esse conditum, & alios hæredes institutos esse, id probare debet: quia nihil aliud dicit, quàm proximiorem hunc prohiberi propter testamentum hæreditatem capere. Cur enim iste legitimus hæres probare teneretur nullum cõditum testamentum, cùm & si conditum esset, fieri tamen possit, (& frequentius fieri solet) vt in eo sit hæres ipse institutus? Nunquid leges hoc exigunt ab actore, vt postquam intentionem suam probauerit, teneatur etiã probare nulla exceptione excludi eam posse? Non hoc exigunt: sed vt reus suas probet exceptiones, præcipiunt. l. In exceptionibus. ff. de probat. Ex quo apparet actori

sufficere

ſufficere ſuam intentionem probare: ſi enim reus exceptiones ſuas non probauerit, condemnabitur. Argumenta contrariæ ſententiæ refert, & refellit ſatis luculenter Mantica, quamobrem ipſe non refero, neque refello, ne actum agam.

CAPVT XLVII.

Ad c. Cum eſſes, de teſtamentis.

HAnc epiſtolam decretalem Alexandri tertij præclarè defendit Melchior Canus locorum Theologicorum libro ſexto, capit. 8. Hoc nunc non agimus, ſed iuſtam eius interpretationem inquirimus. Variæ & pugnantes ſunt Doctorum ſententiæ. Prima eſt Gloſſæ in verbo Improbamus, epiſtolam illam accipiendam eſſe de teſtamentis ad pias cauſas, iuxta eiuſdem Pontificis Maximi reſponſum in cap. ſequenti, & ita reſpondit Fulgoſius in conſi. 29. Paulus Caſtrenſis in conſi. 431. lib. 2. quibus & alij acceſſerunt à Neuizano citati in cõſ. 26. nu. 16 & à Michaele Craſſo de ſucceſſionibus. §. Teſtamentum, quæſt. 56. in fine.

Verùm illud ipſum ſequens capitulum hanc interpretationem euertit, quoniam in eo Summus Pontifex de relictis eccleſiæ loquens diuerſam formam ſtatuit ab ea, quam ſtatuerat in dicto cap. Cùm eſſes. Nam in c. Cum eſſes, ſic ſtatuit, *teſtamenta, quæ Parochiani coram presbytero ſuo, & tribus vel duabus alijs perſonis idoneis in extrema fecerint voluntate, firma eſſe*. At in cap. Relatum ſequenti: *Mandamus quatenus, cum aliqua cauſa talis ad veſtrum fuerit examen deducta, eam non ſecundum leges, ſed ſecundum decretorum ſtatuta tractetis, tribus aut duobus legitimis teſtibus requiſitis.*

Cùm itaque in relictis eccleſiæ duo vel tres teſtes ſufficiant ex cap. Relatum. In alijs autem caſibus duo vel tres teſtes requirantur vnà cum presbytero parochiali, ex cap. Cùm eſſes, perſpicuum eſt, hoc poſtremum capitulum non loqui de relictis ad pias cauſas tantùm, & conſequenter idoneam non eſſe hanc primam interpretationem.

Secunda eſt interpretatio, quæ verſatur in altero extremo, videlicet hanc decretalem accipiendam eſſe generaliter in omnibus legatis tam pijs, quàm profanis, & tam in foro ſeculari, quàm eccleſiaſtico; exploſis iuris ciuilis ſolennitatibus tanquam legi diuinæ aduerſantibus, quæ dicit: *In ore duorum vel trium ſtet omne verbum.* Et ideo non valeant ciuiles leges, quæ ſeptem teſtes requirunt in teſtamentis. ita Hoſt Ant. Butr. & Abbas in dicto cap. Cùm eſſes. Alciat. in l. 1. in verb. liber ſit ſtylus. C. de ſacroſanct. Eccl.

Refellitur hæc ſententia à Couuar. in relect. dicto c. Cùm eſſes, quia dum lex diuina duorum vel trium teſtimonium approbat, indicat non ſufficere vnius teſtimonium, non autem prohibet plures, quàm duos vel tres adhiberi, ſi ita reipub. expedire pro qualitate cauſæ videatur, & hoc eſt, quòd textus docet in c. Licet vniuerſis, de teſtibus, ſic dicens: *Licet quædam ſint cauſæ, quæ plures, quàm duos exigant teſtes, nulla tamen eſt cauſa, quæ vnius teſtimonio, quamuis legitimo, terminetur.*

Tertia eſt ſententia Alciati in cap. Nouit. de iudicijs, num. 47. hanc epiſtolam locum habere in foro conſcientiæ, non autem in foro iudiciali. Pro confirmatione huius ſententiæ perpendit primò verba illa textus: Penitus reſcindantur. Viſum enim eſt Pontifici Maximo iniquum eſſe, vt teſtamenta abſque iuris ciuilis ſolennitate penitus reſcinderentur, quia debebant ſuſtineri ſaltem per denunciationem euangelicam, de qua in cap. Nouit. de iud. quando veniens ab inteſtato haberet conſcientiam læſam. Secundò, rationem illam ex lege diuina: *In ore duorum vel trium ſtat omne verbum. Quæ*

A *ratio*, inquit, *fuit introducta, quoad forum conſcientiæ*, vt apparet in euangelio. Tertiò, Alciatus animaduertit Summum Pontificem præſupponere talem in eo Epiſcopatu conſuetudinem fuiſſe, vt teſtamenta reſcinderentur, niſi cum ſubſcriptione ſeptem, vel quinque teſtium fierent; ergo Summus Pontifex loquitur de foro conſcientiæ; non autem de foro contentioſo: quia in foro contentioſo talia teſtamenta non per conſuetudinẽ, ſed per legem reſciſſa fuiſſent. l. Si vnus. C. de teſtam.

Non placet hæc interpretatio; quia Summus Pontifex apertè ibi decernit, teſtamenta, quæ parochiani coram presbytero ſuo, & tribus, vel duabus alijs perſonis idoneis fecerint, firma permanere: *Et ſub interminatione anathematis prohibet, ne quis huiuſmodi audeat reſcindere teſtamenta.* Ergo, nemo poterit etiam in foro externo & contentioſo aliter pronunciare, quàm ſit à Pontifice conſtitutum. Nec obſtant illa verba, *penitus reſcindantur*; quia hoc vult dicere Summus Pontifex, talia teſtamenta

B reſcindi non debere, *ſed firma permanere*, vt in verbis ſequentibus poſtea decernit. Nec illa ratio, *quia in ore duorum*, &c. pertinet ad forum duntaxat conſcientiæ; ſed etiam ad forum contentioſum, & externũ; quia duo teſtes vel tres regulariter ſufficiunt cap. Forũ. §. In omni quoque negocio. de verborum ſignificatione lege. Vbi numerus. ff. de Teſtibus licet in teſtamentis & vltimis voluntatibus ob iuſtas cauſas non ſufficiant ſecundùm leges.

Quod verò Summus Pontifex illam conſuetudinem Hoſtienſis eccleſiæ reprehendat, & per eam teſtamenta infirmari præſupponat, nihil mouet, quoniam abſque vlla hæſitatione dicendum eſt, conſuetudinem illam iuri conſentaneam fuiſſe, quod ex verbis textus patet, dũ ait: *Secundum quod leges humanæ decernunt.*

Poſtrema eſt interpretatio vera, communis, & vſu recepta, & ideo amplectenda; Summi Pontificis epiſtolam intelligendam eſſe, vt locum habeat in quibuſcun-

C que teſtamentis, & etiam in foro contentioſo, tam eccleſiaſtico, quàm ſeculari: ſed quantum ad forum ſeculare in ditione Summi Pontificis tantùm, in qua ius canonicum ſeruandum eſt, ſaluis iuris Cæſarei ſolennibus in teſtamento adhibendis, & legibus ea de re loquentibus in foro Cæſaris ſuum obtinentibus vigorem. Hæc interpretatio eſt conſentanea verbis textus, rationi conueniens, & nihil ei obſtare poteſt. Nam Summus Pontifex ſuis in vtroque foro ſubditis ferebat leges, Hoſtienſibus nempe ciuibus; Ideo legem ciuilem, qua Imperatores in regionibus ſuis vtuntur, improbare noluit: ſed iudices etiã laicos in eccleſiæ patrimonio, non ſecundum Imperatorum leges, ſed ſecundum ſtatuta canonum de teſtamentis iudicare. Nec enim æquum eſſe cenſuit, vt in rebus temporarijs adiudicandis tam ſoliciti eſſent canones, quàm ſunt leges, honeſtiuſque eſſe iudicauit, in ciuitatibus & oppidis, quæ in eccleſiæ iure ac dominio ſunt, non legis ciuilis, ſed canonum conſuetudinem ob-

D ſeruari. Vide Couuar. in d. c. Cum eſſes. Clarum. § Teſtamentum. quæſt. 57. Maſcardum de Probationib. vol. 3. concluſ. 1352. nu. 27.

CAPVT XLVIII.

Hæres an præſumatur habere notitiam teſtamenti poſtquam hæreditati ſe immiſcuit.

CElebris eſt diſtinctio Bartoli inter ſuos & extraneos hæredes, vt extranei notitiam habere præſumendi ſint teſtamenti à defuncto conditi; ſui autem hæredes, haud quaquam: ita ille docet in lege. Eius, qui in prouincia. in V. notab. ff. ſi certum pet. & in l. Qui Romæ. §. Duo fratres, in 3. quæſtione. ff. de verborum obligatione, & alibi. Alexan. in dicto. §. Duo fratres, nume. 53. & ibid. Ripa & Crot.

Iaſon

Iason in d.l. Eius qui. num.4. Cagnolus ad l. Qui in alterius. nu.12. de reg. iuris, quam distinctionem impugnarunt Fulgosius, Paulus Castrensis, Crauetta, & alij, quos commemorant Rolandus à Valle, in cons.36. lib.2. Mascardus de Probationib. vol.2. concl.780. & concl.849. Iosephus Ludouicus decis. Perusina 59. in 5. parte, & isti latè & copiosè adserunt authores, qui Bartoli sententiã secuti sunt, eam communiorem esse profitentes, qua de re, non tam ipse solicitus sum, quàm vtra ex dictis sententijs iuri magis consona videatur.

Pro Bartoli distinctione, quãtum ad suos hęredes attinet, pugnare videtur regula iuris: Ignorantia pręsumitur, nisi probetur scientia. l. Verius. ff. de probat. c. Ignorantia. de reg. iur. lib.6. Deinde ratio illa, quòd cum ipso iure hæredes sint. l.3. C. de iure delib. §. Sui. in Instit. de hæred. qualit. & differ. siue testamentum conditum sit, siue intestatus parens decesserit, necesse non est vt testamentum inspiciant: & ideo nulla est causa, cur præsumere debeamus ipsos notitiam habuisse testamenti con B diti.

Quantum verò ad extraneos attinet, quoniam hæredes non possunt esse aliter, quàm ex testamento, necesse est, vt sciant hęreditatem ex testamento delatam esse, atque adeò se institutos hęredes. Quare cùm viderimus eos immiscuisse se hæreditati, & pro hæredibus se gessisse; in consequentiam quasi necessariam existimare debemus eos notitiam testamenti habuisse.

Pro contraria autem sententia hoc argumentum adfertur. Sui hęredes beneficium habent abstinendi. §. Sed his prætor. in Instit. de hæred. qualit. & differ. Quamobrem est perinde, ac si liberum arbitrium adeundę hęreditatis haberent. l. Nam & emancipatis. de leg.1. Ergo ipso iure sunt hęredes non magis, quàm emancipati vel extranei. Et sicut clausis tabulis testamenti sui possunt hęreditatem adire. l.3. C. de iure delib. Ita etiam & extranei. l. Vn. §. In nouissimo. C. de cad. tollend. Quare nõ videtur inter suos & extraneos, quantum ad hunc effe- C ctum attinet, constituenda differentia.

Respondet Alexander in l. Qui Romæ. §. Duo fratres. post nu.53. ff. de verb. oblig. *Si quęratur, an ad hoc, vt per immixtionem fiat filius in potestate cum effectu hęres, adeò quod possit conueniri à creditoribus hęreditarijs, & quoad alios effectus, quos non operatur sola existentia suitatis: & verum est, quod ad talem effectualem immixtionem requiritur illa eadem notitia testamenti, quæ requiritur in emancipato, vel in extraneo. Aut solùm quęrimus, an eo ipso, qđ filius in potestate confitetur se simpliciter hęredem, etiam absque eo, quod dicat ex testamento vel ab intestato: vel vbi non apparet, quod dixerit se hęredem, aliquo modo pręsumatur habere scientiam contentorum in testamento; & sic non possit postea allegare se ignorasse contenta in testamento, & tunc dicendum est, quod non pręsumitur scientia.* Hactenus Alexander.

Sed certè doctores loquuntur, quantum ad effectualem immixtionem, vt ipse loquitur, verbi gratia, si quid D hæres fecerit, promiserit, dixerit, tanquam hęres: & dicunt non pręsumi notitiam contentorum in testamento, & fideicommissorum habuisse, si sit suus, puta per ditionem hęreditatis factam, quæ sine dubio fit post immixtionem: & tamen dicunt renunciatum fideicommisso non censeri; quia non pręsumitur hęres suus notitiam habuisse fideicommissi.

Ego in hac controuersia sic statuo, si clausis tabulis testamenti adeatur hæreditas, prout adiri posse constitutum est in d.l. Vn. §. In nouissimo. C. de cad. toll. tam in suis hęredibus, quàm in extraneis ignorantiam contentorum in testamento pręsumendam esse: quia cùm tabulæ sint clausæ, testamenti tenor proculdubio ignoratur.

Cęterùm, si non clausę proponantur tabulę testamenti, puto scientiam præsumi, quia non potest hęreditas adiri, quantum ad hoc, vt oneribus hęreditarijs oblige- A tur hęres (in quibus terminis hęc quęstio accipienda est) nisi hæres sciat an ab intestato, vel ex testamento fuerit delata: Item an purè vel sub conditione institutus fuerit. Moueor ex l.22. ff. de acq. hæred. Paulus: *Nam vt quis pro hærede gerendo obstringat se hæreditati, scire debet, qua ex causa hæreditas ad eum pertineat, veluti agnatus proximus iusto testamento scriptus hæres antequam tabulæ proferantur, cùm existimaret intestatò patremfamil. mortuum, quamuis omnia pro domino fecerit, hæres tamen non erit.* Et ex l.32. ff. eod. tit. Vlpianus: *Sed etsi scit,* hæres, *se hæredem institutum, sed vtrũ purè, an sub conditione ignoret, non poterit adire hæreditatem, licet purè hæres institutus sit, vel sub conditione, & paruerit conditioni.*

Si ergo adiri non potest hæreditas, nisi cognito tenore testamenti, nec antequam tabulæ testamenti proferantur, sequitur dicendum, si fuerit adita hæreditas, & hæres se obstrinxerit ad aliquid faciendum, præsumendum esse (si dicamus valere gesta ab hęrede) ipsum co- B gnouisse, ex qua causa sibi delata sit hæreditas, & quo modo hæres institutus fuerit, & consequenter testamenti notitiam habuisse: Neque enim verisimile est eum, qui vnam partem testamenti vidit, reliquas partes ignorare.

CAPVT XLIX.

An hæreditas repudiata esse intelligatur, cùm quis dixit, se nolle hæreditatem adire.

SI quis dixerit, se nolle hęreditatem adire, controuersia est, an videatur hęreditatem repudiare, vt videre licet ex Glos. & doctoribus ad l. Qui se patris. C. vnde liberi. tam antiquis quàm recentioribus: & præterea ex Mantica de coniecturis vlt. volunt. lib.12. tit.14. Mascardo de Probat. vol.2. conclus.833. Menochio de Præsumpt. lib.4. Præsumpt. 102. nu.5. Mihi & verborum na- C turam, & eorum vsum apud Iurisconsultos intuẽti, probabilior eorum sententia videtur, qui dixerunt huiusmodi verbis repudiationem significari. Nam negari non potest, quin horum verborũ ea sit vis, & significatio, quòd quis nolit hæres esse, & hęreditatem acceptare, consequenter quòd hæreditatem repudiet, & habere nolit. Et cùm Paulus dicat: *Recusari hęreditas non tantum verbis, sed etiam re potest, & alio quouis indicio voluntatis.* l. Recusari. ff. de acq. hæred. non video, quod sit maius indicium voluntatis, quàm si quis dicat, se nolle hęredem esse, vel hęreditatem adire.

Sed Iurisconsultos audiamus, & verborum & rerum optimos magistros. Paulus: *Filius, qui se nolle adire hęreditatem matris dixerit, an possit mutata voluntate adire, antequàm consanguineus vel agnatus adierit, videndum, propter hęc verba: Si nemo filiorum volet hęreditatem suscipere, quia extensiua sunt: & cum verba extensiua sint,* D *pœnitentia eius, vsque ad annum admittenda est;* ex l.1. Filij. §.1. ff. ad Tertyl.

Vlpianus: *Si nemo filiorum, eorumue, quibus simul legitima hęreditas defertur, volet ad se eam hęreditatem pertinere, ius antiquum esto. Hoc ideo dicitur, vt quamdiu vel vnus filius vult legitimam hęreditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat. Itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiauerit hęreditatem, ei portio adcrescet.* l.s. §. Si nemo. ff. ad Tertyl.

Vides quod dictum est: *Si nemo volet ad se hęreditatem pertinere,* idem esse quod repudiare.

Vlpianus in l.1. §. Qui semel. ff. de success. edicto. *Qui semel noluit bonorum possessionem petere, perdidit ius eius, etsi tẽpora largiantur. Vbi.n. noluit, iam cepit ad alios pertinere bonorum possessio, aut fiscum inuitare.* Idem Vlpianus, paulò infrà: *Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit, aut in diebus statutis non admiserit: tunc cęteris bonorum possessio perinde* com-

competit, ac si prior ex eo numero non fuerit.

Et quid est, quod scribit idem Vlpianus l. Nolle. ff. de acquir. hæred. *Nolle adire hæreditatem non videtur, qui non potest adire?* Nisi dicamus nolle adire hæreditatem, perinde valere, atque ipsam hæreditatem repudiare. Et quia is repudiare potest, qui potest acquirere. lege. Is potest. ff. eodem titulo, rectè colligi, eum non videri nolle adire, hoc est, repudiare hæreditatem, qui non potest adire.

Denique huc etiam pertinet, quod scribit Paulus in l. In plurium. §. vlt. ff. de acquir. hæredit. *Et ideo dicendū est, & in eo casu, si respondit, neutram hæreditatem ad se velle pertinere, bona defuncti à creditoribus possidenda sunt.* Item quod respondit Vlpianus in l. Si seruum. §. Si quis suus. ff. eod. tit. *Si quis suus se dicit retinere hæreditatem nolle, aliquid autem ex hæreditate amouerit, abstinendi beneficium non habet.* Et l. Filium. 60. ff. eod. ibi: *Nam filius emancipatus cùm hæreditatem testamento datam, ad se pertinere noluit, continuò ea ad substitutum hęredem transit.*

Respondent contrariæ sententiæ authores, non hoc decidi his legibus & responsis, quod illa verba: *Nolo hęreditatem adire*, repudiationem significent, sed præsupponi hæreditatem repudiari, & de repudiationis effectu disputari, & responderi. Sed hoc ego contendo, verba illa ita à Iurisconsultis vsurpari, vt significent hæreditatis repudiationem, atque idem esse Iurisconsultis repudiare, & nolle adire hæreditatem; quòd sanè negari non potest.

Quod verò dicunt pro contrarię sententiæ fundamēto, hæc verba: Nolo adire hæreditatem, Nolo hæres esse, accipi etiam posse de eo hærede, qui deliberare velit, qua si nondum deliberauerit, non tamen absolutè velit hęreditatem repudiare, nihil mouet. Potest enim huic rectè obijci, vt sententiam quidem suam retineat, sed alijs vtatur verbis: Nondum decreui hæreditatem adire, Nondū adeo, Deliberabo. Hæc verba non significant repudiationem, & ad hæredem deliberare volentem pertinent: C non autem illa: Nolo hæreditatem adire, neque enim includunt animum deliberandi, sed voluntatem indicāt ab hæreditate adeunda alienam, quod voluntatis indiciū sufficit ad repudiationem inducendam ad l. Recusari. ff. de acquir. hæred.

Quæ verò adferuntur leges pro huius sententiæ confirmatione, confutatione non egent, nihil enim iuuant eam sententiam: l. Nonnunquam. ff. de collat. bonor. l. Celsus. §. vlt. cum l. seq. ff. de recept. arb. l. Quia poterat. ff. ad Trebell. & si quæ sunt aliæ, nihil iuuant eam sententiam, vt quilibet videre potest. imò ex l. Quia poterat. contrarium sumi potest argumentum, ex illis verbis: *Quia poterat fieri, vt hęres institutus nolit adire hęreditatem, &c.* Nolit adire, id est, repudiare: ideo cogi potest à fideicommissario, vt ibi dicitur.

CAPVT L.

His verbis: Volo hæreditatem adire, an censeatur adita hæreditas?



NOn censeri aditam hæreditatem his verbis ab hærede prolatis: *Volo hęreditatem adire*, scriptum reliquerunt multi, ijque grauissimi authores, nonnullis tamen moderationibus adhibitis Bartolus, in l. Gerit, nu. 10. ff. de acquir. hæred. Menochius alios citans de arbitrarijs iudicum, casu 496. num. 21. & nouissimè de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 100, nu. 10. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 12. tit. 11. Mascardus de Probationibus, vol. 1. concl. 41. nu. 5.

Fundamentum est, quia non hæc videtur esse mens proferentis eiusmodi verba, vt tunc hæreditatem adeat, sed eiusmodi verbis significat se adire velle, scilicet alio

A tempore, sicut cùm quis dicit; *Ego volo eligere, testari, ire, agere*, non tunc eligit, nec testatur; sed in tempus futurum suam refert dispositionem

Sed contrarium docuerunt Raphael Cumanus & Aretinus in d. l. Gerit. regulariter ex ijs verbis aditionem hæreditatis induci affirmantes, quibus me socium adscribo. Etenim latum mihi videtur esse discrimen inter aditionem hæreditatis, & alios actus, qui pro similibus adferri solent. Nam, verbi gratia, actus testandi non expeditur per solam & nudam voluntatem, quam quis habet testamentum faciendi: sed necesse est, vt ad rem ipsam, nempe ad testamenti confectionem procedat, & cum effectu testetur. Sic & electio sola voluntate non fit, sed requirit actum ipsum. Et si quis dicat, volo relinquere, & similia, requirunt ista factum ipsum, & actum apparentem & realem. Verùm hæreditatis aditio non est huiusmodi, sed nuda voluntate expeditur. Paulus: *Gerit pro hærede, qui animo agnoscit successionem.* l. Gerit. ff. de B acquirenda hæreditate. l. Si ania, ibi: *Et sola animi destinatione pater tuus hęres fieri poterat.* C. de iure delib. Iustinianus in §. vlt in Institut. de hęredum qualit. & diff. *Potest aut pro hęrede gerendo, aut etiam nuda voluntate hęres fieri.* Quare si quis dicat: *Volo hęreditatem adire*, videtur mihi satis clarè suam voluntatem exprimere, & quia nuda voluntas sufficit, videtur eo ipso hæreditatem adire, & agnoscere. Id fatentur Doctores contrariæ sententiæ, si quis dicat: *Volo hęres esse*, ex l. Iam dubitari. ff. de acquirenda hæred. Quæ igitur hæc est subtilitas, id negare, cùm quis dicit: *Volo hęreditatem adire?* Profectò hæc non differunt: qui enim vult hæres esse, vult hæreditatem adire; & econtrariò, qui vult hæreditatem adire, vult quoque hæres esse.

Denique, si vera est ea sententia, quam in capite præcedenti posui, atque defendi, illa verba: *Nolo adire hęreditatem*, repudiationem indicare, non intelligo, cur & hæc sententia vera non sit, verba ista, *Volo adire hęreditatem* C aditionem importare, atque significare. Aditio enim, & repudiatio ijsdem regulis consistunt §. vlt. in Institut. de hæredum qual. & diff. ibi: *Sicut autem nuda voluntate extraneus hæres fit, ita contraria destinatione statim ab hęreditate repellitur*, & idem probat lex. Sicut. C. de repud. hæred.

Excipio speciem illam, in qua manifestè apparet, eum, qui dicit, *Volo hęreditatem adire*, non habuisse animum tunc adeundi, quod vix arbitror accidere posse, nisi quoties conditione annexa proferuntur illa verba, puta: Volo hæreditatem adire, si prius inuentarium fecero, eius vires cognouero, si hoc vel illud erit. Alioqui certè mihi videntur illa verba tam apertè animum adeundi, & destinationem voluntatemq; significare, vt vix dubitandi mihi locus videatur, licet contraria sententia magnos habeat propugnatores.

CAPVT LI.

D

Aditio hæreditatis an ex eo inducatur, quòd debita quis non soluerit?



SIt hæc facti species. Paterfamil. dotem ab vxore accepit, ex ea liberos suscepit; Vxor moritur, liberis infantibus relictis, si non restituerit dotem acceptam, videtur filiorum nomine matris hæreditatem adire, iuxta l. Si infanti. C. de iure delib. Similiter, si liberi grandiores natu, dotem matris defunctæ (patre quoque mortuo) non restituant, videntur matris hæreditatem adire. Ita docuit Bartolus in l. num. 28. ff. de acquirenda hęreditate; id ita sibi locum vendicare dicens, si filij ipsi ex hoc se hæreditatem adiuisse allegauerint, non si alij, aditæ ab eis hæreditatis inde argumentum attulerint. Bartolum secuti sunt quàmplurimi apud Manticam de coniecturis vltimar. volunt. lib. 12.

lib.12. tit.13. & apud Menochium de Præsumpt. lib.4. Præsumpt.cap.1.nu.89.

Sed contrarium multi docuerunt, Baldus in l.1. num. 40.C. Qui admitti.& alibi sæpe Salicetus in l.Cum antiquioribus, num.3. C. de iure delib. Aretinus ad l. Gerit. num.5.Zasius in l.Etsi contra tabulas, in fine.ff.de vulg. & pupillari.

Argumenta prioris sententiæ hæc sunt. Primum est ex l Recusari. ff.de acquirenda hæreditate. Paulus: *Recusari hæreditas non tantùm verbis, sed etiam re potest & alio quouis indicio voluntatis*. Exemplum attulit Iacobus de Arena, cùm quis negligit res hæreditarias, & patitur eas interire; & sic ex non facto, vt Doctores loquuntur, induci potest repudiatio: ergo similiter & aditio, quia ijsdem regulis consistunt. l.Sicut. C. de repud. hæred.§.vlt.in Instit.de hæred.qualit.& diff.

Hoc argumentum ideo nullius momenti mihi videtur, quòd vt maximè verum esse proponatur, ijsdem regulis aditionem ac repudiationem consistere, & ex non facto, siue ex negligentia repudiationem induci: non tamen inde efficitur, ex negligentia, siue ex non facto, quo de agitur, induci. Non enim ex omni negligentia induci posse, vel aditionem, vel repudiationem, probatur, sed ex ea, quæ indicat animum repudiandi: quamobtem probandum est, hanc, qua de agimus, negligentiá animum adeundi indicare.

Secundum argumentum est ex l. vlt.§. Sin autem aliquis. C. de iure delib. Iustinianus: *Vt sciant omnes, quod omnimodò post petitam deliberationem, si adierint, vel pro herede gesserint, aut non recusauerint hęreditatem, omnibus in solidum hęreditarijs oneribus teneantur. Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inuentarium autem minimè conscripserit: & vel adierit hereditatem, vel minimè eam repudiauerit, non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis falcidia beneficio minimè vtatur.*

His verbis patet, aditioné hæreditatis induci, & probari ex eo, quod quis post tempus sibi datum ad deliberandum, eam non repudiat; siue enim adierit, siue non recusauerit hæreditatem, hæreditarijs oneribus tenetur; & sic adiuisse hæreditatem intelligitur.

Hoc argumentum nihil ad rem pertinet, quia tempus ad deliberandum conceditur, vt vel hæreditas adeatur, vel repudietur: si ergo lapsum fuerit tempus, & hæreditas repudiata nõ fuerit, meritò adita esse videtur: quæ res quàm longo à quæstione proposita distet interuallo, nemo non intelligere potest. Neque enim in specie nostra certum tempus ad deliberandum hæredi conceditur, an velit adire, vel repudiare. Quare etsi textus iste à Bartolo rectè allegatus sit: *quando scilicet ad petitionem creditorum assignatus est terminus hęredi ad adeundum, vel repudiandum, & intra terminum nihil facit*, non tamen rectè applicatur ad quæstiones & exempla, quæ postea ipse Bartolus proponit, in quibus non ita terminus hæredi est assignatus ad adeundam, vel repudiãdam hæreditatem, & in his nostra versatur in præsenti disputatio, quare nihil ad eam argumentum allatum pertinere, manifestum est.

Tertium argumentum est. Debitor adueniente die tenetur soluere.l.Magnam.C.de contrahen.& commit. stip.si non soluat, dicitur esse in mora. Sed mora est delictũ. l.Quod te.ff.si cert.pet.l.Qui sine, de reg.iur.l.Omne delictum. ff.de re milit. Delictum autem non præsumitur. l.Meritò.ff.pro socio. Ergo in dubio præsumere oportet hæredem, eundemq; debitorem ideo non soluisse debitum, quoniam hæreditatẽ adire voluerit; quo casu debitum ipsum extinguitur.

Sed hoc argumentum ita confectum, non admodum est forte; primò, quia negari potest moram esse delictũ; est quidem culpa, negligentiaue, sed non delictum, & loquimur de mora in soluendo debito commissa, non de militis segnitia, contumacia, vel desidia, de qua loquitur

A tex.in d l.Omne delictum.ff.de re milit.Illa enim meritò punitur; quia est contra disciplinam militarem, vt ibi dicitur. Secundò, quia debitor, qui non soluit, à culpa excusatur hoc in casu, cùm nullus hæres esset, cui solueret.l.Pecuniæ. ff.de vsuris.§.vlt.ibi. Si tamen post mortem creditoris nemo fuit, cui *pecunia solueretur, eius temporis inculpatam esse moram constitit*.

Postremum argumentum est huiusmodi: Sicut hæreditas aditur solo animo, qualitercunque fuerit declaratus. l. Pro hęrede. l. Gerit.ff.de acquir.hæred. Ita etiam peculium seruo adimitur nuda voluntate. l.Non statim. ff. de peculio. Sed si dominus est debitor serui, & non soluit, in dubio creditur illud de peculio adimere, seu diminuere voluisse. l. Peculium.§.Sicut.ff.de peculio leg. Ergo sic, & in proposito casu, si debitor non soluit, probabilis est coniectura, eum voluisse adire hæreditatem.

Sed longè hæc distant, & valdè dissimilia sunt. Peculium, Dominus, ademptio, hæreditas. Hęres, non solutio B debiti, hæreditatis aditio. Quare argumentum procul dubio satis firmum & solidum non est; & ipsum retulisse, confutasse est.

Sed & posterioris sententiæ argumenta non satis firma sunt Adfertur enim l.Cum antiquioribus. C. de iure delib. vt ex ea probetur, in adeunda hæreditate factum requiri, propter verbum *gesserit*, quod argumentum nullius est argumenti, cùm ex nuda voluntate aditio inducatur.§ vlt.Instit. de hæred.qual.& diff.Item l. Nõ hoc. C.vnde legitim.quæ nihil facit propter illa verba: acquirendę sibi hæreditatis.Item l.Si filius. C.de petit hęred. vbi aditio præsumitur ex longi temporis patientia; sed non rectè ex eo licet argumentari, aditionem non induci, licet longum tempus nõ præterierit, si alia adsint voluntatis eius adeundæ argumenta atque indicia. Et quędam aliæ adferuntur leges, quæ nullum præstant probabile argumentum. Illud nonnihil vrgere videtur, aditionem præsumendam non esse in dubio hærede tacente, C ne videatur se oneribus hæreditarijs obligare, argum. l Inuitus ff.de probat & eius quòd vulgò dicitur: tacentem non videri consentire in sui præiudicium.l.Qui vas. §.Vetare.ff.de furtis, cum alijs similibus.c. Qui tacet, de reg.iur.lib.6.

Mihi tamen diligenter totam hanc disputationẽ mẽte agitanti, prior sententia verissima videtur. Nam omissa nimia quadam iuris subtilitate, quæ plerumque perniciosa est, ipsam iustitiam, æquitatem, veritatem considerandam arbitror; Tum quod rationi magis consentaneũ est, & veritati magis proximè accedit, verisimiliusque & probabilius videtur, nobis hæc species proponitur. Filij vocantur ad matris defunctæ hæreditatem; aut eam adire debent, aut repudiare. Si repudiare volunt, illa defertur proximioribus, secundùm ordinẽ edicti successorij, quibus ipsi filij bona materna, tanquam hæredibus, scilicet dotem, & si qua sunt alia bona, restituere tenentur. Si adire velint, omnia bona materna D consequuntur, & iustissimè retinent. Iam nobis non constat, an voluerint adire, vel repudiare; sed constat eos nemini bona materna restituisse lapso iam tempore, quod legibus ad dotem restituendam hæredibus vxoris constitutum est. Hic alterum ex duobus præsumere debemus, eos, vel adiuisse hæreditatem, vel repudiasse: Si præsumamus eos repudiasse, multa ex hoc incommoda oriuntur. Primum est, quòd dicere cogimur filios iniustè bona materna retinuisse, cum alijs legitimis hæredibus ea restituere deberent, secundum quod suam hanc repudiandi voluntatem iniustè occultauerint, & non manifestauerint; tenebantur enim repudiare palàm, vt cęteris adeundi hæreditatem potestas esset, ipsis recusantibus. Tertium est, quòd non sit verisimile, si filij repudiassent, alios defuturos hæredes, qui adiuissent hæreditatem, aut similiter eam repudiassent. Si verò præsumamus filios adiuisse, omnia incommoda cessant, & res vero similis, & rationi con-

sona

A sona uidetur. Nam si filij sunt, meritò sunt hæredes. Isti maximè præsumuntur; quia bona materna retinuerunt. Cur matris hæreditatem repudiassent, retinendo dotem? non expressè eam recusando, non dotem offerendo, alijs, qui ad hæreditatem vocantur, deponendo? Si igitur hæc præsumptio locum habeat, cessat omnis iniustitia, & id quod naturæ, rationi, veritati maximè consentit, asseritur. Si contraria præsumptio præferatur, filios iniquos iudicamus aliena retinentes; hæreditatem iacuisse, & à nemine aditam fuisse fateri cogimur, quid plura? à veritate, à ratione, ab æquitate discedimus nimiam iuris subtilitatem sequentes. Multa huc adferre possem ad ostendendum ex generalibus Doctorum regulis præferendam hanc, quam sequimur, interpretationem, sed quia *πραλύτους* hæc scribo, non dupondijs, notissima referre supersedeo.

CAPVT LII.

B *Aditio hæreditatis, an ex fructuum perceptione inducatur?*

NOn censeri aditam hæreditatem ex eo, quòd is, cui delata est (id non ignorans) fructus ex rebus hæreditarijs perceperit, sed standum esse ipsius hæredis declarationi, Bartolus docet in l. Gerit. nu. 24. quem sequi videtur Ruinus in cons. 13. nu. 4. lib. 3. & Menochius de Præsump. lib. 4. Præsump. ca. 1. num. 71. quibus ego non assentior. Fundamentum enim ponunt in l. Pro hærede. §. Seruos. ff. de acq. hær. quæ lex eam sententiã nihil iuuat. Verba eius hæc sunt: *Seruos hæreditarios pauit (hæres) iumenta, aut pauit, aut distraxit; si hoc, vt hæres gessit; pro hærede, aut si non, ut hæres, sed vt custodiat: aut putauit sua, aut dum deliberat, quod fecit, consulens, vt salua sint res hæreditariæ, si fortè ei non placuerit, pro hærede gerere: apparet non videri pro hærede gessisse: Proinde, etsi fundos, aut ædes locauit, vel fulsit, vel quid aliud fecit, non hoc animo, quasi pro hærede gereret, sed & dum ei, qui substitutus est, vel ab intestato hæres extiturus prospicit: aut res tempore perituras distraxit, in ea causa est, vt pro hærede non gesserit: quia non hoc animo fuerit.*

Hæc lex Vlpiani ideo non iuuat Bartoli sententiã, quia loquitur de eo, qui hæc fecit non eo animo, vt pro hærede gereret; Sed nos loquimur in dubio, cùm videlicet non constat, hæredem animum non habuisse pro hærede gerendi, sed incertum est, & hoc in casu videtur præsumendum hæredem ea fecisse animo adeundi, & gerendi se pro hærede. Id ex Vlpiano eadem lege non obscurè colligitur in verbis præcedentibus, dũ ita scribit: *Et ideo solent testari liberi, qui necessarij existũt, non animo hæredis se gerere, quæ gerunt: sed aut pietatis, aut custodiæ causa, aut pro suo, &c.*

Hæc igitur protestatio operatur, vt non præsumatur hæres animo adeundi hæreditatem, ea quæ sequũtur in eadem lege gessisse, ex quo rectè inferri videtur D ex factis istis adeundæ hæreditatis animum præsumi; alioquin superflua protestatio esset.

Et hæc sententia, quod ex fructuum perceptione arguatur aditio hæreditatis euidenti argumento, vera esse demonstratur. Nam certum est ex fructuum perceptione possessionem probari. l. Titia. ff. de solutio. latissimè id probat Mascardus de probationibus vol. 3. concl. 1183. Ergo hæres fructus percipiẽdo dicitur res hæreditarias possidere. Sed non potest res hæreditarias iustè possidere, nisi pro hærede se gerat. Nullam enim aliam causam eum habere possidendi supponẽdum est: Ergo præsumere debemus eum iniustè possedisse. Hoc autem est absurdum; quia cùm potest alia coniectura sumi, cessare debet illa, quæ dolum includit, secundùm regulas vulgares.

A Dices posse capi coniecturam, eum custodiæ causa fructus percepisse, vel ut substitutio, aut hæredibus alijs prospiceret. Respondeo, protestationem requiri, vt locum habeat hæc coniectura, qua scilicet declaret, hæres se custodiæ causa id fecisse, vel aliam ob causam, argum. d. l. Pro hærede. in illis verbis: *Vt ideo solent testari liberi*, &c.

Nulla facta ab hærede protestatione, præsumi debet suo nomine potius, quàm alieno fructus collegisse. Id. n. est magis vero simile, & iuris præsumptioni consonum, iustius est, sæpius fit, sua enim quisque curat magis, quam aliena. Denique alieno nomine hæredem nihil protestãtem id fecisse, possibile est; suo autem nomine fecisse verisimile est.

Atq; ita repudiata Bartoli sententia docuerunt Imola in l. Gerit. col. vlt. ff. de acquir. hæred. & ibidem Aretinus col. 5. vers. In quantum. etiam ipse Bal. in l. 1. C. de repud. hæred. Corneus cons. 103. nu. 4. lib. 3. Barbatia consi. 5. col. 3. in fine lib. 1. Mantica de coniect. vltimar. volunt. lib. 12. tit. 12. nu. 8. vers. Illud autem. quibus & ipse assentior.

B

CAPVT LIII.

Hæreditatis aditio an inducatur ex habitatione domus paterna.

VIdeo tres diuersas interpretum sentẽtias in hoc iuris articulo: si filius post mortem patris domum paternam habitauerit, an hæreditatem videatur in dubio adiuisse. Nam aliqui id negant, & probandum esse contendunt filium habitasse, tanquam hæredẽ. Alij affirmant. Alij denique ita hanc rem explicant, vt si filius dotis maternæ causa hypothecam in domo habuerit, & ideo eo nomine habitare potuerit, præsumitur adiuisse hæreditatem, uel non adiuisse, prout ei utilius est, in eoque standum eius assertioni & testimonio. Vide Bartolum in l. Gerit. nu. 21. ff. de acq. hær. & ibi Ca- C str. Aret. Imolam & alios, Baldum in l. Non hoc. & ibidem Sal. Alex. & alios. Manticam de Coniecturis ultimat. uoluntatum, lib. 12. tit. 12. nu. 8. Mascardum de Probationibus, uol. 1. concl. 44. num. 22. & concl. 45. in prin. Menochium de Præsump. lib. 4. Præsumpt. c. 1. n. 34. Ego eorum sententiam magis probo, qui affirmat, ex habitatione domus præsumendum esse filium hæreditatem adiuisse paternam. Moueor duob. argumentis, quorum primum sumitur ex lege, alterum ex iuris ratione. Quod attinet ad primum, illud sumitur ex. l. 1. C. de repud. hær. Imperator Antoninus: *Si paterna hæreditate te abstinuisse constiterit, & non vt hæredem in domo, sed vt inquilinum, vel custodem, vel ex alia iusta ratione habitasse, liquidò fuerit probatum: Ex persona patris te conueniri procurator meus prohibebit.*

Hac lege apparet filiũ probare oportere se à paterna hæreditate abstinuisse, & non ut hæredem in domo D habitasse; ergo præsumitur in dubio habitasse, tãquam hæres patris. Nam si id non præsumeretur, sed probandũ esset, filio non incumberet probatio, se paterna hæreditate abstinuisse: quia fundatam haberet intentionem, ut loquuntur nostri ex sola negatione, se tanquã hæredem patris habitasse; sed Imperator probationem requirit, per quam constet filium se abstinuisse ab hæreditate patris, & non tanquam hæredem in domo habitasse: ergo argumentum hinc sumitur filium habitantem in paterna domo, præsumi hæreditatem patris adiuisse, & tanquam hæredem in ea habitasse.

Quod verò ad alterum argumentum attinet, illud est huiusmodi. Hæreditatis aditio præsumitur ex facto, quod licitè & iustè geri citra ius & nomen hæredis nõ potest. l. Pro hærede. §. Papinianus. ff. de acqu. hær. ibi:

A *Itaque nunc pro hærede geri dicendum esse aut: quoties accipit, quod citra nomen, & ius hæredis accipere non poterat.*

Dixi *iniuste & licitè*; quia de facto & iniustè multa fieri possunt citra ius & nomen hæredis in aliena hæreditate. Sed filius iustè domum paternam habitare non potest citra ius & nomen hæredis: Ergo domum habitando præsumitur pro hærede se gerere, & sic hæreditatem adire.

Minor propositio probatur: quia, si filius nolit hæres esse, possidere non potest bona patris, sed illa pertinent ad alios hæredes substitutos, vel ab intestato vocatos. Si dicatur possidere filium posse, vel custodiæ causa, vel vt deliberet, an velit adire, vel repudiare; respondeo, id fieri posse, sed non præsumi, & necessariam esse protestationem filij, vt in d.l. Pro hærede. ff. de acq. hæred. ibi: *Et ideo solent contestari liberi non animo hæredis se gerere, quæ gerunt, sed aut pietatis, aut custodiæ causa.* Et ratio est; Nam filius possidere potest ex titulo pro hærede, de quo iam constat; quia, si B filius, ergo hæres, & quidem hæres suus, & id plenũ, & certum est: vtrum autem custodiæ causa possidere velit, incertum est, eo præsertim id non contestante. Ergo in dubio præsumendus est filius possidere domũ paternam ex titulo, de quo iam constat, quam ex causa, quæ incerta est, & non apparet. Præsumitur enim quis possidere ex titulo præambulo. l. 1. §. 1. ff. de excep. rei vend. l. 1. C. de acq. poss. l. Non solùm. §. Quod uulgo. ff. de usucap. ubi illa uerba ad rem nostram pertinent: *Idem hic, si à domino hæres institutus fuerit, uel bonorum possessionem acceperit, incipiet pro hærede possidere.*

Rursus, si dicatur filium possidere posse, ex causa dotis maternæ propter hypothecam quam habet in bonis paternis, iuxta l. Vn. C. de rei uxo. act. Respondeo, nullo iure concessum creditori, ut propria autoritate bona debitoris possideat, id probatur in l. Doris. C. sol. matr. ibi: *Ingredi enim possessionem rerum dotalium hæredibus mariti non consentientibus, sine autoritate competentis iudicis nullam habet facultatem.* C

Porrò contrariæ sententiæ argomentum facilè cõfutatur. Est enim sumptum ex l. Non hoc. C. unde legitimi. Diocletianus: *Non hoc, an tenuerit quis res hæreditarias necne sine uoluntate adquirendæ sibi hæreditatis quærendum est; sed an admiserit hæreditatem, uel bonorum possessionem.*

Respondeo, textum loqui in casu certo, quando scilicet, *sine uoluntate adquirendæ hæreditatis* quis possedit res hæreditarias; nos autem loquimur in dubio, quando non constat, an habuerit hæres animum adeundæ hæreditatis: & dicimus præsumendum esse, quod habuerit, nisi constiterit eum abstinuisse, iuxta l. 1. C. de rep. hæred.

C A P V T LIV.

D *Aditio hæreditatis, an inducatur eo quod inuentarium hæres confecerit?*



Xplicanti mihi iuris articulos, qui inter Doctores controuersi sunt, non alienũ uisum est, hoc in loco admonere lectorẽ, nullam uerè controuersiam esse super eo iuris articulo, quem proposui, licet dissentientes Doctorum sententiæ referantur a Mascardo de Probationibus uol. 1. conclus. 48. & Menochio de Præsump. lib. 4. Præsump. c. 1. num. 94. & ante eos etiam ab antiquioribus interpretibus ad l. ultimam. §. Sin autem hoc. C. de iure delib. Ponunt isti, aditionẽ hæreditatis ex inuentarij confectione simpliciter induci ex sententia in primis Bartoli in l. Gerit. col. ult. uers. Ad tertium. ff. de acq. hær. qui hoc non dicit. Secundò Cyni ad l. ult. §. Si uerò postquam. C. de iure delib. ubi hoc non dicit ita simpliciter, sed quando A ut hæres inuentarium conficit. Tertiò Ruini in cons. 168. nu. 1. lib. 4. ubi nihil aliud dicit, nisi quod Bartolus in d. l. Gerit. & loquitur, quando quis ut hæres fecit inuentarium. Quartò Capræ in cons. 9. num. 1. ubi nihil de hoc scribit. Quintò Cacherani decis. Pedemont. 147. nu. 22. ubi nullum de hoc uerbum. Postremò, Crauettæ in cons. 348. num. 3. 4. lib. 3. ubi loquitur de eo, qui tanquam hæres protestatus est, se uelle inuentarium conficere, & disputat, an uideatur adire hæreditatem, si inuentarium sit nullum.

Post hæc adferunt autores negantes aditionem induci ex inuentarij confectione, Salyc. Alex. & Iasonẽ in d. l. ult. §. Sin autem hoc. C. de iure delib. in cons. 9. nu. 15. Frãcis. Marc. decis. 29. par. 1. Rol. à Valle, de cõfect. inuen. par. 3. §. Sed an per confectionem. Manticam de coniect. ult. uolunt. lib. 12. ti. 9. nu. 15.

Sed isti non loquuntur, quando aliquis, ut hæres inuentarium conficit, sed quando simpliciter describũtur hęreditariis bona ab hęrede, ut deliberet, an uelit B adire uel repudiare, quo in casu nemo est, qui dicat aditionem hęreditatis induci ex confectione inuentarij. Hoc enim in casu hæreditas adhuc repudiari potest, & inuentarium conficitur animo deliberandi, ut cognitis rebus hæreditarijs hęres deliberet, an uelit adire, uel repudiare. Sic enim statuit Imperator in d. l. ult. C. de iure delib. *Sin autem hoc aliquis fecerit, & inuentarium conscripserit (nec esse est enim omnimodo deliberantem inuentarium cum omni subtilitate facere) non liceat ei post tempus præstitum, si non recusauerit hæreditatem, sed adire maluerit, nostræ legis uti beneficio.*

Ad rem non pertinet tex. qui ab aliquibus adfertur in §. Sin autem dubius. Hæc indicare uolui, ut nostrorum hac in re non curantia proderetur. ut lector autores uideat, non semper referẽtibus fidem adhibeat: *Namque opere in longo fas est obrepere somnum. Omnium habere memoriam, & in nullo penitus errare, diuinitatis potius esse, quàm mortalitatis.* C

C A P V T LV.

Per cessionem, vel in solutum dationem bonorum, vel iurium hæreditatis, an hæreditas adita esse censeatur, si protestatur is, qui cedit, vel in solutum dat, se non animo adeundi cedere, vel in solutum dare.



Æres institutus si cedat iura hæreditaria, uel in solutum dat creditoribus, protestãs se non animo hęreditatem adeundi hęc facere controuersia est, an uideatur nihilominus adire. Affirmat uideri nihilominus adire hęreditatem, Socinus iunior in cons. 107. lib. 2. Eiusdem sententiæ malè citantur à Mascardo de Probationib. vol. 1. concl. 44. nu. 3. Rim. senior consil. D 346. nu. 17. lib. 7. & Anchar. in cons. 252. nu. 3. quia id non dicunt. Negat autem Alciat. hęreditatem aditam uideri hoc in casu, propter factam protestationem in cons. 344.

Fũdamentũ Alciati est, quia hoc operatur protestatio, ex qua animus colligitur. Hæreditatis. n. aditio ex animo pẽdet. Adfertur textus in l. Et si quis. §. Pleriq; ff. de religio. & sumptib. funer. ibi: *Tamen ne uel miscuisse se necessarij, uel cæteri gessisse se pro hærede uideantur, solent testari pietatis gratia se facere sepulturam,* &c.

Sed clarior & ad rẽ magis accõmodat⁹ est tex. in l. Pro hær. ff. de acq. hęr. ibi: *Et ideo solent testari liberi,* &c.

Et licet factum uideatur repugnare protestationi, tamen id nihil iuuat aditionem. argumẽto l. Qui aliena. §. Celsus. ff. de acq. hær.

Fũdamẽtũ Socini est: quia protestatio est cõtraria facto, & ideo factũ ipsũ cessionis, uidelicet & in solutũ dationis creditorib. factæ, inspici dẽt; & consequẽter

ter aditio hæreditatis induci, argumento l. Pro hærede. §. Papinianus. ff. de acquir. hæred. vbi filius qui se abstinuerat ab hæreditate patris, (Hoc proculdubio idem valet, quod protestatio) nihilominus adire censetur, recipiendo pecuniam à statu libero, qui hæredi dare damnatus erat.

Respondet ad l. Qui in alien. §. Celsus. distinctionē adhibendam esse inter actum, qui sit contrarius protestationi, vtrum ex sola voluntate protestantis pendeat, an verò cum alio geratur. Prioris casus exemplū est, si quis protestetur, se nolle adire hæreditatem, deinde adierit, tunc non inducitur aditio, & ita loquitur textus in d. §. Celsus. Posterioris autem casus exemplum est, cùm hæres soluit alteri, vel accipit solutionem: & tunc protestatio contraria non impedit ipsam aditionem hæreditatis. Pro cuius distinctionis confirmatione adferri possunt, quæ notantur a Mascardo d. volum. 1. de Probationibus, conclus. 47. numero 11. & 12.

Verùm Alciatus respondet ad l. Pro hærede. §. Papinian. textum illum accipiendum esse, de facto contrario protestationi, quod gestum est cum alio ignorāte, qui aliàs deceptus remansisset. Nā statuliber ille soluit filio tāquam hæredi, ignorans eum ab hæreditate abstinuisse, ideo ex solutione facta filius cēsetur adire. Potest enim etiam postea quàm se abstinuit nihilominus adire. l. vlt. C. de repud. hęred.

Ego puto Alciati sententiam uerissimam esse. Nam certum est, actus, qui alioqui ad hæredem pertinēt, & aditionem hęreditatis significant, non tamen eam inducere, quoties alio animo, quàm adeundæ hęreditatis facti sunt, quod ex protestatione colligitur, vt in l. Pro hęrede. ff. de acq. hęred. Etsi ergo cessio bonorum vel in solutum datio ex his actibus sint, qui ad heredē pertinent, & ideo immiationem hæreditatis significare videantur, & aditionem inducere: tamen protestatio facta efficit, ut aditio non inducatur. Potest. n. quis cedere, vel in solutum dare creditoribus bona hæreditaria, uel negocij hæreditatis gerendi causa, uel aliam ob causam. Nam si hæres, qui protestatur, ita faceret tanquam hęres, & nulla alia causa subesse posset, tunc voluntas ex ipso facto appareret adeundi hæreditatē, & proinde contrariam, quæ ex protestatione oritur, pręsumptionem tolleret. & in his terminis nec loquitur, nec intelligendus est Alciatus.

Quod verò in contrarium adfertur argumētum, ex l. Pro hęrede. §. Papinianus. nihil prorsus mouet. Nam nos loquimur, quando eodem tempore, quo actus geritur, is qui eum gerit, testatur se non animo hæreditatis adeundæ illum gerere. Operatur hęc protestatio, ut hęreditas non censeatur adita: quia aditio ex uoluntate pendet, & uoluntatem adeundi deesse, uerba protestationis ostendūt, quam ob rem actus aliam ob causam gestus fuisse iudicari dēt, siue ualidus sit, siue non sit ualidus. Sed Iurisconsultus in d. §. Papinian. loqu tur de eo, qui prius ab hęreditate patris se abstinuit, postea à statu libero pecuniam accepit, & tunc siquidē is iussus erat hęredi dare, uidetur filius hæreditatem adire; etsi. n. prius eam recusauerit, tamen licentiam habet, rebus paternis in eodem statu permanentibus nihilominus adire. l. ult. C. de repud. & abstin. hęred. Potest ergo coniectura sumi, quod filius hoc in casu pœnitentia ductus uoluerit adire hęreditatem, quandoquidem post abstēntionem pro hærede se gessit, recipiendo à statu libero pecuniam. At in specie nostra cōiectura ista locum habere non potest: quia eodem tempore, quo actus geritur conueniens aditioni hęreditatis, protestatio fit, quod non animo hęreditatem adeundi geratur, quę protestatio facit, ut hæreditas adita non uideatur. l. Pro hęrede. ff. de acquit. hęred. Atque ita sentio, salvo meliori iudicio.

A

CAPVT LVI.

Si filius asserat se aliqua bona patris defuncti possidere pro sua legitima, an videatur adiuisse hæreditatem sibi testamento relictam.

RECte docet Bartolus in l. Gerit. num. 22. ff. de acq. hæred. Filium asserentem se aliqua bona possidere pro sua legitima, adiuisse hæreditatem; quia legitima est pars hæreditatis, & non potest quis hæreditatis partem adire, & partem repudiare, l. 1. l. 2. ff. de acquir. hæred. & vnam portionem adeundo, omnes acquirit. l. Si salua, ff. eo. tit. Vnum casum excepit, quando filio vulgaris datus est substitutus, de quo disseremus in sequenti capite. Sententiam Bartoli secutus est ibidem Aret. col. 5. vers. Item adde. & multi alij à Ti-
B raquello citati, de iure primogenio. q. 35. num. 10. & q. 75. nu. 5. Et confirmari potest ea his, quæ nos suprà lib. 4. cap. 65. attulimus in ea controuersia, an filius possit legitimam portionem acceptare, & reliquam hæreditatem repudiare. Nam pendet huius rei definitio ab illius articuli definitione. Sic enim argumentari licet: Aditio hæreditatis inducitur ex actu, qui non potest fieri citra ius & nomen hæredis. l. Pro hærede, §. Papinianus, ff. de acq. hæred. Sed iste actus, nempe acceptationis legitimæ fieri non potest, nisi quis totam hæreditatem acceptet; quia legitima est pars hæreditatis, & hæreditas aut tota debet acceptari, aut tota repudiari, vt dictum est. Ergo in præsenti casu aditio hæreditatis inducitur.

Contrariā sententiam in hoc ipso articulo aditionis hæreditariæ nonnullorum autoritatibus adductis defendi posse scribit Menoch. de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. c. 1. num. 53. cuius argumentis respondendum
C est, & hæc addi poterūt ijs, quæ deduximus dicto lib. 4. cap. 65. Primum argumentum est ex eo, quod filius possit legitimam portionem acceptare, & hæreditatē repudiare; Consequenter non videtur hæreditatem adiuisse. Antecedens probat, quia filius est creditor legitimæ. Creditor autem potest repudiare hæreditatem debitoris saluo eius credito. Respondi huic argumento, suprà lib. 4. cap. 65. diuersam esse rationem legitimæ ab alijs creditis: quia legitima est pars hæreditatis, consequenter sola acceptari nō potest, reliqua parte repudiata. l. 1, & 2. ff. de acq. hæred. quod impedimētū nō habet locū in alijs creditis; & ideo nil mirum, si saluis alijs creditis repudiari pōt debitoris hæreditas.

Secundum argumentum est: Legitima differt ab hęreditate; est. n. pars bonorum, non autem pars hæreditatis; Ergo potest filius illam acceptare, & hæreditatē repudiare, sicut potest legatū quis acceptare & hæreditatē repudiare: quia legatum est diuersum ab hęredi-
D tate. l. Filio pater. de leg. 1. l. Cum responso. C. de legat.

Respondi aliàs, & repeto, legitimam esse trientem vel semissem hæreditatis, iuxta Nouellam de Triente & Semisse. & consequenter partem hæreditatis esse. Nec obstat, quod legitima intelligatur deducto ære alieno. l. Papinianus, §. Quarta, ff. de inoff. testa. Quia id pertinet ad quantitatem & supputationem ipsius legitimæ: neque enim intelligi potest quanta sit, nisi prius deducatur æs alienum. Sed alioqui debetur tanquam pars hæreditatis, & titulo hæreditario.

Non obstat id, quod replicatur, titulo hæreditario legitimam filio relinquendam fauore ipsius filij: Ideo quod fauore inductum est, non debet in odium retorqueri. l. Quod fauore, C. de legib. Nam legitima semper est triens vel semis hæreditatis, & secundùm legē titulo hæreditario, siue institutionis relinquenda est. Hoc ius est certum & generale, ideo non potest filius eius formam immutare, atque adeò efficere, vt non sit

A pars hæreditatis, vt non relinqui debeat titulo institutionis; & sic naturam legitimæ à lege constitutam immutare non potest: & licet possit in aliquo casu testamentum approbare, in quo legitima non titulo institutionis relicta sit, non efficiet tamen, quin ipsa legitima sit triens, vel semis ipsius hæreditatis: quia non est in potestate priuatorum legum sanctiones, & iuris formam pro libitu euertere. l. 3. ff. de Testam. Et in quæstione nostra ex facto proponitur, filiũ uelle legitimã acceptare, & hæreditatem repudiare: Ergo vult acceptare partẽ ipsius hæreditatis, nempe trientem, & reliquam partem repudiare. At hoc non põt, vt dictũ est.

Illud autem argumentum: Legitima propter inobedientiam uel propter non confectum inuentarium non perditur, & tamen perditur hæreditas. Auth. Hoc amplius, C. de fideicom. Auth. Sed cum testator, C. ad legem Falcid. Ergò legitima est quid diuersum ab hæreditate: ita refellitur; quia licet legitima sit pars hæreditatis, est tamen filio debita, & necessariò relinquẽda B titulo institutionis, atq; idem hoc singulari iure donata, vt nulli grauamini, nulli conditioni obnoxia esse queat: nullam ob causam auferri, nisi ea sit legitima & iure approbata. quæ singularia locũ non habent in reliqua hæreditate, ideo nil mirum uideri debet, si ea ex causis suprà relatis non amittatur: reliqua autem hæreditas amittitur.

Tertium argumentum, repudiatio & aditio hæreditatis eodem iure censentur, §. penult. Instit. de hære. qual. & diff. Sed repudians hæreditatem non dicitur repudiare legitimam; ergo ex contrario, receptans legitimam non uidetur adire hæreditatem.

Respondi aliàs & repeto negãdo argumenti assumptionem. Nec enim id probatur ex l. Si quando, §. Et generaliter, C. de inoff. testam. Nihil enim aliud dicit, nisi eum qui simpliciter agnouit, & approbauit defuncti iudicium, non idcirco prohiberi legitimæ repletionem petere. Minus iuuat illud argumentum. Dos C est ad instar seu loco legitimæ: Sed filia potest dotem retinere repudiata patris hæreditate. l. vlt. ff. de collat. dotis ergo similiter & filius legitimã retinere poterit hæreditate repudiata. Respondeo enim in hoc esse discrimen inter dotem & legitimam, (quod attinet ad rem nostrã) quoniã legitima est triens, & sic pars hæreditatis, & dos non est pars hæreditatis sed debitũ, quo pater viuens obstringitur. Tenetur. n. filię dotem dare. l. Qui liberos, ff. de ritu nupt. l. vlt. C. de dotis promiss.

Quartum argumentũ. Filius in legitima grauari nõ potest. l. Quoniam in priorib. C. de inoff. testam. Sed si diceremus filium non posse hęreditatem repudiare, & legitimã retinere, grauaretur in ea ipsa legitima, quia contra suam voluntatem cogeretur acceptare hæreditatem. Est enim onus, cogi aliquid facere contra propriam voluntatem; Ergo dicendum est filium posse hęreditatem repudiare, & legitimam retinere.

Respondi aliàs, & confirmo, id non esse grauamen legitimæ adiectum ab homine, sed iuris hanc esse formam, ut quis non possit partem hæreditatis retinere, & partem repudiare; legitima autem est pars hæredi- D tatis. Nulla ratio eiusmodi oneris habenda est, quia id ex iuris forma procedit. Sicuti nemo dixerit grauamẽ adiectum esse legitimæ eam ob causam, quod non aliter debeatur, quàm si filius erga parentes ingratus nõ extiterit. Hoc enim summa ratione iure constitutum est, vt filij ob iustas ingratitudinis causas exhæredari à parentibus possint, ut in Nouella. Vt cum de appell. cognosc. §. Aliud. Iuris igitur forma non continet iniuriam, sed obseruari debet.

Quintum argumentum. Legitima debetur iure naturali, sed ius naturale perimi non potest iure ciuili; ergo legitima non potest auferri per non aditionem hæreditatis, qui actus iuris ciuilis est: ex quo sequitur legitimam retineri posse repudiata hæreditate.

A Respondeo, legitimam non posse auferri iure ciuili ex causa iusta. etenim si absolutè auferri non posset, non liceret parentibus filios exhæredare etiam ob iustas ingratitudinis causas: Id enim iure ciuili constitutum est: & tamen id nemo dixerit. Hæc est autem iusta causa, quando filius reliquam repudiat hęreditatẽ; sic enim partem hæreditatis acceptaret, & partẽ repudiaret. quod fieri non licet, iustissimas ob causas; ne quis pro parte testatus, & pro parte intestatus moriatur; quod repugnat iuris regulis: ne pro parte hæredẽ habeat, pro parte non habeat, quod rationi repugnat, & multa continet incommoda, & absurda.

CAPVT LVII.

Possitne filius in re propria grauatus legitimam portionem retinere, & reliquam hæreditatem repudiare, si substitutum habeat vulgarem?

B PApinianus ita scribit: si libertus patrono hærede instituto ab eo petierit, ut seruũ manumittat, vel vt decẽ alicui det, *si substitutum habebit, æquè decreti remedium poterit procedere, ut accepta debita portione, cætera pars ad substitutum perueniat.* l. Si libertus patrono, ff. de bonis libert.

Huius legis autoritate communiori Doctorum sententia receptum est, filium, cui datus est vulgaris substitutus, hæredem institutum repudiare posse hæreditatem, & legitimam retinere, si legato rei propriæ grauatus sit. Nam si ita respondit Papinian. in patrono, cui legitima portio in bonis liberti debetur, id multò magis recipiendum videtur in filio cuius causa est longè fauorabilior, Bartol. in l. Gerit. nu. 23. ff. de acquir. hęred. Paulus Castren. & Alexand. in l. 3. C. de impub. & C alijs substitut. Iason ibid. nu. 152. Couuar. in c. Raynuc. §. 11. num. 11. de testam. Menochius de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. c. 1. nu. 69. Alexand. Trentacinq. de substitut. parte 1. cap. 10. num. 27.

Istis ego non assentior, quia aut filius hæres institutus, est in legitima grauatus, quia non habet integram legitimam; aut quia onus aliquod & grauamen seu conditio ei est adiecta: Priore casu testamentum impugnare non potest, sed repletionem petere. l. Omnimodo, C. de inoff. testamen. Posteriori casu grauamen seu conditio adiecta non valet, & pro non scripta habetur, l. Quoniam in prioribus, C. eod. tit. Cùm testamentum impugnare non possit, non uidetur etiam ei licere legitimam retinere, & reliquam hæreditatem repudiare: Quoniam, vt dictum est in præcedenti capite, nemo potest partem hæreditatis adire, partem repudiare. l. 1. & 2. ff. de acqui. hæred. Nec refert siue substitutũ habeat, siue non habeat, l. Si solus, ff. eo. tit.

Non erant hæc in legitima patroni ita constituta Papiniani tempore, ideo nil mirum, si patronus sic grauatus repudiata hæreditate legitimam portionem retinere potuerit. quod sanè nec Bartol. ignorauit. D Sic enim scribit in l. Excusatus, ff. si quis omissa causa testam. *Si aliquis est grauatus in legitima, habet iustam causam omittendi. Hodie ista non esset iusta excusatio, quia de debita portione subducitur omne grauamen, tam in patrono, quàm in liberto.*

Sed non solus uideor communi sententiæ aduersari, autores habeo Salicetum in l. Quoniam in prioribus, C. de inoff. testamen. & Ancharanum in consi. 312. incipiente: Ex sola vulgari. Verba quin adscribam facere non possum, etsi paulò rudiora: *Sed salua semper saniori iudicio credo, quod grauamen in legitima non potest prætendi, si in reliqua portione hæreditatis, in qua est filius institutus, dato substituto, non allegetur grauamen, nec est ista causa iusta rũpẽdi iuris regulas, nec õe nouissimæ leges, q̃ de nouo ius agẽdi ad supplementũ introduxerũt;*

hoc

hoc, sed oppositum voluerunt, dum tam filijs quàm etiam testamentis, & voluntatibus testatorum subuenire voluerunt. ut patet in l. Quoniam in prioribus. & in l. Omnimodo. C. de inoff. testam. secundum enim illas leges grauamen succedendi est, & filius remanere debet hæres, ut testator disposuit, ut sic tam testatori, quàm filio consulatur, & hac cognito: an filius sit grauatus in legitima nec ne, est iudicis, non ipsius filij. Nam oportet ad hoc eum agere. Si enim deductis legatis & alijs oneribus, legitima non superest, iudex eam supplere debet. Si verò superest legitima, & etiam forte multũ vltra, non credo filium posse legitimam retinere, & illud repudiare, & substituto locum facere: quia ille concursus instituti, & substituti, & partem adire, & partem repudiare, est contra iuris regulas. Non obstat l. Si libertus patronus. ff. de bonis libertor. Nam illum casum specialem in legitima patroni non traham ad legitimam filij. l. Quod contra. ff. de legibus. Vel secundum illam legem ius agendi od supplementum, & submouendi omne grauamen de legitima, non erat cognitum. Ideo fortè illa lex non haberet locum in patrono, & multò minus in filio, cui est plenè consultum per l. Omnimodo. & hoc sentit expressè Bartol. in l. Excusatus. ff. si quis omissa causa testament. Hactenus Ancharanus.

CAPVT. LVIII.

Bonorum possessionem an agnouisse præsumatur ille, qui possessoriam hæreditatis petitionem contra bonorum occupatores instituit?

INter veteres ac nouos interpretes, qui commentaria scripserunt in Rub. C. qui admitti, &c. controuersia agitata est, de eo, qui possessoriam hæreditatis petitionem instituit, an uideatur bonorum possessionem agnouisse, prout requiritur. Et post eos iterum hæc res in examen uocata est a Mantica de Coniecturis ultimar. volunt. lib. 12. tit. 15. & à Menochio de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 103. Controuersia inde orta est, quod olim causa cognita & decreto Prætoris interueniente agnoscenda erat bonor. possess. l. 3. §. Si causa cognita. ff. de bonor. possess. Nunc uerò qualiscunque testatio amplectendæ hæreditatis apud quemcũque iudicem sufficit ex lege Constãtini, quæ est l. ult. C. qui admitti. Est igitur in eo controuersia posita, an ex eo, quod quis in iudicio possessoriam hæreditatis petitionem mouet, uideatur bonorum possessionem agnoscere. Et mihi eorum sententia magis probatur, qui dixerũt uideri. Nam procul dubio is, qui agit in iudicio, & bona ipsa uindicat, satis declarat se bonorum possessionem agnoscere, atque hæc uidetur esse sufficiens *testatio amplectendæ hæreditatis*. Neque enim aliqua uerborum solennitas ad hoc est necessaria, neque etiã decretum iudicis est necessarium, ut aliàs disputatum est; quia Constantinus *inanium verborum* sustulit *captiones* & hoc *obseruari* decreuit, *vt qualiscunq; testatio amplectendæ hæreditatis ostendatur*, illaque sufficiat loco antiquæ solennitatis. Si ergo qualiscũque sufficit testatio, rectè infertur, & hanc, qua de agitur, sufficere.

Responderi solet specificam expressionem (ita. n. loquuntur) requiri, & præterea Prætoris consensum. Et ideo non induci agnitionem ex possessoria hæreditatis petitione instituta: neq; enim specificam id expressionem continet, neque iudicis decretum.

Sed replicari potest, specificam illam non requiri expressionem. id. n. meritò negari potest, cum ex Constantini lege sufficiat qualiscunq; testatio, hoc est, declaratio amplectendæ hæreditatis. Hæc autem est aliqua declaratio amplectendæ hæreditatis. Nam qui possessoriam hæreditatis petitionem mouet, sine dubio agnoscit bonorum sibi delatam possessionem, & satis apertè declarat, se illam amplecti. Id confirmari potest ex responso Papiniani in l. Cùm quidam. ff. de bo-

A nor. possess. in illis uerbis: *Attamẽ, quia hoc proposito accusationem instituit, vt ius suum sibi seruet: agnouisse successionem non immeritò videbitur.*

Quod uerò dicitur, decretum iudicis esse necessarium, nequaquã defendi posse, multis rationibus a nobis supra disputatum est, & ostensum lib. 5. c. 74.

At, inquiunt contrariæ sententię autores: Bonorum possessionis agnitio iudicis præsentiam requirit, quod patet ex d. l. ult. C. qui admitti. ibi: *apud quemlibet iudicem, &c.* Ergo requirit & intelligentiam. l. Coram. ff. de uerborum signific. Non intelligit autem iudex actorem uelle bonorum possessionem agnoscere, sed iam agnouisse præsupponit, quandoquidem actionem instituit.

Respõdeo, imò iudicem optimè intelligere ipsum actorem agnoscere, quæ enim clarior amplectendę hęreditatis contestatio esse potest, quàm illius, qui bona ipsa hæreditaria uindicat eo nomine, quòd ei delata

B sit ipsa bonorum possessio? Ea uindicatio includit animum agnoscendæ possessionis tunc esse, utrum prius fuerit, incertum est: quid enim prohibet, quominus tunc primum, cum possessio uindicatur, animus agnoscendi detegatur?

CAPVT LIX.

Bonorum possessio an intra statuta a legibus tempora agnita fuisse præsumatur?

MAxima est controuersia, utrum, si constet agnitam fuisse bonorum possessionẽ ab eo, cui delata est, præsumatur fuisse agnita intra tempora legibus constituta ad agnoscendam bonorum possessionem. Nam multi affirmant, multi negant. Alij alijs atque alijs distinctionibus utuntur, ut uidere licet ex antiquis

C & nouis Doctoribus, qui commentati sunt in Rub. C. qui admitti. & nouissimè ex Mantica de coniecturis vlt. volunt. lib. 12. tit. 15. num. 13. & Menochio de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 104.

Non animaduerti ego aliqua lege hunc iuris articulum decidi posse, quanquàm multa uariaque hinc inde proferantur argumenta. Hoc. n. duntaxat legib. decisum est, agnoscendam esse bonorum possessionẽ intra tempora statuta. l. vlt. C. Qui admitti. quod ad decisionem huius articuli nõ rectè trahitur, quemadmodum nec illa verba Iustiniani trahi possunt in §. vltim. in Inst. de bono. possess. *Sed quocunque modo admittentis eam iudicium (intra statuta tamen tempora) ostenderit, plenum habeat earum beneficium.*

Horum enim verborum eadem est sententia, quæ Constantini in d. l. vltim. C. qui admitti. *Qualiscunque testatio amplectendæ hæreditatis ostendatur statutis prisco iure temporibus coarctanda, &c.*

D Sed non est hoc punctum, de quo disputatur: Quod enim intra statuta tempora sit agnoscenda bonorum possessio, ex his testimonijs satis constat; Vtrum verò præsumatur agnita intra constituta tempora nostra, hæc disputatio quærit.

Ex generalibus ergo iuris regulis & præceptis petẽda est decisio. Prior regula sit hæc. Si agnoscens bonorum possessionem bona ipsa teneat atq; possideat, & ab alio conueniatur negante fuisse agnitam cõstituto tpe, iste negans probare dẽr, & donec id probauerit, præsumendum erit agnitam fuisse tempore constituto. Hæc regula probatur ex eo, quòd pro possessore præsumitur. §. Commodum. Instit. de interd. l. vlt. C. de rei vind. c. Ex literis. de prob. l. 2. ff. vti possid. l. 1. §. s. ff. Si pars hæred. petatur.

Secunda regula: Si non possideat, Sed tamẽ ipsa bonorũ possessio iudice præsente, & suã interponẽte autoritatẽ agnita sit (quanquam. n. necessarium nõ sit iu-

dicis decretū, nihil tñ prohibet quo minus intercedat) tunc præsumetur agnita tempore legibus constituto: quia præsumitur iudex rectè & ritè processisse. l. 2. C. de off. ciui. iud. c. Abbate de verb. sig.

Tertia regula: Si is, cui delata est bonorum possessio non ignorauerit sibi delatam esse, ex morte eius, cuius de hæreditate agitur, non erit difficile intelligere, an intra tempora legibus constituta fuerit agnita necne. Nam dies delatæ bonorum possessionis spectabitur, & agnitionis factæ: & ex his facilè cognosci id poterit, ac proinde nullus disceptationi locus esse poterit.

Quarta regula: Si is, cui delata est bonorum possessio, ignorauerit eam sibi delatam, eamque agnouerit, aduersario dicenti non fuisse agnitam in tempore, probatio incumbet. Nam tempus ad agnoscendam bonorum possessionem non currit, nisi ex die scientiæ. l. 2. l. Quamdiu. C. Qui admitti. Cùm ergo ignorauit delatam esse, non potest in dubium vocari, an tempore cōstituto agnouerit, nisi probetur ex die scientiæ lapsum esse legitimum tempus, intra quod agnita non fuerit.

Quinta regula: Si non constet, vtrum is, cui delata est bonorum possessio, scierit, vel ignorauerit sibi delatam, in dubio præsumitur ignorantia. l. vlt. ff. pro suo. l. Verius. ff. de probatio. c. Ignorantia. de reg. iuris, lib. 6. nisi probetur scientia, quæ facilè probabitur, si mors in eadem Ciuitate contigit, publicè omnibus cognita, si is, cui delata est bonorum possessio, fuit præsens, & ab intestato delata sit: sicut, econtrariò, si fuerit absens, vel ex testamēto delata sit, & fortè sit extraneus, ignorantiæ præsumptio erit. Verùm hæc ex varijs causarum figuris & circumstantijs variè definiri poterūt.

Alia multa ex Mantica & Menochio adferri possūt locis annotatis; sed cùm ea non expenderim, consultius fore putaui, ad eos Lectorem remittere his paucis, quæ ad principalem controuersiam pertinent, & iuris regulis uidentur mihi consentanea, contentus.

CAPVT LX.

Si quis dixerit; Credo hanc hæreditatem esse respuendam, & mihi non expedire, *an repudiata censeatur post trium mensium lapsum?*

SI hæres institutus non repudiauit, neque adiuit hæreditatem, sed dixit eam respuēdam credo, uel sibi non expedire, hæc uerba cùm concursu trium mensium inducūt repudiationem, ita docet Bartolus in l. ult. §. Cum igitur. nu. 1. C. de iure deliber. & in l. Si quis suus. nu. 8. ff. eod. tit. Sequitur Paulus Castrensis in d. §. Cùm igitur. nu. 9. & in l. Qui se patris. nu. 2. C. unde liberi. Mantica de coniecturis ultimar. uoluntatum, lib. 12. tit. 14. nu. 20. & alij, quos commemorat Menochius de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 102. nu. 7.

Sed non placuit hæc sententia Iasoni in d. l. Qui se patris. nu. 41. uers. Secundò limitat. nec Decio ibidem nu. 18. nec alijs, quorum facit mentionem Mascardus de Probationib. uol. 2. concl. 853. nu. 16. 17. Nec mihi quoque placet, nisi verba sint talia, quæ per se repudiationem inducant, iuxta ea, quæ disseruimus suprà hoc eod. lib. cap.

Nam fundamentum, quo prior nititur sententia, valdè est infirmum: Est enim positum in l. vlt. §. Similique modo. C. de iure delib. *Similique modo* (inquit Iustinianus) *si non titubante animo respuendam, vel abstinendā esse crediderit hæreditatem, & apertissimè intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit, scriptum se esse, vel vocatum hæredem, renunciet, nullo nec inuentario faciendo, nec alio circuitu expectando, sit alienus ab eiusmodi hæreditate, siue onerosa, siue lucrosa sit.*

Hæc est Iustiniani sententia: quia hæres intra spatium trium mensium, ex quo scit hæreditatem sibi de-

A latam esse, inuentarium facere tenetur, si intra illud tēpus apertissimè hæreditati renunciauerit; quia non titubante animo, sed deliberato & firmo crediderit non sibi expedire, vt eam agnoscat, & adeat, & ideo abstinendam vel repudiandam esse: tunc alienus erit ab eiusmodi hæreditate, siue damnosa, siue lucrosa sit. nec erit opus, vt inuentarium faciat, vel quid aliud expectetur; quia scilicet manifestum est eum nolle hæreditatem adire, & ei renunciase.

Hoc in loco spatium trium mensium nihil operatur, sed apertissima renunciatio eius, cui delata est hæreditas, totum facit, quamobrem, vt dixi, si renunciatio ex verbis, aut factis non appareat, non puto aliquid ad eam inducendam valere lapsum trium mensium.

Nec obstat, si dicatur aliquid valere lapsum trium mensium, quia illud tempus datur ad conficiendū inuentarium: Et ideo, si hæres illud non conficiat, videtur significare, se non habere animum hæreditatem a-

B deundi, præsertim cùm dixit illa verba, *sibi eam non expedire; Eam abstinendam siue respuendam credere.* Nam respondeo, si hæc verba dixerit is, cui delata est hæreditas, quia *non titubante animo*, sed certo ac firmo decreuerit abstinere, vel repudiare, sicut loquitur textus, nō tamen eam repudiauerit, vel abstinuerit *apertissimè*, tunc nihil profuturum esse lapsum trium mensium: Ex eo enim lapsu temporis excludetur quidem hæres à beneficijs inuentarij, quia illud non confecit: sed nō propterea ab hæreditate excludetur. Neq; enim ideo minus hæres esse, & hæreditatem adire aliquis potest, quoniam inuentarium facere neglexit. Etsi enim ab initio dubitauerit, an esset adeunda, & proclinis esset ad eam respuendam, vel abstinendam; quia tamen postea non renunciauit, præsumi potest velle deliberare, iuxta l. Cùm antiquioribus. C. de iure delib.

Et ideo nequaquam eorum sententiam probo, qui hoc in casu, quo labitur trimestre spatium, hærede nō

C apertè renunciante, existimant eum adiuisse hæreditatem. Cur enim hanc coniecturam capiunt repugnantem priori eius cōtestationi, cùm alia capi possit huic negotio magis accommodata, vt videlicet, si non perspicua sit repudiatio ex priori contestatione, uel aliàs postea intra trium mensium spatium eum, cui delata sit hæreditas, credatur uelle deliberare, cùm possis cōstitutionis beneficium inuentario non confecto intra statuta tempora negligere, & ad deliberationis auxiliū conuolare: d. l. ult. §. Sin autem hoc aliquis fecerit. C. de iure delib. ibi: *Cùm enim geminis vtantur exemptis sint, vnus quidem ex antiquioribus, qui deliberationem dedit: alter autem rudis, & nouus à nostro numine repertus, per quem adeuntes sint damno conseruantur: Electionem ei damus, uel nostram constitutionem eligere, & beneficium eius sentire: uel si eam aspernandam existimauerit, & ad deliberationis auxilium conuolauerit, eius effectum habere.*

D

CAPVT LXI.

Repudiatio hæreditatis an inducatur ex eo, quod is, cui delata est, verbis futurum tempus significantibus testetur se nolle adire.

VNum restat de repudiatione controuersum: Sitne repudiatio hæreditatis inducenda ex uerbis futurum tempus denotantibus, puta si is, cui delata est hæreditas, dicat; *Non adibo, Profiteor me non aditurum.* Affirmant induci repudiationem Baldus in l. Qui se patris. nu. 12. C. unde lib. nec non ibidem Salycetus & Alexand. num. 6. uersic. Tertiò fallit. Mantica de Coniecturis ult. uolunt. lib. 12. tit. 14. nu. 21. Menoch. de Præsump. lib. 4. Præsumpt. 102. nu. 9. Negant Iason in d. l. Qui se patris, post n. 41. uers. Quarto mirabiliter. Decius post nu. 18. & quidā alij à Mascardo relati de Probationibus, vol. 2. concl.

853. ubi

853. vbi quandam distinctionem adhibet ad concilian das opiniones ex Benedicto Plumbino.

Sed certè hac in re distinctione opus non est, quoniam satis plana est & perspicua. Etenim constat inter omnes, recusari hæreditatem posse verbis, & quocunque indicio voluntatis, l. Recusari, ff. de acq. hære. sed quænam sunt uerba magis apta illis: Non adibo, & fateor me non aditurum? His verbis usi sunt ad declarandam hæreditatis repudiationem Iurisconsulti, vt in l. 1. ff. de Curatore bonis dando, & in l. Vnius, §. 1. ff. Quibus ex cau. in possess. eatur. Vnde non obstat, quod respondere solet, hæredi statutum fuisse tempus ad repudiandum, uel adeundum in casibus, de quibus Iurisconsulti responderunt; quia unum hoc perpendo, usos eos fuisse uerbis illis, & ita interpretatos, ut repudiandi animum significent.

Quod uerò Iason attulit, non tam ad impugnandá hanc sententiam pertinet, quàm ad ostendendum nullam esse discrimen inter uerba præsentis & futuri temporis. Quod etsi concedi posse nó dubitem; quoniam illa uerba, *nolo adire*, mihi repudiandi animum significant, ut superius explicaui, tamen non idem omnibus uidetur, & leges ab Iasone citatæ nihil eum iuuant; quoniam in eo casu loquuntur, quo certum esse præsupponitur, hæredem animum repudiandi habere, & Decius Iasoni parum æquus non reticuit.

C A P V T LXII.

Vtrum pater feudum vni ex filijs prælegare possit?

VTrum pater prælegare uni ex filijs feudum possit, uariæ ac dissidentes sunt Doctorū sententiæ, ut uidere licet ex Curtio iuniore de feudis in quarta par. Tiraquello de retractu consanguin. §. 11. Glos. 6. nu. 23. Claro in §. Feudum q. 40.

Prima est sententia; patrem posse feudum prælegare uni ex filijs, ita respondit Paulus Castrens. in cons. 179 incipien. In causa, quam Magnificus, li. 1. qui mul tos habuit sequaces. Fundamentum eius est, quia valet argumentum ex similib. l. Non possunt, ff. de legibus. Sunt autem multi casus similes, in quib. pater potest uni ex filijs aliquid prælegare. Nam lucra nuptialia tenetur mater reseruare filijs primi matrimonij: & tamen unum ex eis potest eligere, & alios excludere, l. 2. C. de secund. nupt. Et licet illa lex Nouella Iustiniani sublata sit, tamen ratio illius sublata non est.

Secundò, ius patronatus descendit in omnes liberos æqualiter, l. Vt iurisiurandi, §. Si liberi, ff. de operis liberto. tamen potest vni ex filijs assignari, alijs exclusis, l. 1. ff. de assign. liber.

Tertiò, si quis rogatus sit aliquid familiæ relinquere, potest unum solú ex familia eligere, cui relinquat, l. Vnum ex familia. de leg. 2.

Quartò, licet quis receperit emphyteusim pro se & liberis suis, pót tń vnum eligere ex eis, cui relinquat, cæteris exclusis, ut docet Speculator tit. de locato. q. 78.

Sic ergo & de feudo respondendum, licet teneatur pater illud omnibus filijs reseruare, pro quibus fuit cō cessum. Poterit tamen illud vni prælegare.

Nec obstat, si dicatur non esse permissum, vt quis de feudo testetur, ut in c. 1. de success. feudi. Quoniá id intelligendum est, quando in extraneos quis testari vellet, & extraneis feudum legare: nó autem si liberis relinquere velit, præsertim si hoc faceret propter publicam vtilitatem, ut puta, si feudum iurisdictioné haberet annexam. Expedit enim, vt uni tantùm assignetur: quia melius per unum, quàm per multos iurisdictio administratur.

Cæterum hoc fundamentum Pauli Castrensis faci

A lè destruitur. In primis tex. in ca. 1. de success. feudi. excludit interpretationem, quam ipse adfert. Sic enim ait: *Si quis igitur decesserit filijs & filiabus superstitibus, succedunt tantum filij æqualiter, vel nepotes ex filio, loco sui patris, nulla ordinatione defuncti in feudo manēte vel valente.*

Illa verba textus: *Nulla ordinatione*, excludunt omnem ordinationem: sunt enim generalia. Et quoniam in præcedentibus verbis dictum est, filios æqualiter in feudo succedere, & statim subiecta est illa clausula: *Nulla ordinatione*, &c. satis apertè colligitur non valere ullam defuncti ordinationem, per quam filij non æqualiter succederent.

Deinde, quod attinet ad l. 2. C. de secund. nupr. illa est prorsus sublata ex Iustiniani Nouella 2. & 22. Quare, vt maximè olim ex ea liceret argumentum sumere, quod uni ex filijs pater feudum prælegare possit, exemplo matris, quæ lucra nuptialia uni ex filijs poterat relinquere: hoc tamen argumentum non potest amplius

B adferri; quoniam matri ius illud eligendi unum ex filijs ademptum est.

Denique, argumentum ex iure patronatus ideo nó obstat; quia de eo testari pater prohibitus non est, sicut de feudo, imò testamento assignare libertum potest, l. Testamento, ff. de assign. lib. Similiter nec ille, qui aliquid familiæ rogatus est relinquere. Quod verò adfertur ex Speculatore de emphyteusi argumentum, non magni ponderis est; tum quia controuersia est illa Speculatoris sententia; tum quia in emphyteusi talem prohibitionem testandi non habemus.

Solet à nonnullis & hoc argumentum adferri, quòd si pater uni ex filijs feudum prælegauerit, ideo consistat legatum; quia non potest alter filius patris uoluntatem impugnare, cùm sit hæres, l. Ex qua persona. De reg. iur. l. Cum à matre. C. de rei vind. Sed facilè refellitur hoc argumentum. Etenim non est filius, qui hoc in casu patris uoluntatem impugnet, sed est lex, quæ pro

C hibet patrem testari, & consequenter feudum ipsum prælegare. Ita quoque nemo diceret, hæredem obligatum esse ad legata præstanda, quæ secundùm legem nullius sunt momenti, vt in §. Non solùm. in Institu. de legatis: & tamen, quia defuncti uoluntatem impugnare hæres non potest, dicendum esset, teneri ad ea legata præstanda, quòd est absurdum.

Secunda est opinio, distinguendum esse inter feudum antiquum & nouum, uidelicet à patre ipso quæsitum: vt si de feudo antiquo agatur, illud pater uni ex filijs prælegare non possit; si uerò de nouo feudo agatur, possit. Autores huius sententiæ putantur fuisse, Andreas Isernia in c. 1. de aliena. feud. Andreas Siculus in cons. inserto inter consil. Alexandri 4. lib. consil. 55. nu. 58. 59. & eam secutus est Clarus d. §. Feudum, qu. 40. & multi alij à Tiraquello citati loco annotato.

Fundamentum est, quia in feudo antiquo non potest pater filijs præiudicare, quibus est ius quæsitum ex

D antiqua concessione à domino facta, c. 1. de aliena. feudi paterni. Cæterùm in feudo nouo, quod ipse pater acquisiuit, potest, argumēto l. 3. ff. de seruis exportan. & d. c. 1. de aliena. feudi. pater à contrario sensu.

Sed hæc sententia haud difficulter refutari potest, Quoniam dato, quod pater uiuens alienando præiudicare possit filijs suis in feudo nouo, non tamen sequitur eum posse testando præiudicare: quia alienatio feudi cum consensu domini ualet, sed testamentaria dispositio de feudo non ualet.

Tertia est opinio, distinguendum esse inter feudum hæreditarium, & non hæreditarium. Nam, si sit hæreditarium, ut puta concessum pro quibuscunque hæredibus, etiā extraneis, uidetur patri licere illud uni prælegare; secus, si non sit hæreditarium. Ita post alios Alexander respondit in cons. 28. col. vlt. lib. 5. & Curtius iunior hanc secutus est sententiam loco suprà citato, nec non etiam Clarus. Et fundamentum est, quia

tale

A tale feudum transitc potest ad quemcunque extraneum; ergò multò magis ad filium. Item, quia non trãsit ad filios, nisi sint hæredes patris? Ergo nou licebit eis impugnare defuncti testamentum ac voluntatem. argum.l.Cum à matre.C.de rei vindic.

Sed hæc sententia uon est recipienda propter duas causas. Prima est, quod cùm disputamus, an feudũ possit vni à patre prælegari, id de feudo proprio accipiendum videtur. Illud autem est impropriè feudum, quod transit ad extraneos hæredes. Deinde, quia etiam in eiusmodi feudo improprio locum habet generalis prohibitio testandi, & ratio illius, vt ex sequentibus patebit. Et quod dicitur, filium hæredem patris impugnare non posse eius voluntatem, refutatur ex his, quæ superius dicta sunt.

Quarta igitur sententia docet, patri non licere feudum vni ex filijs prælegare, quæ mihi verissima videtur. Et est communis sententia, teste Zasio de feudis in B 8.part.in 3.particu.vers.Et hanc partem. multi eam secuti sunt, quos loco annotato Tiraquellus commemorat. ego addo Iacobum Cuiacium in commentarijs ad lib.4.feudor.tit.54.

Probatur multis argumentis. Primò, quia nulla defuncti ordinatio in feudo valet, ut in c.1.de success. feudi. ergo nec illa ualebit, qua uni ex filijs feudum prælegauerit.

Secundò. Nam patris ius omne, quod habet in feudo, morte eius extinguitur, & alijs defertur, qui ex concessione uocati sunt. Nemo autem legare potest ius, quod morte sua periturũ est.l.Vxor patrui.C.de legat.

Tertiò, nam si posset uasallus de feudo testari, & feudum legare, illud alienare, & in alium transferre posset absque domini consensu, quod legibus feudorũ repugnat.c.1.de prohib.feudi alienat.per Fridericum. Nec dicatur posse adhiberi domini consensum: *Nam satis constanter veteres decreuerunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.* l. C Illa institutio.ff.de hæred.instituend.

Quartò, omnes filij æqualiter in feudo succedunt.c.1.de success.feudi.ergo non licet patri aliter disponendo efficere, ut unus tantùm succedat.argumento Nouellę a.& Nouellę 22.

Si dicatur etiam in alijs rebus idem constitutum esse, ut æqualiter liberi ab intestato parentibus succedãt, & tamen licet ipsis parentibus plus uni legare, quàm alteri.l.Parentibus.C.de inoff.testament. Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam in alijs rebus permissum est parentibus testamentum condere. At in feudis permissum non est. Deinde in alijs rebus ius filijs non competit excepta legitima portione, at in feudo ius competit ex concessione domini, qui post mortem patris liberos ad feudum inuitauit. Quod si proponas patri duntaxat feudum concessum fuisse, non etiam D eius liberis, tunc res erit magis perspicua, quod pater non possit feudum uni prælegare; quoniam ius quod habet, morte ipsius perimitur, & filijs defertur non tanquam à patre transmissum, sicut cętera iura transmittuntur ad hæredem; sed tanquam à lege delatum ipsis filijs, non tanquam patris hęredibus; sed tanquam filijs.

Hæc postrema ratio locum non habet in feudo hæreditario; sed tamen in eo sufficere possunt aliæ rationes, pręsertim, quia de feudo proprio disputatio accipienda est, non de eo, quod propriam feudi naturam non habet, quale est illud, de quo loquitur tex.in cap.1. tit.de feudo non habente propriam naturam feudi. & si qui alij sunt similes.

CAPVT LXIIII.

Pater an prælegare possit emphyteusim vni ex filijs suis.

Parer emphyteusim stipulatus est sibi suisq; liberis, vtrum eam testamento prælegare vni ex liberis possit? Negat Bartolus ad l. Vt iurisiurandi.§. Si liberi.ff.de operis libertor. Affirmat Io.Imolẽsis in c. Potuit, nu.68.de locato. Vtrique non desunt adstipulatores, vt videre licet ex Curtio iuniore de feudis in 4. par.post nu.132. Vers.Subijcit tamen. Claro.in §.Emphyteusis,q.16. Couuar.variar.resol.lib.2.cap.18.nu.2.

Fundamentum Bartoli est primo in c. 1. de success. feudi, ibi: *Nulla ordinatione defuncti in feudo tenente vel valente*. Idem igitur & in emphyteusi. Secundò, quia filijs ius quęsitum est omnib. æqualiter ex stipulatione patris, ergo non potest eis auferri.arg.l. Si cum pater. §.Si pater.ff.sol.mat.l.Id quod nostrum. de reg.iur.

Fundamentum Imolensis est; quia filijs ius acquisitum est beneficio patris, ergo pater auferre potest.arg. l.3.ff.de seruis exportand. l. Qui Romæ. §. Flauius. ff. de verb.oblig.cum ibi notatis a Bartolo.

Deinde, quia pater dum acquirit filijs suis aliquid, videtur illis donare.l.Filię.C.fam.hercisc.sed donatio reuocari potest, vt ibi dicitur. Videtur autem reuocari ex eo, quod pater vni prælegauit, quia ex eo apparet patrem nolle, vt alij habeant. Ergo prælegatum valet. Addi potest emphyteusim alienari posse, & in alios trãsferri.l.3.C.de iure emphyt.§. Adeò.in Instit.de locat. Ergo & legari poterit.

Ego puto Bartoli sententiam veriorem esse, & moueor hoc argumento; Quoties pater filio stipulatur in tempus, quo sui iuris est, actio ipsi filio acquiritur. l. Non quodcunque.45.§.si quis ita.ff.de verb.oblig. Vlpianus; *Si quis ita stipulatus, post mortem in eam filiæ meæ dari. vel ita: post mortem filiæ meæ mihi dari, vtiliter erit stipulatus: sed primo casu filiæ vtilis actio competit, licet hæres ei non existat*. Dicitur autem vtilis actio competere, & non directa: quia nemo alteri stipulari potest, tamen hoc in casu valet stipulatio, quia pater est, qui filio stipulatur: sed quia refertur stipulatio in tẽpus, quo sui iuris est, videtur idem, ac si extraneo vel emancipato stipuletur, ideo non oritur directa actio, sed vtilis.

Sed in præsenti casu pater filijs suis stipulatur in tẽpus, cum erunt sui iuris effecti: nimirum post mortem ipsius patris: quia emphyteusis hoc modo cõcessa, intelligitur concessa primum patri, & eo mortuo filijs: ergo post mortem patris actio filijs acquiritur.

Hoc ita posito sic argumentor: Emphyteusis post mortem patris ad filios spectat æqualiter, quia ęqualiter omnib. pater acquisiuit & stipulatus est. Ergo non licet patri eam vni eorum prælegare.

Probo consequentiam. Nam si filijs omnibus emphyteusis acquiritur post mortem patris: ergo patris ius morte finitur. Sed quando aliquis legat rem aliquã in qua ius habet, sed illud morte eius extinguitur, non valet legatum.l.Vxor patrui. C.de legatis.l.Si domus, §.vlt.& l.Quod in rerum natura.§.1.de leg.1. Ergo in proposito casu legatum non valet.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respondeo: illud procedere, quando id, quod pater stipulatur vel acquirit filijs, non refertur ad illud tempus, quo sui iuris sunt: quia tũc ius acquiritur filijs, ac proinde eis auferri non potest. Nec ad rem pertinet, l. 3. ff.de seruis exportand. & similes, quibus dicitur, vendito seruo, vt intra certum tempus manumittatur, posse venditorem ab hac manumissionis lege discedere, & eo pœnitente, non teneri emptorem seruum ea lege venditum manumittere. Nam ratio est ibi manifesta, quia seruus est venditoris, quia pactum adiecit,

neque

neque seruo actio quæsita est; licet enim libertatis sit A capax, ac proinde fiat liber ex eo pacto: non tamen ius acquirit irreuocabile, sed hoc pendet ex voluntate domini. At in casu nostro actio filijs acquiritur ex stipulatione patris, quia refertur in illud tempus, quo sui iuris sunt, quo casu patri non acquiritur.

Ad secundum argumentum concedo donationem esse; sed quia confertur in tempus, quo filij sui iuris sunt, illis actio competit, quam pater auferre non potest prælegando; quia prælegatum post mortem patris effectum habet, quo tempore pater nullum ius habet in emphyteusi.

Ad argumentum, quod attuli de alienandi potestate, quæ patri competit, respondeo, diuersam esse rationem inter alienationem & legatum. Nam alienatio fit inter viuos à patre, qui tunc obtinet & possidet emphyteusim; ac proinde potest illam alienare. Nam acquirendo sibi & filijs, primùm sibi acquisiuit, deinde filijs. quare si velit, potest meritò alienare. Neq; enim dum filijs stipulatus est, intelligitur sibi præiudicare voluisse, quò minus suo iure rem alienare posset. Sed prælegatum fit in vltima voluntate, & in tempus re- B fertur, quo pater nullum ius habet: sed filijs ex stipulatione ius competit. l. Illa institutio. ff. de hæred. instit.

Si quis autem huc adferat iuris regulam: Hæredem non posse voluntatem defuncti impugnare; ac proinde filium, qui est patris hæres, prælegatum agnoscere, ac minimè impugnare oportere, cùm & res aliena legari possit, & ipsius hæredis propria. Respondeo, non filium hæredem patris legatum impugnare sed legem, quæ hanc legati speciem non fouet: quia hoc legatú interpretatur, non tanquam rei alienæ legatum, sed tanquam legatum rei propriæ legantis, qui crediderit se ius habere legandi, cùm non haberet. Vis clarius hoc videre? *Vxor patris tui, si testata decessit, res suas tãtùm vsumfructum earum habens, legare non potuit.* l. Vxor. C. de legatis. Hic testator si res alienas legauerit, ideo non valet legatum; quia videtur legare ius quod habet, illud autem morte eius extinguitur: Id non latuit Accursium, qui ita scribit eo in loco: *Sed nonne potuit* C *rem alienam legare? Respondeo vtique, sed cùm non sit sua, ius quod habet tantùm legare videtur, at hic post mortem nullum ius remanebit, quare legatum non tenet.* Et sequuntur Iason. Bartol. & alij in commentarijs d. l. Vxor.

Atque huc pertinent verba illa l. Sticho. ff. de vsufr. legat. *Videri Stichum potius, quod habere se crederet, quàm quod onerare hæredes vellet, legasse.* Et est communis omnium sententia, quod legatum non valeat, quoties testator legatam rem, in qua ius habet morte sua peritură. in feudo, & emphyteusi exempla adfert post alios ab eo citatos Menochius de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 118. nu. 19. 20.

Quod si proponatur testatorem omnino voluisse, etiamsi sciret post mortem suam nihil sibi iuris competere in emphyteusi, sed eam ad liberos pertinere, pro æquis portionibus, eam vni prælegare, tunc putarem legatum valere; quia in claris non est opus conie- D cturis, ex traditis per Alexandrum in consil. 9. num. 16. lib. 2. cum alijs à Menochio citatis loco proximè annotato. nu. 23. & Præsumpt. 117. nu. 6. 7. eod. lib. Est enim exploratum, rem alienam legari posse. l. Cùm alienã. C. de legatis, & rem hæredis. l. Vnum ex familia. §. Si rem. de leg. 2. l. Cùm filius. §. Dominus. ff. eodem. cùm multis alijs similibus.

Verùm in illis terminis cõtrouersia à nobis hoc in capite proposita, non est inter Doctores: sed quando pater simpliciter, prælegat vni ex filijs totam emphyteusim, quæ communis est omnibus filijs, Tale legatũ non valet, quia patris ius morte extinguitur, ex ijs, quę iam allata sunt.

CAPVT LXIV.

De donatione simplici, an sit conferenda ad l. Filiæ. C. fam. hercisc. l. Si donatione. C. de collat. & l. pen. C. eod. tit.



Vperiore libro nonnullas de collationib. quæstiones controuersas exposui, atque illam in primis: an donatio simplex filiofamilias collata sit conferenda nec ne? quam & in hoc capite iterum exponendam proposui. Iuuat autem eam retractare: quoniam alia quædam in mentem uenerũt, quæ ueritati magis cõsona esse planè iudico; nec illud moror, ꝙ fortè aliqua ex parte, ijs, quæ aliàs dixi, hæc aduersabuntur, quoniam hoc unum mihi præcipuum studiũ est, veritatis inquirendæ, eiusdemq; inuentæ ad publicam vtilitatem in lucem proferendæ, paratusque semper ero, toties mutare sententiam, quoties veritatem vel ipse inuenero, vel ab alijs inuentam cognouero.

Controuertitur; an donatio simplex, vt dixi, confe- B renda sit. Non esse conferendam probat l. Filiæ. C. famil. hercisc. Conferendam esse probat l. Si donatione. C. de collat. Rursus conferendam non esse probat l. pen. C. eod.

Quod attinet ad l. Filiæ. eam sic accipio, vt loquatur condito testamẽto, propter illa verba: *Si non postea contrarium eius iudicium probetur.* Videntur enim indicare, textum accipiendum esse, quando aliquod extat patris iudicium, scilicet testamentum, sed non contrariũ donationi factæ; Et in hoc assentior Iacobo Cuiacio lib. 3. capite 30.

Quod attinet ad l. Si donatione. quæ est eiusdem Diocletiani, eam puto accipiendam nullo condito testamento, vt videlicet tunc collationi locus sit: nullum enim est ibi verbum, ex quo testamentum conditum significetur.

Sed contra obijcitur, eiusmodi donationem conferendam non esse; quia non valet, & morte patris silen- C tioque confirmatur. l. Donationes. C. de donat. inter vir. & vxor. Et ideo videtur filius rem donatam habere quasi ex legato vel fideicommisso, atque adeo post mortem patris acquirere, quo in casu collationi locũ non esse inter omnes conuenit, & verum est. l. Nec emancipati. C. de collat.

Item opponitur l. pen. in fi. C. eo. titulo, vbi dicitur: *Simplicem donationem non aliter conferri, quàm si donator eam legem suæ liberalitati apposuerit.*

Non satisfacit, quod nonnulli dicunt, Diocletiano imperante nondum fuisse cõstitutum, vt donatio morte patris confirmaretur, quasi id a Iustiniano constitutum fuerit in d. l. Donationes. quoniam etiam Diocletiani temporibus idem iuris fuisse, vt donatio confirmaretur morte & silentio donatoris, indicant l. 2. C. de inoffi. donat. l. Si non verum is, C. de donat. inter vir. & vxor. l. Cum de bonis. 11. C. de donat. & ex ip- D sa l. Donationes. apparet non Iustinianum illud primum statuisse, sed declarasse, quomodo esset accipiendum id, quod iam erat constitutum, & quod donatio retrotrahenda esset ad diem, quo conscripta est.

Et hæc est communis veterum interpretum sententia, quod donatio morte patris olim confirmaretur, vt videre licet ex Bartolo, Castrensi, & alijs ad l. 1. §. 1. ff. pro donato. quibus non obstat ille textus, dicens, vsucapi non posse rem a patre donatam filiosam. cum alijs a Cuiacio notatis ad l. 2. ff. pro hærede. & ad lib. 5. senten. Pauli tit. 11. quia, vt post Cynum declarat Castrensis in d. §. 1. confirmatur quidem morte patris donatio, si pater rem suam donet: secus si alienam, tunc enim iniquũ est, vt confirmetur in præiudicium alterius, qui est dominus. Et notãdum est, idem esse, quod dicitur, silentio donatoris patris confirmari donationem,

nem, ſicut loquitur l. Donationes. C. de donat. inter. vir. & vxor. ac ſi dicatur, ſi pater in eadem voluntate perſeuerauerit, vt loquitur Diocletianus in l. Si non verum is. C. eo. ti. Dicitur enim in eadem voluntate pſeueraſſe, qui mortuus eſt voluntate non mutata. Et ideo Iuſtinianus in d. l. Donationes. *Ita firmas eſſe*, inquit, *per ſilentium donatoris vel donatricis ſancimus. Si vſque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes actis fuerint inſinuatæ*. Et paulò infrà; *Tunc & ſilentium donatoris, vel donatricis & ſpecialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conſcripta eſt*. Ex quibus verbis apparet Iuſtiniano idem eſſe perſeuerantiam in eadem voluntate, & ſilentium donatoris. Et id ſolum ſtatuiſſe, vt tunc confirmetur donatio, cum nō excedit quantitatem legitimam, vel cum eam excedens fuerit actis inſinuata. Item vt donatio retrò trahatur ad tempus, quo conſcripta eſt, quod antea conſtitutum non erat.

Item non probatur, ꝙ ad l. pen. dicunt, illam eſſe accipiendam de filio emancipato, quia ibi loquatur textus de donatione matris, quam conſtat non habere filios in poteſtate. Nam nullum ibi fit uerbum de filio emancipato, ſed de filio ſimpliciter, & fit mentio etiā donationis patris, & quod caput eſt, filium emancipatum conferre debere donationem ſimplicem, dubitari non poteſt ex forma edicti Prætoris, de quo in l. 1. ff. de collat. bonor. & in l. Si emancipati. C. de collat. & in l. Vt liberis. C. eo. ad finem.

Exiſtimo itaque ita reſpondendum eſſe, licet ſimplex donatio patris non valeat, & morte cōfirmetur, tamen conferri debet: quoniam legati & fideicommiſſi naturam non habet, ſed potius donationis inter uiuos. Id patet, quia retrotrahitur ad tempus, quo conſcripta eſt: & ſic non ualet ex die mortis patris, ut cætera legata & fideicommiſſa, ſed fingitur ab initiu ualuiſſe, ut in d. l. Donationes. ibi; *Tunc & ſilentium donatoris vel donatricis, & ſpecialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conſcripta ſit*. Cùm itaque retro trahatur, atque perinde habeatur, ac ſi ab initio ualuiſſet, cum fuit conſcripta, ceſſat argumentum, ex quo uidebatur locus non eſſe collationi, quaſi filius donationem poſt mortem patris conſecutus eſſet, & ex ultima eius uoluntate. Videtur enim eam conſecutus patre uiuente; & ideo meritò conferenda, ut ſeruetur inter filios æqualitas parentibus inteſtatis ſuccedentes: uel etiam attento nouiſſimo iure teſtamento condito defunctis, iuxta Nouellam de Triente & Semiſſe. §. Illud.

Quod uerò attinet ad l. pen. non puto ſenſum eſſe illius legis hunc, ut donatio ſimplex non conferatur, ſi pater, uel mater inteſtati deceſſerint: ſed ſi deceſſerint teſtamento cōdito, quod per querelam reſciſſum ſit, tunc enim ex antiquis legibus certum erat, donationem inter uiuos conferendam non eſſe, niſi donator eam legē ſuæ liberalitati appoſuerit, ut in l. Si non mortis. ff. de inoffi. teſta. & in l. Si quando. §. Illud & §. Generaliter. C. eod. tit. Vlpianus: *Si non mortis*, inquit, *cauſa fuerit donatum; ſed inter viuos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur, poteſt dici inofficioſi querelam ceſſare, ſi quartam in donatione habeat; at ſi minus habeat, quod deeſt, viri boni arbitratu repleatur, aut certè conferri oporteat id, quod donatum eſt*.

Vides, ut puto, lector, hic locum eſſe collationi, etiā teſtamento condito, Item donationem ſimplicē conferri, qui eam conditionem donator appoſuit, ut conferretur. Id patet ex illis uerbis: *Hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur*. Eſt enim perinde, ac ſi dictum fuiſſet, hac tamen contemplatione, ut conferatur: quia omnia conferūtur, quæ in quartam imputantur, ut patet ex d. l. pen. C. de collationib. *Vt omnia*, inquit textus, *quæ in quartam portionem ab inteſtato ſucceſſionis computantur ijs, qui ad actionem de inofficioſo teſtamento uocantur, etiamſi inteſtatus is deceſſerit, ad cuius hæ*

A *reditatem ueniunt, omnimodo coheredibus ſuis conferant*.

Ad eundem modum loquitur textus in d. l. Si quando. §. Et generaliter. C. de inoffi. teſta. ut patet. ibi: *Aliquid dederit, ut mortis cauſa donatione, ut inter uiuos ſub ea conditione, ut hæc inter uiuos donatio in quartam ei computetur*. Et poſt hæc textus loquitur de illa ſpecie, in qua teſtamentum eſt conditum, & minus legitima portione filio relictum eſt.

Donatio itaque inter uiuos in legitimam filij non imputatur, & ideo teſtamentum inofficioſum filius dicere poteſt: niſi ea conditio donationi adiecta ſit, ut in legitimam imputetur. Nam eo in caſu querela ceſſat, & conferenda erit, ut in d. l. Si non mortis.

Hæc igitur eſt ſententia Iuſtiniani in d. l. pen. C. de collat. licet ſimplex donatio non conferatur, niſi eam conditionem donator, ſ. pater uel mater, uel alij parentes adiecerint: tamen illo in caſu conferenda erit, ut inter liberos æqualitas ſeruetur, quādo alter filius con-

B fert dotem uel donationem propter nuptias.

Exemplum eſto. Vnus ex filiis cōfert dotem uel donationem propter nuptias. Alter, in quem ſimplex donatio collata eſt, negat ſe conferre debere: Adfert hāc rationem: quia eſt donatio ſimplex inter uiuos, quæ non confertur, niſi donator eam conditionem appoſuerit. Imperator ſtatuit, vt ea exceptione non obſtante conferre debeat.

Illa verò exceptio, ꝙ ſimplex donatio non conferatur, non habet locum in ſucceſſione inteſtati, ſed teſtati duntaxat, & in hunc modum obijcitur. Nā cum ita conſtitutum ſit, ut ſi teſtamentum ſit inofficioſum, illud reſcindi poſſit à filio exhæredato, licet donationem inter uiuos ſimplicem conſecutus fuerit, ea conditione non adiecta, vt cōferatur, vel ut in legitimam portionem imputetur, & ſic eo in caſu donatio ſimplex non conferatur. Tamen fieri poteſt, ut alter ex filijs, ei, qui ſimplicem donationem accepit, conferre

C teneatur dotem, vel donationem propter nuptias, ſi fortè teſtamentum tanquam inofficioſum reſciſſum ſit. & tunc Iuſtinianus ſtatuit, illum quoque, qui ſimplicem donationem accepit, conferre oportere donationem ipſam, ut æqualitas ſeruetur ea exceptione nō obſtante. Quod autem reſciſſo teſtamento per querelam locus collationi ſit dotis vel donationis propter nuptias, manifeſtum eſt ex l. Vt liberis. C. eo. ti. in qua ſic ſtatuit Imperator Leo; *Vt liberis ſiue ſui iuris, ſiue in poteſtate conſtitutis quoties que iure inteſtatæ ſucceſſionis, id eſt, aut teſtamento penitus non condito, aut ſi factum fuerit contra tabulas bonorum poſſeſſione petita, vel inofficioſi querela mota reciſſo, æqua lance pariq; modo proſpici poſſit, hoc etiam æquitatis ſtudio præſenti lege credidimus inſerēdum, vt in diuidendis rebus inteſtato defunctorum parentum tam dos, quàm ante nuptias donatio conferatur*.

Hæc eſt mea hac in re longè difficillima ſententia,

D ex qua primo perſpicuum euadit, ſimplicem donationem filio in poteſtate factam, conferendam eſſe, & hanc amplector quicquid dixerim. Secundò, nullam eſſe antinomiam inter l. Filiæ. & l. Si Donatione. Tertio, aliam eſſe ſententiam, quam vulgo credatur. l. penul. C. de collat.

CAPVT LXV.

Ad l. vlt. C. de collat. an ſit extendenda ad filios emancipatos.



Ontrouerſia eſt maximi momēti, an quod conſtitutum eſt in l. vlt. C. de collat. ut aduentitia bona non conferantur, iuſta interpretatione trahi ad emācipatos poſſit. Et licet ſup. lib. 5. c. 83. ea de re aliquid dixerim, placet tamen diligentius expendere, ne ſūmas difficultates præterire, & eis quodāmodo videar ter-

ga

ga venere: *Vt nemini*, inquit Iustinianus, *de caetero super collatione dubietas oriatur, necessarium duximus, constitutionem, quam iam fauore liberorum fecimus, hoc addere, vt res quas parentibus adquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiaceant. Vt enim Castrense peculium in commune conferre in haereditate diuidenda, & ex priscis iuris authoritate minimè cogebantur: ita & alias res, quae minimè parentibus adquiruntur, proprias liberis manere censemus.*

Qui negant hanc Constitutionem ad emancipatos pertinere duo perpendunt. Primum, quod Iustinianus dicit: *Vt nemini de caetero super collatione dubietas oriatur.* Haec dubitatio oriri non poterat, quantum ad filios emancipatos, quia certum erat eos conferre debere sua, enim appetunt paterna. l. 1. ff. de collat. bonor. l. Si emancipati. l. Vt liberis. C. de collat. sed oriri poterat haec dubitatio, quantum ad filios in potestate: quia Iustinianus iam statuerat in l. Cum oportet. C. de bonis, quae liberis. vt aduentitia bona patri non acquirerentur, nisi quantum ad vsumfructum; quamobrem meritò dubitare quis poterat, an aduentitia conferre tenerentur. Nam eos ad conferendum teneri illa ratio adferri poterat, quod antiquae leges hunc casum non excipiebat. Contra non teneri: quia cùm patri aduentitia bona non acquirerentur, non videbantur etiam conferenda, sicut nec Castrensia, vel quasi Castrensia bona, quae patri non acquirebantur.

Alterum est, quoniam Iustinianus dicit se hoc addere velle constitutioni, quam iam fauore liberorum fecit, vt res, quas patrib. acquirendas esse prohibuit, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiacerent. Illa autem Constitutio pertinet tantum ad liberos, qui sunt in potestate. Est. n. in l. Cùm oportet. C. de bonis, quae liberis. Ergo & haec noua Constitutio de collationibus ad eosdem tantum pertinere debet.

Pro confirmatione addi potest argumentum aliud, nimirum, si emancipatus aduentitia bona conferre non teneatur, fore, vt edicto Praetoris forma quae in l. 1. ff. de collat. bonor. habetur, vna cùm alijs legib. quae emancipatos conferre praecipiunt, sublata nunc sit, quod tamen cùm expressè a Iustiniano factum non sit, non videtur esse temerè praesumendum.

Istis non obstantibus ab ea sententia non recedo, quàm posui supra d. lib. 5. cap. 83. nempe Iustiniani Constitutionem ad emancipatos etiam pertinere ex interpretatione prudentum, & ideo nec emancipatos hodierno iure ad conferenda bona aduentitia obligatos videri. Moueor hoc argumento. Nam ratio, cur emancipati olim conferre tenerentur aduentitia bona, haec erat: quoniam quicquid acquirebat filius in potestate existens, acquirebat patri, exceptis Castrensibus, vel quasi. l. Placet. ff. de acq. haered. l. 1. ff. Si à parente quis fuerit manu. Illud autem, quod acquirebat filius emancipatus, acquirebat sibi. Ergo iniquum erat, vt emancipatus aequalem haberet partē bonor. paternor. in quibus erant etiam bona a filio in potestate quaesita, nisi ipse quoque emancipatus sua bona conferret. & haec est illa aequitas, cuius meminit Iurisconsultus in l. 1. ff. de collat. bonor. *Vt sua quoque bona in medium conferant, qui appetunt paterna*. & ibi Bartolus optimè declarat. Quapropter, si emancipatus olim aliqua bona acquireret, quae non acquirerentur patri, licet in potestate patris esset, illa non conferebātur. l. Si fratres. §. Idem Papinianus. ff. pro socio. ibi: *Quamuis filius emancipatus hac non cogatur conferre fratri in potestate manenti, quia etsi in potestate manerent, praecipua ea haberet.*

His adde, Iustinianum ipsum in d. l. vlt. simili modo ratiocinantem, dum ait; *Vt enim Castrense peculium in commune conferre in haereditate diuidenda, & ex priscis iuris authoritate minimè cogebantur, ita & alias res, quae minimè parentibus acquiruntur, proprias liberis manere sancimus.*

Cùm igitur aduentitia bona ex l. Cùm oportet. C. A de bonis, quae liberis non acquirantur patri, licet filius sit in potestate, cessat prorsus ratio & fundamentū collationis. Nam sicut emancipatus non acquirit patri, ita nec suus. Ergo ille non potest emancipatum cogere, vt conferat, eam ob causam, quod ipse filius in potestate omnia patri suo acquirat, emancipatus autē sibi. Nam nec suus aduentitia quaerit patri, sed sibi. Et ideo tes tedacta est ad antiquam regulam illam, cuius meminit Papinianus in d. l. Si fratres. §. Idem Papinian. ff. pro socio, *vt quae emancipatus, si in potestate maneret, praecipua haberet, non cogatur conferre fratri in potestate manenti.* Sed iam aduentitia, quae emancipatus habet praecipua, simili modo praecipua haberet, si in potestate maneret. ex l. Cùm oportet. C. de bonis, quae lib. ergo conferre non tenetur.

Ad argumenta in contrarium respondeo, fatendo verba Iustiniani pertinere ad filios in potestate manentes, quod satis clarè euincunt rationes superius allatae, B sed nostra disputatio est: an ex interpretatione idē statuendum nunc sit in emancipatis; & dicimus idem esse statuendum, atque ita Iustiniani legem, quae de suis loquitur, ad emancipatos extendimus, ob causas iam allatas.

Antiquas verò leges, & Praetoris edictum ideo non offendimus, quia cessat ratio nūc antiquatum legum, & Praetorij edicti, propter nouam l. Cùm oportet. C. de bonis, quae lib. Et isto in statu, in quo nunc res est, etiam ueteres Iurisconsultos responsuros fuisse collationi locum non fore, satis perspicuum esse ex supradicto Papiniani responso existimamus.

CAPVT LXVI.

Ad l. Qui se patris C. Vnde liberi.

C Imperator Constantinus: *Qui se patris post auum intestatum defuncti negat haeredē, morem aui paterni suscipero facultates non potest. maximè emancipatus, nisi per bonorum possessionem ad huiusmodi beneficium peruenerit.* l. Qui se patris. C. vnde liberi.

Iacobus Cuiacius lib. 4. Obseruat. cap. 6. *Hoc Rescriptum, ut obscurum esse existimetur, Accursij interpretatio facit, quanuitas, vacillatio, adeo, vt cerni ex ea, quod statuat, colligere vix quisquā possit. Mihi huius Rescripti species apertissima uidetur. Si post mortem aui intestati filius delata haereditate prius, quàm se immisceret, decesserit, nepos ex eo dubitare potest, an auo haeres sit. Si filius miscuisset se, nihil dubitaremus: nec enim nunc, nisi per patrem nepos aui haereditatem obtinere posset. At si filius non miscuerit se, & decesserit, dubitatur, an nepos auo haeres sit. Et sanè, si patris sui, idest, si filij haereditatem susceptat, suscipiet etiam aui haereditatē transmissionis iure, quoniam sui etiam ignorantes parentum haereditatem ad haeredes transmittunt. l. Apud hostes. C. de suis &* D *legit. haered. l. 2. §. Si quis ex liberis. ff. ad Tertyll. At si nepos nolit filio haeres esse, an dicemus eum auo suum haeredem futurum? Minimè vero, idq; in emancipato nepote dicemus facilius, quam in eo, qui est in potestate aui. Sed tamen in utroque idem iuris est, quoniam in suis haeredibus successio non est. l. 1. §. Sciendum. ff. de suis & legit. haered. Tempore enim delata haereditatis eum filius in ea haereditate praecessit. At defendi possit, daturum ei Praetorem bonorum possessionem Vnde liberi. & hoc sensit in eo Rescripto Constantinus, cum sit positum sub tit. Vnde liberi, &c.*

Haec, quam attulit Cuiacius, interpretatio antiquorum fuit interpretum Baldi, Aretini, Iasonis, Cagnoli, & aliorum multorum.

Sed vt reuertar ad Cuiacium, ille explicat causam, ob quam iure Ciuili nepos non admittitur, ut & alij explicarunt, & satis est perspicua. Verū in eo versatur difficultas, quo pacto nepos bonorum possessionem petere possit. Etenim haereditas aui ad filiū eius transit ipso iure,

iure, tanquam suum hæredem, qui moriens eam etiã non agnitam ad hæredem transmisit, l. Apud hostes, C. de suis & legit. hæred. Sed nepos negat se patris hæredem esse, ergo ad alios patris hæreditas pertinere debet; Et consequenter etiam aui hæreditas, quæ mixta est, & in unum patrimonium redacta.

Respondent Cagnolus & alij ex antiquioribus, æquitatem Prætoris hoc efficere, propter summam coniunctionem aui, & nepotis, vt hæreditas deuoluatur ad extraneos. Non rectè, quia sibi nepos imputet, qui abstinet ab hæreditate patris, cui admixta est & aui hæreditas. Nec enim Prætor alijs auferre ius suum potest, & iuris formam tollere.

Alij dixerunt, patrem in specie dictæ legis repudiasse hæreditatem patris sui, id est, aui ipsius nepotis; Glos. Bartolus, Paulus Castrensis & Aretinus. Sed illis obstat primò, quod tunc nepos potuisset, etiam iure Ciuili succedere in hæreditate aui, l. Defunctis, C. de legitim. hæred. Secundò, quod nepoti hoc in casu nil noceret repudiatio hæreditatis paternæ. Videtur autem à contrario sensu Constantinus indicare nepotem, si non neget se patris hæredem, iure Ciuili admittendum ad hæreditatem aui. Et tamen id ei non prodesset, si pater eius abstinuisset: neque enim ex persona eius, tanquam hæres, auitam hæreditatem consequi potest.

Alij dixerunt nepotem istum, qui se patris negat hæredem, non videri bonorum possessionem iure prętorio competentem omittere, l. Suum, C. de iure delib. l. Quoties duplici. de reg. iur. itaque exclusus ab adeunda hæreditate iure Ciuili, videtur bonorum possessionem unde liberi petere posse. ita Albericus, quem sequuntur Duarenus & Decius, repugnante Cagnolo, quoniam hæreditatis appellatione veniat etiam bonorum possessio, ex l. Hæreditatis appellatione, ff. de verb. sig. & l. Puberem, C. de iure delib. quæ leges id non dicunt.

Sed libenter scirem, quo pacto id accipiendum sit: an nepos petita bonorum possessione obtineat etiam patris sui facultates; an verò aui duntaxat? Si patris quoque sui, res est satis plana, sed vereor, vt Cæsareo rescripto sit conformis; quia præsupponit nepotem patris sui hæredem non esse, & consequenter loquitur eo in casu, quo facultates eius non obtinet: non ponens vim in eo, quod negando se patris hæredem à bonorum possessione exclusus non sit, nec illud requirens, vt nepos bonorum possessionem petat patris sui, sed dicit ad huiusmodi beneficium per bonorum possessionem, nepotem peruenire, vt scilicet aui paterni suscipere facultates possit.

Si verò aui paterni duntaxat bonorum possessionem nepos consequitur, in superiorem scopulum incidimus, quo pactò liceat Prætori bonorum possessionem hoc in casu concedere nepoti abstinenti ab hæreditate patris, cùm ad alios hæredes ipsius patris pertineat & hæreditas, & bonorum possessio aui, quæ cum paterna hæreditate in vnũ patrimonium est redacta.

Hæc est mea coniectura, hunc, de quo agitur, nepotem suum esse patris defuncti, in cuius est potestate, sed cum beneficio abstinendi, iuxta §. Sui. in Instit. de hæred. qualit. & diff. Tanquam igitur patris hæres cõsequitur etiam auitam hæreditatem: Illam enim, vt rectè dictum est, etiam non agnitam transmittit filius, l. Apud hostes, C. de suis & legitim. hæred. & ideo ad hunc nepotem hæredem transmittit. Cum itaque nepos iste, tanquam hæres patris, etiam hæreditatem aui obtineret, volebat abstinere ab hæreditate patris, & aui hęreditatem retinere. Respondit Constantinus iure Ciuili non posse id fieri; quia videtur esse vna & eadem hæreditas patris & aui: iure autem Prætorio id obtineri posse per bonorũ possessionem, ratio est; quia licet videatur vna esse hæreditas, tamen considerari debet ex æquitate prætoria vt duplex hæreditas. Nam si nepos, tanquam hæres patris sui, vellet se abstinere hoc in casu ab hæreditate aui, posset id facere, l. Si quis filium, 7. §. 1. ff. de acq. hæred. Paulus: *Si filius priusquã sciret se necessarium extitisse patri hæredem, decesserit: relicto filio necessario: permittendum est nepoti abstinere se aui hæreditate; quia & patri eius idem ius tribueretur.*

Si, vt vna hæreditas consideranda esset, non liceret nepoti abstinere, quia nemo potest hæreditatis partẽ retinere, & partem repudiare. l. 1. & 2. ff. de acq. hære. Sed quia duplex est hæreditas, ideo permissũ est nepoti, retẽta patris hęreditate, abstinere ab hæreditate aui.

Idem ergo permissum est ex contrario, ut nepos hæres patris sui, & aui abstineat ab hæreditate patris, & aui hæreditatem obtineat. Hoc autem Prætoris beneficio obtinebit per bonorum possessionem, non iure Ciuili: quia in suis hæredibus successio non est. l. 1. §. Sciẽdum, ff. de suis & legit. hæred. hoc est, non est locus edicto successorio ex persona in personam; & sic ex persona filij in personam nepotis. Quamobrem ad hæreditatẽ aui nepos non uocatur, quia filius gradu eum præcedit, & suus hæres est ipso iure; nec enim abstinuit isto in casu. Iure tamen Prætorio bonorum possessionem obtinebit ex capite *Vnde liberi*. quandoquidem filius ei non obstat, nec alius extraneus hæres.

CAPVT LXVII.

An l. Qui se patris, C. vnde liberi. hodie sit correcta.

Post hæc breuiter tractanda est illa controuersia, an l. Qui se patris, C. Vnde liberi. correcta sit. Accursius enim correctam esse existimauit, quem posteriores vsque ad Bartolum refutarunt. Sed Bartolus, Castrensis, Decius defendunt. Iason contradicit & quidam alij. Rei difficultas in hoc est posita, quod nouo iure successorium edictum locũ habet inter agnatos, ideo, si filius in specie huius legis patris hæreditatem repudiaret, iure Ciuili nepos admitteretur tanquam agnatus, §. Placebat. in Instit. de legitim. agnato. succeß. & Bartolus textum pro hac sententia adfert notatu dignum in l. Defunctis, C. de legitim. hæred. Diocletianus: *Defunctis suis extantibus hæredibus & abstinentibus, vel repudiantibus hæreditatem, frater iure consanguinitatis succedere potest.* Respondetur ab aliquibus, sed malè, textus illos de collateralibus loqui; Nam licet de his loquantur, argumentum tamen non tollitur, quia ex ijs textibus apparet suis hæredibus abstinentibus, alios ex edicto successorio vocari: Et consequenter nepotes vocabuntur ex capite *Vnde legitimi*. Nam ex capite Vnde liberi vocari non posse constat, siquidem in suis non est successio, l. 1. §. Sciendum, ff. de suis & legiti. hæred. Et ideo, si plures sint hæredes sui vno abstinente, alij succedunt ex iure accrescendi. l. Vn. C. quando non petẽn. partes. Si vnus tantùm sit & abstineat, ad alium gradum defertur, l. 2. §. Sed si sint sui, ff. ad Tertyll. l. 1. §. Post suos, ff. de suis & legitim. nisi ipse suus velit ex alio capite succedere, l. 1. §. Sed videndum, ff. de successo. edicto.

Igitur Accursij, Bartolique sententia nititur hoc fundamento, & præsupponit accipiendam esse l. Qui se patris, in eo casu, quo pater nepotis hæreditatem aui repudiauit: tunc enim ad nepotem iure Ciuili defertur ex successorio edicto, quapropter Prætoris beneficio non indigeret.

Fundamentum est firmum, sed legis interpretatio, quæ præmittitur, consistere non potest ex his, quæ superiore capite deducta sunt, ad refellendam eorum sẽtentiam, qui hanc legem accipiendam putat, eo in casu, quo pater repudiauit. quibus addo nunc argumenti loco illud absurdum, quod ex ea interpretatione sequeretur,

sequeretur, nempe legem istam repugnare alijs legibus, A quibus probatur, suis hæredibus abstinentibus, ad alios hæreditatem pertinere iure Ciuili. Non enim dico correctum esse: Quis enim Diocletianus, qui fuit prior, Constantini (Cuiacius putat Constantij esse) legem tollere possit? Hæc igitur lex, quam in manibus habemus, neque correcta est, & alium habet sensum, quàm Accursius, & Bartolus existimauerint, vt in præcedenti capite latiùs disputatum est.

CAPVT LXVIII.

De euictione inter cohæredes præstanda.

Quæstionem hanc, de euictione inter cohæredes præstanda, nonnihil controuersam elucidare conabor aliquot conclusionibus propositis, atque vt res postulauerit discussis ex his, quæ interpretes adferre solent ad l. Cum pater. §. Euictis. de leg. 2. in l. Si familiæ, C. fam. hercisc. in l. Si fratres, C. commu. vtriusque iud. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres. in vlt. quæstio. Bartol. ff. de verb. oblig. & post eos Caballinus de Euictionibus. §. 4. post num. 51. Menochius in consil. 87. lib. 1. Bursatus in consi. 173. lib. 2. B

Prima conclusio: Si res vni ex hæredibus prælegata sit, ob euictionem actio nõ competit. Papinianus: *Euictis prædijs, quæ pater, qui se dominum esse crediderat, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus & cohæredibus actio erit.* l. Cum pater. §. Euictis. de leg. 2.

Secunda conclusio: Si diuisio facta sit à testatore inter cohæredes, quia prælegatæ cuique res censentur. l. Ex facto. ff. de hæred. insti. si res uni assignata fuerit euicta, non competit actio, sed exceptio. Idem Papinianus loco proximè citato: *Si tamen inter filios diuisionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur eum partes cohæredibus prælegatas restituere, nisi parati fuerint & ipsi patris iudicium fratri conseruare.* C

Hoc in loco Bartolus, & cæteri communiter perpendunt, Papinianum nõ dicere, rei euictæ nomine actionem dari cohæredi, sed eum se tueri posse exceptione, si conueniatur à cohæredibus, vt prælegata restituat, vt videlicet ea restituere non teneatur, nisi parati fuerint & ipsi patris iudicium conseruare.

Fulgosius à cæteris dissentit existimans etiam actionem cohæredi competere, propter illa verba: *Arbiter coniectura voluntatis non patietur.* Nam si hæc voluntatis coniectura est, sequitur, vt ex ea detur tam actio, quàm exceptio. argumen. leg. Cùm proponebatur. de leg. 2. & l. 1. C. comm. de legat.

Ego Fulgosio assentior, tum propter coniecturam istam voluntatis paternæ, tum propter ipsam legis rationem, tum quia Bartoli & aliorum interpretatio de exceptione non est satis solida. Nam si volũtas patris D fuit, ut quilibet hæredum prælegatas partes obtineret, ut Papinianus existimauit, & testificatus est, actio cõpetere debet de euictione, quemadmodum competit, quoties rem alienam coniunctæ personæ etiam ignorans alienam esse testator legat. l. Cum alienam, C. de legat. competit, inquam, ad rei euictæ æstimationem, vt declarauit Bartolus in l. Si domus. §. De euictione. num. 3. & ibidem Castrensis, num. 6. Iason, num. 30.

Quod si rationẽ legis spectemus fortissimũ inde suppetet argumentum. Nam cùm vni tantũ ex hæredibus aliquid prælegatur, ideo non habet actionẽ de euictione, ne oriatur inæqualitas, & inuidia inter cohæredes. Neque enim existimandus est testator voluisse legare, si credidisset rem alienam esse, & huc alludũt illa verba d. §. Euictis. *Pater, qui se dominum esse crediderat.* quoniã ut dixi, repugnat ratio inæqualitatis, quæ inde orietur. Hæc inæqualitatis ratio locũ nõ habet, cum à testatore facta est diuisio, & alijs etiam cohæredibus partes aliæ prælegatæ sunt: imò coniectura voluntatis est testatorem id, quod euictum est, prælegaturũ fuisse, licet alienũ esse credidisset, & ideo statim textus subdit: *Si tamen diuisionem fecit, arbiter coniectura voluntatis, &c.*

Quod autem solida non sit Bartoli & aliorum interpretatio in eo, quod de exceptione dicunt, perspicuum est ex eo, quòd non negat textus actionem competere: sed sententia legis est, si alij cohæredes velint, & ipsi partes prælegatas consequi, eos conseruare cohæredi partem euictam debere. Nam si nollent succedere, proculdubio non tenerentur. Itaque est perinde, ac si text. diceret eos teneri de euictione, si partem suam consequi intendunt.

Tertia conclusio: Actio de euictione locum habet in diuisione facta inter cohæredes iudicio familiæ herciscundæ. l. Si familiæ. C. famil. hercisc. l. Si fratres. C. commu. vtriusque iudic. l. Hæredes. §. Item curare. ff. fam. hercisc.

Quarta conclusio: Non habet locum euictionis actio inter cohæredes, quoties res euicta est ex facto ipsius cohæredis. l. Fundum meum. ff. de euict. Idem iuris est, si euincatur facto testatoris. Ita omnes docent in d. §. Duo fratres. ubi Zasius nume. 15. quia hæres defuncti factum præstat. l. Ex qua persona. de reg. iur. de quo tamen uidendi sunt alij Doctores in d. §. Duo fratres. Est enim articulus, quem ibi latè tractant, à nostra disputatione nonnihil alienus.

Quinta conclusio: Non est locus actioni de euictione inter cohæredes, quoties nõ ignorãs res diuisas periculo euictionis subiacere, nisi pacto, uel stipulatione conuentum sit, ut euictio præstetur. l. Si fratres. C. cõmu. utriusque iud. l. Si fundum sciens, C. de euict.

Sexta cõclusio: Inter sciẽtes tamẽ res euictionis periculo subesse, præstãda est euictio, quoties uni soli res euictioni obnoxia in diuisione attributa est, ceteris autẽ bona libera obuenerũt. ita dicebat olim Guido Suzarius Alex. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres. nu. 34. ff. de uerbo. oblig. Alciat. ibidem, num. 40. Menoch. d. consi. 87. num. 84. Bursatus in d. cons. 173. num. 19.

Dum tamen in hoc aduertatur, inquit Alciatus, *an qui bona fideicõmissa accepit, id fecerit, quia in præsenti essẽt vt libera, volueritq; eam vtilitatẽ cum futuri euentus periculo cõpensare.* argumẽto l. De fideicõmisso. C. de Transactio.

Mihi placet Alciati sententia: Amplius generaliter existimo ei, qui sciens bona fideicommisso subiecta acceperit in diuisione, actionẽ de euictione nõ competere, nulla ratione habita, quod ceteris hæredibus bona libera obuenerint in ea diuisione. Imputandũ est enim huic, quod scienter bona fideicõmisso subiecta acceperit. Itẽ quod sibi de euictione pacto uel stipulatione nõ prospexerit. l. Si fratres. C. cõm. utriusque iud. Diocletianus: *Nã si fundi scientes obligationẽ dominiũ suscepistis; tantũ euictionis promissionẽ solemnitate verborum, vel pacto promissam probantes, eos conueniendi facultatem habebitis.*

Hoc in loco non distinguitur, an cæteris fratribus bona libera obuenerint; sed generaliter negatur euictionis actionem ei competere, qui sciuit obligationem, quod iuri consentaneum est d. l. Si fundum sciens. C. de Euict.

Quod si hoc in casu quis læsus esse dicatur, tunc iuris remedia suppetunt oportuna. l. tertia, C. comm. utriusque iud. sed non pertinent ad euictionem.

Septima conclusio. Quoties euictionis periculum inter cohæredes mutuum, & cõmune est, quia omnes possident res obligatas creditoribus, vel aliter obnoxias euictioni; tunc si uni res euincatur, is non habet actionem de euictione aduersus cohæredes, quia uersantur & ipsi quoque in eodem periculo. Ita post Gulielmum Cunium docet Paulus Castrensis in d. l. Si familiæ. num. 2. C. fam. hercis. adducta l. Cum duobus. C. de inoff. testam. quæ nihil probat.

Salycetus autem in d. l. Si familiæ. existimat actionẽ

hoc in casu competere, cui Ripa adstipulatur in d.l. Qui Romæ. §. Duo fratres num. 98. Alciatus autem ibid. nu. 44. distinguendum putat, vt si in limine judicij euictio immineat, locū habeat sententia Baldi. (Nam & Baldus Cuneum secutus est) *alias*, inquit, *Salycetum sequar.*

Difficultas in hoc consistit, cum l. Si familiæ. C. fam. hercisc. generaliter *decernat*, inter cohæredes locum esse euictioni, nisi contrarium pacti fuerint, vtrum hæc sit iusta interpretatio. Si omnes hæredes res possideant periculo euictionis obnoxias, & uni fuerint euictæ, alteri non, euictionem præstandam non esse: quia suf ficit alijs quoque cohæredibus idem periculum imminere; & ideo si non eis res euincantur, id lucro eorum cedere debere, & casui fortuito adscribendum. Non puto iustam esse interpretationem. Nam diuisio vicem obtinet permutationis, at in permutatione clarum est præstari euictionem, sicut in uenditionis contractu. Quare si uni sit res euicta præstanda, est euictio. Quod si & alteri euincetur, similiter præstanda erit. Interim non debet ipse propter periculum, quod imminet, liber esse. Deinque nulla lege, B nulla iuris ratione probari potest hæc interpretatio. Lex autem generalis est, & euictionem præstandam inter cohæredes decernit.

Octaua conclusio. Quoties euictio ex natura rei contingit, inter cohæredes euictionis actio non habet locum, nisi pacto aliter sit conuentum. Exemplum: Si vni ex hæredibus bona feudalia obuenerint, ei eo mortuo absque filijs masculis, filia superstite, feuda fuerint euicta, non datur actio. ita docet Accursius in d.l. Si familiæ. C. fam. hercisc. & ibid. Bartol. Salyc. Castrens. Alexand. cōsil. 21. nu. 4. lib. 5. Socinus iun. cōsil. 119. nu. 2. lib. 3. alios citat Menoch. d. consil. 87. num. 78. Probatur argum. l. Si seruus. ff. de euict. illis verbis: *Quia nemo enim euincat, sed fatum humanæ sortis.*

Verùm Alciatus in cons. 138. nu. 3. hoc in casu locum esse euictionis actioni respondit, si ex coniecturis id actum probabiliter arguatur. v.g. quando manifesta læsio aliàs induceretur; vt quia bona paris æsti- C mationis essent cuilibet fratrum assignata. *Videtur enim*, inquit, hoc casu præstanda euictio, quia cessat ratio, quod mutuum periculum suscepisse videantur. quæ fuit opinio Guidonis de Suzaria, quem refert Alexander in §. Duo fratres. Suadet hoc & æqualitas, quæ inter fratres seruari debet, maximè in diuisionibus. Idem respondit Menochius d. consil. 87. num. 84. 85. 86. Bursatus d. consil. 173. num. 19.

His ego non assentior. Nam præsuppono factam esse diuisionem æqualem inter cohæredes sine dolo & fraude. Verum hoc dubium existere, an si vni feudalia obuenerint, et alijs allodialia, præstanda sit euictio, quæ contingit ex natura feudi. Et negat præstandam. Pro confirmatione huius sententiæ addo argumentum aliud. Nam is, qui feudalia bona accepit, sciebat aut scire debebat ea secundum naturam suam ad ma- D sculos pertinere, non ad fœminas; quare si decessit nullis filijs masculis superstitibus, filia hæres non habet actionem de euictione, propter patris sui scientiam. Sicut enim scienti actio non datur, vt suprà conclusione 5. ita nec hæredi eius. Nec enim melioris conditionis est hæres, quam sit autor eius. Quod si forte res feudales illi obuenerunt, vel ex iudicis sententia, idem est dicendum. Nam præsuppono iustè diuisionem factam, & consequenter bona feudalia assignata fuisse secundùm æstimationem iustam, ratione scilicet habita qualitatis ipsorum bonorū. Huc accedat, quod in læsione dijudicanda spectādum est tempus contractus celebrati. l. Si volūtate. in fine. C. de rescind. vēd. Tēpore autem diuisionis factæ nulla læsio interuenit.

Nec Guidonis Suzarij placita me deterrent, quæ superius etiam confutaui. Nec argumentum ex æ- A qualitate; quia, vt dixi, suppono æqualem & iustam diuisionem: Quod si casus eam iniquam fecit, non propterea videtur mihi actio concedenda. Nam & alijs cohæredibus res, quæ attributæ sunt, secundum naturam earum perire potuerunt, serui puta mori potuerunt, fructus corrumpi, res aliæ etiam perdi varias ob causas, & nemo diceret tunc euictionem præstandam fore: quoniā non est euictio, sed natura ipsius rei.

CAPVT LXIX.

Diuisio patris inter filios facta bonorum eius, si iuramento firmata sit, an possit reuocari.



EXistimo diuisionem bonorum à patre factam inter filios in potestate existentes, etsi iuramento firmata sit, tamen reuocari posse. Nam nō est donatio simplex, quæ iuramento firmatur, vt aliàs disserui, in 1. part. controuers. lib. 3. cap. 77. sed potius supremi iudicij diuisio est. l. Si filia. §. Si pater. ff. fam. herci. Vl- B pianus. *Si pater inter filios sine scriptura bona diuisit, & onus aris alieni pro modo possessionum distribuit, non uideri simplicem donationem, sed potius supremi iudicij diuisionē, Papinianus ait.* Supremum autem iudicium reuocari posse, procul dubio est. Non obstat iuramentum, quia non mutat naturam rei. Intelligitur enim nisi patrem pœnituerit, secundum naturam vltimæ uoluntatis. Item facit, ut pater sit periurus, non ut reuocatio impediatur. Ita respondit Oldradus in cons. 231. Et licet contraria sententia sit magis communiter recepta, ut uidere licet ex Cacherano decis. Pedemontana 125. Seraphino de Priuilegijs iuramēti, Priuilegio 113. id tamen nequaquam mouet, quoniam præcipuum fundamentum, quo illa nititur, non est solidum. Fundamentum enim est, quia iuramentum confirmat patris donationem, et alios contractus, qui aliàs non ualent, c. Quamuis. de Pactis. lib. 6. & notatur in l. Frater à fratre. ff. de cond. indeb. Respondeo, ut id maximè ue- C rum sit, ad casum, de quo agitur, non pertinere, quia nec de donatione loquimur, nec de alio contractu inter uiuos, sed de ultima uoluntate, quæ reuocari potest, non obstante iuramento, ut dixi lib. 4. cap. 8. ad fin. *Ambulatoria est enim uoluntas defuncti, usque ad uitæ supremum exitum.* l. 4. ff. de adim. legatis. Est autem hæc diuisio non simplex donatio, sed potius supremi iudicij diuisio, ut in d. §. Si pater. Vlpianus testatur. Quamobrem meritò reuocari poterit.

CAPVT LXX.

Ad l. Filium quem habentem. C. familiæ herciscundæ.



D DIocletianus: *Filium, quem habentem fundum, portionem hæreditatis fratribus, & quibusdam alijs sub conditione uerbis precarijs restituere iussit testator: post eius conditionis euentum hæreditaria parte prædiorum quarta ratione retenta, compensato præterea, quod à cohæredibus uice mutua percepit: & si quid deest, in supplementum deducto, quod à cæteris in eo fundo soluitur, supra quartam habens reddere compelletur.* l. Filium. C. fam. hercisc.

Difficillimam hanc legem ueteres dixerunt, quia eam non intellexerunt: Alijs fundum filio in peculium à patre datum existimantibus: Alijs dicentibus donatum, alijs prælegatum fuisse. Sed primæ interpretationi obstat, quod ea, quæ filijs in peculium dantur, mortuo patre in hæreditate remanent inter filios cohæredes diuidenda, ex l. Certum, C. eodem titulo, consequenter quarta ex fundo in peculium concesso, deduci non potest magis, quàm ex alijs rebus hæreditarijs. Et ideo intelligi non potest,

cur

A cur hæreditariam partem prædij in quartæ rationė filius retinere poſſit, cùm prædium ſit commune, ſicut aliæ res hæreditariæ cęteris cohæredib. Nec.n.iure probatur, quod ſolet pro ſolutione adſerri ex coniectura voluntatis paternæ, & ne dura priuatio eius inducatur, fundũ iam aſſignatũ in quartam imputari. Hic.n. caſus exceptus non eſt à regula iuris, quæ mandat ex ſingulis rebus quartam deduci. l. Linea. l. Plautius, ff. ad legem Falcid.

Secundæ autem expoſitioni illud obſtat, quod donatio illa morte confirmatur, & ideo vt præcipua filio aſſignatur. l. Filiæ, C. eo. tit. Nec in quartam imputatur; quia non habet illam filius iudicio teſtatoris, vt requirunt. l. In quartam, ff. ad legem Falcid.

Tertiæ autem expoſitioni nihil re uera obſtat, ſed ideo veteribus non placuit; quia crediderunt obſtare illa verba textus: *Filium, quem non habentem fundum*, &c. Nam ſi filius fundum habebat eo tempore, quo teſtamentum fuit conditum, fieri non potuit, vt illum ex B prælegato haberet, quia prælegata ex teſtamento teſtatore defuncto debentur, non prius.

Sed verba illa nihil obſtant, quia non hunc ſenſum habent, quod filius fundum haberet eo tempore, quo teſtamẽtum fuit conditum, ſed indicant legatum fundum filio fuiſſe, *Vindicationis iure.* Caius in Inſtit. tit. de legatis. *Vindicationis legatum eſt, ſi teſtator ſic locutus fuerit: Illum ſeruum tibi do, aut lego, uel illam rem tibi præſume, habe, vindica.*

Hunc antiquorum interpretum errorem, & veram expoſitionem primus omnium Alciatus detexit lib. 6. paradoxorum, c. 5. *Teſtator*, inquit, *pluribus filijs hæredibus inſtitutis, vni prælegauit fundum per legatum vindicationis, quod fiebat hoc modo. Fili mi, talem fundum tibi habe, vel præſume, uel uindica, ut Caius in Inſtit. ſub rub. de Legatis ſcribit. Idem teſtator eum rogauit, ut hæreditatem fratribus reſtitueret, ſi ipſe ex Aſia uenturi, mandauitq́; ut ipſi fratres uice mutua decem illi darent. Ea conditione eueniente, quæritur, quid quarta ex S.C. Trebelliano deducenda imputandum ſit. Etſi hæreditas reſtituenda centum æſtimetur,* C *XXV. erunt pro ea quarta retinenda: quæ computatio ſic inibitur, ut in primis portionem hæreditariam fundi imputet, quæ ſi fundus XXIV. ualeat, cùm tres hæredes ſcripti proponantur, erunt VIII. Rurſus decem quoq; illa, quæ a cohæredibus uice mutua percipit, compenſet; quod uerò ad quartam deeſt, nempe VII. ex eo, quod reſtituere debet, ſibi ſuppleat. Reliquas enim partes fundi ſuprà quartam habet nec imputat.* Hactenus Alciatus.

Huic veriſſimæ expoſitioni, ſi Cuiacij adiungas obſeruationem, rectè alium errorem confutabis; Eorum ſcilicet, qui ex hac lege probari crediderũt, filium per fideicommiſſum rogatum hæreditatem reſtituere, nõ poſſe niſi vnam quartam detrahere, propter illa verba textus, *ſupra quartam habẽs reddere compellitur*: ac ſi lex diceret, filium oneratum fideicommiſſo conditionali D reddere compelli, quod ſupra quartam habet: *Cum hoc lex potius dicat, ſimpliciter exiſtente conditione fideicommiſſi, filiũ portionem hæreditatis cohæredibus, quibus eam reſtituere rogatus eſt, reddere compelli, fundi prælegati partem, quam iure hæreditario capit, imputare in Falcidiam, parteṽ quam iure legati capit à cohæredibus, quibus uice mutua portionem ſuam reſtituit, compenſare, partem quam iure legati capit, a cæteris cohæredibus, quibus nihil reſtituit, ſupra quartã habere; id eſt, neq; imputare, neq; cõpenſare; & ſic extra quartã accipitur in l. In quartã, ff. ad l. Falcid. & ſupra quartam l. 15. §. pen. ff. eo.* Hactenus Cuiacius lib. 8. obſer. c. 3.

Gratiæ igitur habendæ ſunt in hac re recẽtioribus; in multis alijs antiquioribus interpretibus habemus, quos proinde non ſuperbè contemnere, etſi quandoq; errarunt, debemus, ſed venerari, & colere, quod nobis multa legum arcana aperuerũt, plurimas, deciſiones veriſſimas tradiderunt.

CAPVT LXXI.

Ad l. vlt. C. de fideicommiſſis. an teſtator poſſit legatario ſtipulari.



Væ ſit huius legis ſententia, nemo melius explicat, quàm Iuſtinianus in §. vlt. in Inſtitut. de fideicõmiſſ. hæreditat. Cæterùm Bartolus in l. Nemo. de leg. 1. non procul à principio, hanc legem adducens adijcit hæc verba: *Ponere in fine hæredis, ita quod hæres promittat hoc defuncto, ſapit naturam contractus, & ita hæres, qui hoc promiſit, ad hoc conuenitur, arg. l. Quidam cùm filium. de hæred. inſtit. & l. Spadonem, §. 1. de excuſ. tutor.*

Hæc verba Bartoli dicit Io. Imolenſis in d. l. Nemo. col. 2. quem refert & ſequitur ibid. Alexander col. 3. põderanda eſſe, quia ex eis colligitur alia interpretatio d. B l. Vlt. C. de fideicom. nimirũ eam loqui, cùm teſtator *fecit ſibi promitti per hæredem, quod legatario uel fideicommiſſario dabit legata; & ſic uidetur hæc diſpoſitio tranſire in uim contractus: & ſufficit tunc apparere de tali promiſſione per duos teſtes, & potuit teſtator ſtipulari legatario, qui, quoad legatum, repræſentat defunctum.*

Ex his cautelã format Bartolomęus Veronẽſis 129. ad probandũ legatũ per duos teſtes, vt curet teſtator *ſibi ab hærede promitti de præſtando legatum legatario: nam tunc tale legatum tranſit in uim contractus, & per duos tantum teſtes probari poterit, ſicut probantur cæteri contractus.*

Sequitur eandem ſententiam Ripa in d. l. Nemo. num. 32. 33.

Sed his contradixit primùm Iaſon in d. l. Nemo, cuius argumentis reſpondit Ripa. Diſſenſit & Alciatus in commentarijs eiuſdem loci, nec non lib. 1. Paradoxorum. cap. 4. quem refellere conatur in antiparadoxis Angelus à S. Ioanne. Diſſentit deniq; & Ruinus in d. C l. Nemo. num. 24.

Sed videamus iure, an iniuria, hæc ita alij aſſeuerẽt, alij autem diſſentiant. Et vt breuiter, ac liberè dicam, quod ſentio, Bartoli & ſequacium ſententia mihi nõ probatur. Video enim omnes iuris regulas apertiſſimè huic ſententię aduerſari: Contrà uerò nullum pro ea adferri ſolidum argumentum.

Prima regula hæc eſt. Alteri ſtipulari nemo poteſt, l. Stipulatio iſta, §. Alteri, ff. de uerb. oblig. Ergo neç teſtator legatario ſtipulari poterit.

Nec valet illa reſpõſio, ab hac regula caſus aliquos exceptos eſſe, ergo & hunc excipiendũ, quo de agitur: Nam ſi liceret ita ratiocinari, nulla iuris regula in diſputationibus adferri poſſet; quia ferè ſemper aliqui caſus excipiuntur, quamobrem promptum eſſet dicere, excipiendum etiam caſum eſſe, quo de ageretur.

Non obſtat illa reſponſio. Aliquis poteſt hæredi ſuo ſtipulari, ergo & legatario. Nam hæres eſt ſucceſſor in D uniuerſum ius; legatarius autem in re tantùm legata. Et plerunq; tam hæredibus noſtris, quàm nobis ipſis cauemus, l. Si pactum, ff. de probation. nuſquam tamen dicitur nos ſtipulando legatarijs cauere ſolitos eſſe.

Secunda regula. In omni ultima uoluntate excepto teſtamento quinq; teſtes debent adhiberi, l. ult. C. de codicill. Ergo duo nõ ſufficiunt in legato uel fideicommiſſo. Eſt enim ultima uoluntas. Nec uerum eſt per ſtipulationem in contractum tranſire, & ideo ex promiſſione agi inter uiuos facta ab hærede, quia aut hoc in caſu locus eſt pœnitentiæ, aut locus non eſt, ſi non eſt locus pœnitentiæ, iam non erit legatum uel ultima uoluntas. Illa enim ambulatoria eſt uſque ad ſupremum uitæ exitum, l. 4. ff. de adim. leg. Si locus eſt pœnitentiæ, non erit contractus ſine obligatio inter uiuos; quia in ea locus pœnitentiæ non eſt, l. Sicut, C. de act. & oblig.

Tertia regula: Vno contextu actionis teſtari opor-

ter. Est autem vno contextu, nullum alienum actum testamento intermiscere, l. Hæredes palam, §. vlt. de Testament.

Ex hac regula ego semper credidi non esse illud recipiendum, quod vulgo dicitur, contractus in testamẽto fieri posse, vt & aliàs disputaui.

Quod igitur testator fidei hæredis aliquid committat, ad testamentum pertinere dubium non est. Cæterùm quod ab hærede stipuletur legatario aliquid dari, extraneus planè actus est, & non conueniens testamento, nisi pro simplici fideicommisso accipiatur; & stipulatio illa alteri facta nihil aliud importet, quàm firmissimum fideicommissum, in quo hæredis fidem expressam testator secutus sit.

His regulis accedit ratio, qua Ruinus vsus est. Nam ex hac sententia Bartoli, & aliorum inuenta esset ratio legata & fideicommissa dandi coram duobus tantùm testibus, tametsi plures testes requirantur, l. vlt. C. de codicillis. propter suspicionem falsitatis, l. vlt. C. de fideicommiss. Et consequenter via quadam indirecta fieret, quod lege prohibitum est.

Nullum autem solidum argumentum pro Bartoli, & sequacium sententia adferri palam est. Nam quod attinet ad l. vlt. C. de fideicommiss. non loquitur de stipulatione, sed de fideicõmisso, quod à testatore nullis testibus præsentibus iniunctum est hæredi uel legatario, & dicit eum cogi iurare, aut soluere: Nullum prorsus verbum in ea legitur testatorem stipulatum fuisse dari cuiquam.

Adfertur secundò l. Quidam cùm filium, ff. de hære. instit. Sed ibi amicus ille nil promisit testatori, sed hæredi, ac proinde inquit Africanus: *Respondi, etiamsi manifestum sit, scriptum hæredem fidem suam interposuisse: non tam aliter ab eo fideicommissum peti posse, quàm si & ipsum testatorem fidem eius secutum esse probaretur.*

Testatorem autem fidem illius secutum esse, non est idem Africano, quod Bartolo. Nam Bartolus existimauit id per stipulationem fieri, veluti si testator stipulatus esset in illa facti specie filiofam. dari. Africanus autem hoc intelligit fieri per tacitum fideicommissum, vt patet ex illis verbis: *Nec quicquam ab eo petitum est.* Hæc enim sunt verba fideicommissorum propria, *peto, mando, rogo*, & similia. Sed difficile est, huiusmodi tacitum fideicõmissum probare, ideo respondit Africanus, fideicommissum peti nõ posse, nisi probaretur, &c. Si probatum fuisset, peti à filio potuisset, vt fideicõmissum nõ vt aliquid promissũ ac debitũ ex stipulatione, & ex contractu inter viuos, hoc.n. nec Africanus dicit, & longè à sententia eius alienum est. quod uerò ibi subijcit textus de actione mandati, ad illam speciẽ pertinet, in qua hæres scriptus filio ipsi promiserat, se aditurum hæreditatem, & restituturum.

Tertiò adfertur tex. in l. Spadonem, §. 1. ff. de excus. tutor. Nil aliud dicit, nisi eum, qui promisit patri se tutelam filiorum eius accepturũ, excusationibus vti non posse. Non est hæc stipulatio alteri facta, sed patri, qui filijs de tutore noluit prospicere, quod nec legibus repugnat, & rationi maximè conuenire perspicuum est.

Adfertur postremo loco etiam contractus in testamento fieri posse, sed vt aliàs disputaui, nec iure id probatur, nec mihi vnquam placuit. Testatorem posse aliquid fateri se accepisse, se debere, libertum alligare, & id genus alia, facilè concedo. Quod autem alios omnes contractus extraneos, & ad testamẽtum non pertinentes facere possit, non recipio, donec mihi fuerit ostensum iure conuenire. Sed vt maximè contractus facere possit quis in testamento, sequiturne & alteri stipulari posse, & duos tantùm testes sufficere, & nõ posse reuocari? Non confundamus quæso contractus, stipulationes, & alia quæ inter viuos geruntur, cum ijs quæ testamẽtis ac alijs ultimis voluntatibus expediuntur, ne inde absurda, & legibus contraria multa sequantur, ne iuris ordo euertatur, ne forma eius & solennia tollantur: ne falsitatibus & dolis aditus aperiatur. Præclarè Vlpianus: *Verba contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad ius testandi*, l. Verba. ff. de verb. sig.

CAPVT LXXIII.

Testator possitne inducere vsuras.

VLpianus: *Si cui certa quantitas legetur, & quoad præstetur in singulos annos certum aliquid, velut vsuras iusserit testator præstari legatum valet: sed in vsuris hactenus debet valere, quatenus modum probabilem vsurarum non excedit.* l. 3. §. vlt. ff. de annuis legatis. Ingens disputatio est, an inspecto iure Canonico, quo vsuræ sunt prohibitæ, eiusmodi testatoris dispositio valeat, quantum ad vsuras. quæ res maximi momenti est, quia si non valeat, vsuræ in sortem computandę erunt. Et frequenter legata id genus vxoribus dantur, vt donec dotes suas acceperint, vsumfructũ, vel aliud quidpiam percipiant. & loquor quando usuræ non excedunt legitimum modum, nam quæ excedunt, non debentur etiam iure Ciuili. Variæ ac dissentientes sunt Doctorum sententiæ. Nam multi existimarũt valere testatoris dispositionem, & vsuras istas peti posse. Multi id negarunt. Alij vsi sunt distinctione; Vtrum in potestate legatarij sit, legatam sortẽ petere ac exigere, & tunc vsuræ tanquam illicitæ nõ debeantur; an uerò in arbitrio hæredis positum sit, sortem præstare uel non præstare, donec usuras præstet: & tunc usuras deberi ac permissas esse. Alij denique in eo casu, quo in arbitrio hęredis est, præstare sortem, vel non præstare, distinguunt; utrum legatarius interpellauerit hæredem ad pręstandam sortem, an uerò non interpellauerit: ut priore casu licitè usuras percipiat, posteriore non item.

Vide Bartolũ in d. l. 3. §. Si cui, ff. de annuis legatis. & in l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nom. & ibidem Socinum seniorem, nu. 6. Iasonẽ in l. 1. nu. 59. C. de summa Trinit. & ibidem Castren. nu. 14. & eundem ad Rub. ff. de his, quæ pœnæ nom. & in cons. 101. lib. 1. Roma. cons. 510. nu. 15. Ripam in l. Nemo potest, num. 23. ff. de leg. 1. Cagnolum ad l. Curabit. nu. 14. C. de act. emp. Couar. lib. 3. uariar. resol. c. 1. ad finem. Alciatum lib. 5. Paradoxorum, c. ult. Aretinum in cons. 151. Barbatiam cons. 66. lib. 2. Socin. cons. 41. lib. 4. Ancharanum cons. 150. in quæstione, quæ uertitur inter Alexand. cons. 27. lib. 4. nu. 9. & 74. nu. 14. lib. 5. Puteum decis. 106. lib. 1. alios citat Menochius in cons. 441. lib. 5.

Ego ex his sententijs duas meritò amplectendas esse iudico. Prima est, testatoris dispositionẽ non ualere, quantum ad usuras, quoties in potestate legatarij est sortem debitam petere ac exigere. Altera, ualere, & seruandam esse, quoties in potestate legatarij non est sortem petere, sed in arbitrio hęredis est eam soluere, uel non soluere donec usuras soluerit. Duas has sententias cur amplectendas esse putauerim, vbi breuiter demonstrauero, tum argumenta diluam, quæ illis aduersari uidentur.

Quod attinet ad priorem sententiam, vt eam amplectar, in causa est primum, quod sit communis. Est enim in rebus obscuris & arduis communis sententię maxima autoritas. c. 1. Ne innitaris, de Constitutio.

Secundò, quod eandem secuta est Rota Romana apud Puteum, dicta decis. 106. lib. 1. Nemo autem ignorat, quanta sit eius autoritas: & meritò: Assident .n. illi semper integerrimi & doctissimi viri.

Tertiò, quia vsurę iure Canonico ac diuino prohibitæ sunt. Negari aũt nõ põt, quin legatum, quo de agitur, vsuras contineat. Est enim hac in re testis locupletissimus Vlpianus, qui in d. l. 3. §. vlti. ff. de annuis legatis, propterea monet, *Eatenus legatum valere, quatenus proba-*

probabilem vsurarum modum non excedit. Extat & integer tit. de usuris & fructibus rei legatæ. & tex. in l. Titia Seio. §. i. de leg. 2. Ex quo patet legatum, quo de agitur, usuras continere.

Quartò, quia iuris ratio hoc ipsum suadet. Nam vsura est cum aliquid ultra sortem debitam accipitur. c. Plerique. 14. quæst. 4. c. Sicut 2. 47. distinct. Sed hoc in casu ultra debitam sortem aliquid accipitur. Ergo est vsura.

Postremò, cum legatarius possit debitam sortem petere & exigere, & nõ exigat, uidetur tacitè pecuniam mutuare hæredi ea lege, ut usuras præstet, sicut mercator, qui merces suas longè maiori precio distrahit, si ad solutionem faciendam prolixioris temporis dilatio protogetur. c. Consuluit. de Vsuris. Est enim hoc in casu mutuum quoddam palliatum, vt loquuntur nostri Doctores, & declarat optimè Nauarrus in Manuali, cap. 17. nu. 206. Excipio ab hac sententia casum illum, quo vsura omni iure est permissa propter damnum emergens, uel lucrum cessans, quam restauratiuam appellant, quam passim Theologi & Canonistæ admittendam fatentur, & docẽt, ad quos me remitto.

Quod verò attinet ad posteriorem sententiam, vt eã amplectar, tres sunt potissimum causę. Prima, quod communior est. Secunda, quoniã Romæ ita fuit hæc quęstio decisa, cum ex facto proponeretur, teste Socino in d. l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nom. nu. 9. Tertia, quia firmissimum habet fundamẽtum. Nam hoc in casu considerari non potest ulla ratio mutui ueri, uel ficti. Non veri mutui, quia illud a creditore exigi semper potest, hoc autem casu a legatario non potest exigi. Quare id potius simile est emptioni annui census perpetui, quę iure licita reputatur, de quo in 1. par. Controuersiarũ multa dixi. Non mutui ficti, siue tecti, quia cum legatarius non possit hæredem cogere ad soluendum debitum, non potest etiam uideri breui quadam manu debitum ab eo exegisse, & illi pecuniã mutuasse sub vsuris. Excipio casum illum ab hac sententia, in quo legatarius potest, nõ obstante testatoris uolũtate, id quod sibi debetur, petere, & ab hærede exigere; tunc enim, si non exigat, idem puto dicendum, quod in priori casu proximè dixi, quia est eadem ratio.

Sed nunc argumenta dissoluenda sunt. Primũ usura esse dicitur, quæ prouenit ex pacto creditoris, qui lucri cupiditate illud fecit tacitè, vel expressè, sed hoc in casu nihil est pactus legatarius, sed vsuras percipit ex benignitate testatoris. Ergo, &c.

Respondeo, imò ex lucri cupiditate legatarius eas percipit, quoties sortem legatam, uel debitam petere potest. Nam si non petat, causa est, quod usuras percipit, & pecunia illi pecuniam parit, quod fœnus, si ei non placeret, sortem peteret, ac exigeret iure sibi cõcesso.

Secundum argumentum est; quia testator non præsumitur, præsertim moriens, velle, ut legatarius usurã committat; quia in extremis agẽs præsumitur memor salutis æternæ. L. ult. C. ad legem Iul. repetun. Respondeo, fieri posse, ut testatoris mẽs sit bona & recta, nec putet ille usuram committi hoc in casu, sed quia committitur, ideo exigi non potest: plus enim ualere debet ueritas, quàm opinio testatoris.

Tertium est argumentum ex d. l. 3. §. ult. ff. de annuis legatis. Respondeo, iure Ciuili locum habere, quo tẽpore usuræ permittebantur. in te Canonico, quod præualere debet, contrarium sancitum est, & secundum illud nostra disputatio accipienda est.

Hæc aduersus sententiam priorem obijciuntur. Aduersus autem posteriorem obijcitur, (vt cætera prætereã argumenta leuiora, quæ ex Doctorum placitis petuntur) hoc argumentum, quoniam hoc etiam in casu aliquid ultra sortem exigitur, & pecunia pecuniam parit: Ergo vsura committitur. Et quia, cum legatarius non petat sortẽ sibi restitui, nec interpellet hæredem,

A uidetur tacitè consentire usurarum præstationi, atque adeo tacitum cum hęrede & palliatum, vt vocant, mutuum contrahere.

Respondeo, legatarium vsuras consequi ex testatoris uoluntate, non ex pacto tacito, vel expresso; Sicut enim testator potuisset annuatim, & simpliciter legare pecuniam, quam pro usuris legauit, ita nihil ei potest obesse, quod interea solui eam uoluerit pro vsuris rei legatæ. Et ideo non committitur usura illa, quæ iure prohibetur.

Quòd verò legatarius non petat rem principalem legatam; nec hæredem interpellet ad eam præstandã, non facit ipsum in usuræ crimen incidere, si ex facto proponatur, non esse in potestate legatarii hæredem cogere ad sortem principalem præstandã. Cur enim legatarius hæredem interpellaret eo in casu ad soluẽdum, quo id ei non licet? etenim contra leges illum vrgeret, & ideo non est in culpa is, qui non facit, quod de iure facere nec tenetur, nec potest.

Quod si proponatur, legatarium actionem habere ad exigẽdam principalem ac debitam summam, non
B obstante contraria testatoris dispositione, hæredis arbitrio id committente, tunc legatarium usuræ crimen contrahere non dubito, si iuris, quod ei competit, auxilio ad consequendam sortem debitam omisso, turpi usurarum legatarum lucello inhiare deprehendatur.

CAPVT LXXIII.

Vtrum filius legitimam portionem amittat, si legata pia soluere neglexerit?

SI filius hæres institutus sit, & in legatis pijs exequẽdis monitus ab Episcopo negligens fuerit, legitimam amittit, quæ secundum legem ei defertur in parentum successione: Ita Io. And. Hostiensis, Antonius But. & Ancharanus in c. Si hæredes. de testam.
C Fundamentum est primo in §. Si autem, qui hoc facere. in Authen. de Ecclesiasticis titulis, ubi Iustinianus. *Si autem, qui hoc facere iussi sunt, semel & secundo a beatissimo locorum Episcopo, aut eius Oeconomis per publicas personas admoniti distulerint quæ disposita sunt adimplere, iubemus eos omne lucrum eis relictum ab eo, qui hoc præceperit, amittere,* &c.

Secundò in c. Licet. de voto. ibi: *Ne si onus tibi a patre iniunctum, & a te spontè susceptum occasione qualibet detrectaueris, paterna te reddas successione indignum, et hæreditatis emolumento priueris, cum recusaueris onera supportare, sciturus ex tunc anathematis te uinculo subiacere, & iure, quod tibi, si dictus Rex sine prole decederet, in regno Vngariæ, competebat ordine genitura priuandum.*

Contrarium docuerunt Cardinalis, Abbas, Imolensis, & Barbatia in d. c. Si hæredes. & ibidem Couuarr. nu. 9. Fundamentum est primò in §. Si quis autẽ
D non implens. in Authen. de hęred. & Falcidia. vbi Iustinianus: *Si quis autem non implens, quod dispositum est, sed dum competat ei, qui honoratus est, quod relictum est, etiam ex decreto iudicis admonitus, annum totum protraxerit, non agens hoc, quod præceptum est, siquidem aliquis eorũ fuerit, qui necessario ex lege percipiunt, in plus autem, quàm quod lex ei dari uult, scriptus est hæres: tantum accipiat solum, quantum lex ei dari, secundùm quartam ab intestato partem concedit: aliud uerò totum auferri.*

Nec obstat, si quis dixerit, Iustinianum eo in loco non loqui de legatis pijs, quia etiam de legato libertatis loquitur; vt infrà patet ex illis uerbis; *Aut seruus libertate donatus*, &c. legatum uerò libertatis pium est lege prima, §. Sin autem. C. de commu. seruo manum.

Sed licet hoc ita sit, negari tamẽ non potest, quia

constitutio hæc, quæ habetur in Nouella de hæred.& Falcid. differat ab alia constitutione, quæ habetur in Nouella de Ecclesiasticis titulis, quia lucrum, quod aufertur hæredi negligenti legata pia adimplere Episcopi distributioni defertur; illud autem, quod hæredi aufertur, generaliter negligenti exequi voluntatem testatoris, defertur substitutis coniunctis legatarijs & alijs. Illa Constitutio loquitur de hęrede bis monito, & de pœna priuationis eius etiam ante annum negligentis præstare legata pia: Hęc autem de hęrede loquitur, qui totum annum protraxerit, in exequenda voluntate defuncti, iudicis decreto admonitus.

Secundò, fundamentum est, quia Nouella constitutio de Ecclesiasticis titulis aufert lucrum hęreditaris hęredi negligenti soluere legata pia. Legitima verò portio filijs debita non dicitur lucrum, sed potius debitum. l. Si quis legatum. §. vlt. ff. ad l. Cor. de fals. & habetur in Nouella de Triente & Semisse.

Sed nec istud fundamentum solidum est: quia textus prædictæ Nouellę omne lucrum aufert hęredibus relictum ab eo, qui hęc pręceperit; consequenter, si hæres ille institutus est, uidetur ei tota hęreditas à testatore relicta auferenda: Est autem legitima portio triés eiusmodi hęreditatis, quamobrē & illa aufertur, quia in toto inest pars.

Tertiò fundamentū est; quia legitimæ nullum adijci onus potest. l. Quoniam in prioribus. C. de inoff. testam. Sed hoc est magnū onus, vt filius illam amittat, nisi legata pia executus fuerit. Responderi potest, non esse hoc onus legitimæ portioni adiectum à testatore, de quo loquitur lex illa, sed est pœna à lege Imposita aduersus eos, qui legata pia executioni mandare ac præstare detrectauerint, ac bis moniti neglexerint. quam quidem pœnam In legitima portione locum habere non posse, nulla lege demonstrari, nulla ratione euinci potest.

Imò verò etiam legitimam portionem hoc in casu amitti debere ex lege Iustiniani, non leuis coniectura est, quòd cùm de hæredis negligentia circa aliorum legatorum præstationem locutus est, & pœnam in eo casu statuit, satis clarè, & disertè legitimam filijs hæredibus, vel alijs debitam excepit. Cùm autem pęnam statuit in eos, qui in legatis pijs soluendis negligentes sunt, non excepit legitimam portionem hæredi debitam: Ex quo coniecturam sumere licet, quia maior est culpa negligentium pia legata implere, eos etiam maiori pœna afficiendos; ac propterea omnem hęreditatem istis meritò auferendam: illis autem portionem legitimam reseruandam, qui cętera implere negligunt. Propter hanc coniecturam, & quia nullum posterior sententia solidum habet fundamentum, vt priori sententiæ acquiescam, faciendum esse iudicaui.

CAPVT LXIX.

Militare testamentum an subiaceat quærela.



Lexander Imperator; *De inofficioso testamēto militis, vel iure militari, vel ciuili facto, vel Centurionis, vel tribuni numeri; nec filios posse quæri, ius certum est.* l. De inoffi. C. de testamen. milit. Idē habetur in l. vlt. C. de inof. test. in l. Si instituta. §. De inoffic. & in l. Papinianus. §. Papinianus, ff. eod. tit.

Sed controuersia est, an hodierno iure inspecto idē respondendum sit, cuius rei causam attulit Nouella Iustiniani 115. Vt cùm de appellationibus. §. Aliud quoque capitulum. vbi Iustinianus: *Sancimus igitur nō licere penitus patri, vel matri, auo, &c. suum filium, vel filiam, vel cæteros præterire, aut exhæredes in suo facere testamento, &c. Nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testa-* A *mento.* Et paulò inferiùs: *Et hac quidem de parentum ordinamus testamentis. Iustum perspeximus & econtrariò de liberorum testamentis hac eadem cum aliqua distinctione disponere: Sancimus itaque non licere liberis parentes suos præterire, aut quolibet modo à rebus proprijs, in quibus habēt testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas numerauimus, in suis testamentis specialiter numerauerint.*

Inter Doctores igitur est controuersia; Vtrum hac generali constitutione contineantur etiam milites, ac proinde testamentum militum rescindatur, sicut aliorum, si parentes milites filios suos absq; legitima causa exhæredauerint, vel præterierint, & econtrariò filij suos parentes simili modo præterierint, vel exhæredauerint absque legitima causa.

Et communis est sententia etiam milites ea constitutione contineri. Glos. in l. vlt. vers. Testamenta. C. de inoff. testam. Bartolus in Auth. Ex causa. C. de lib. præteri. & in l. Filio præterito. nu. 22. ff. de iniusto rupto. B pro. & irr. testam. Couuar. alios citans in c. Quia nos. de testam. Clarus in §. Testamentum. quæst. 40. versic. Sed quæro.

Ab hac sententia recesserunt Ledouicus Romanus & Iason in l. Sicut. C. de Testam. milit. col. penul. Viglius in §. Sed si. in Insti. de Exhæred. lib.

Communis sententiæ fundamentum est; quia constitutio generalis est; & consequenter ad omnes generaliter porrigitur. Item, quia dum Imperator loquitur de filijs, eis non licere declarat parentes suos præterire *in rebus, in quibus habent testandi licentiam*. Testandi verò licentiam habent milites præcipuè, ut in Insti. de exhæred. lib. non procul ab initio & alibi. De Castrēsi etiā peculio permissum est testari filijsfamilias, & quasi Castrensi. l. pen. & l. ult. C. de Testam.

Fundamentum contrariæ opinionis est; quia Iustinianus in dicta Nouella non corrigit antiquas leges, quibus priuilegium hoc testamenti militaris contine- C tur: Ergo manent incorrectę. Quod uerò dicitur in dicta Nouella filijsfami. in rebus, in quibus habent testandi licentiam, non pertinet ad filiosfamil. milites, qui in expeditione militari sunt, sed ad filiosfamil. qui testari possunt de peculio quasi Castrēsi, uel etiam Castrensi, non tamen eo tempore, quo sunt in Castris, & in ipsa expeditione militari.

Ego libentius sequor posteriorem hanc sententiam eo argumento, quod mihi familiare est, & solidum videtur, Veteres leges nunquam ex Nouellis corrigi, nisi exprimatur præfatione præmissa à Iustiniano, aut necessariò ex verbis nouæ constitutionis eliciatur legum veterum correctio. In hac autem, qua de agitur constitutione, nullum verbum de militari testamēto: nullum verbum, quod veteres leges sint sublatæ, quibus constitutum erat, vt militis testamentum non subiaceret quærelę. Et sanè Iustiniano in Nouella illa id D propositū est, causas determinare, quæ sunt iustæ, vt filij exhæredati possint. Item, vt filij instituti debeant, & non sufficiat legitimam eis portionem alio titulo relinquere, quàm institutionis, & ut ex causa præteritionis, uel exhæredationis rupto testamento legata præstentur, & quædam alia ibi expressa, quę legibus antiquis repugnant.

Quod aūt subijcitur in §. Et hęc quidē. etiam in liberis testantibus idem sancitum esse, ut eis non liceat parentes suos exhęredare, uel pręterire in reb. proprijs, de quibus habent testandi licentiam, id, inquam, ostendit filiorum testamenta subiacere quęrelę, & rescissioni, siue de Castrensi, siue de quasi Castrensi peculio testentur, & in hoc leges ueteres correctas esse, quia nō possunt cum hac constitutione saluæ cohęrere: nisi ad filios emancipatos constitutio Iustiniani restringatur, & quod absurdum est; Sed non ostendit militaria testamenta eorundem filiorum simili modo subiacere quęrelę, & rescissioni.

Mili-

Militaria, inquam, testamenta, de quibus nostra est disputatio, & quæ milites in Castris conficiunt, de quibus antiquæ leges loquuntur, statuentes, vt de inofficioso querelam euadant. Nec dubium est, quin eiusmodi militaria testamenta, quæ singularibus priuilegijs iure donata sunt, eisdem speciali quadam constitutione priuanda essent: Præsertim, quia Iustiniano id solenne est, vt in militum quoque personis locum esse constitutionibus suis expressim decernat, cùm eisdem etiam milites contineri intendit, vt patet ex Nouella de hæredib. & Falcid. ibi: *In omni persona, siue priuata, siue militari,* &c. & alibi sæpe.

CAPVT LXXV.

Clericorum testamenta num subiaceant querelæ, ac rescissioni, si sint inofficiosa.

CLericorum testamenta de his rebus, quæ præter Ecclesiæ reditus, acquirunt, ex causa exhæredationis, vel præteritionis non rescindi, autores sunt Accursius, Iacobus Butriga. & Baldus in Authen. Presbyteros, C. de Episcop. & Cleri. Abbas Panorm. in ca. Quia nos, de testam. Angelus, Paulus & Iacopin. in l. 1. ff. de inoff. testam. Corneus in Auth. Ex causa. num. 100. C. de lib. præte.

Argumenta verò hæc sunt: Primum ex c. Quia nos. de testam. in illis verbis: *Liberè disponere valeant.* Si. n. liberè disponere possunt ac testari, vt ibi dicitur; ergo non subiacent querelæ eorum testamenta. Probatur hæc consequentia ex l. Si filiam tuam, C. de inoff. testa. Diocletianus: *Si filiam tuam eo, quòd turpiter, & cum flagitiosa fœditate viuit, à successione tua excludendam putes; si non inconsulto calore, sed ex meritis eius ad odium incitatus es: postremi iudicij liberum arbitrium habebis.*

Liberum arbitrium ibi intelligitur habere parens, quia filiam suam exhæredare potest.

Secundum argumentum est; quia testamenta filiorum fam. de peculio Castrensi, uel quasi Castrensi querelę non subiacent, l. vlt. C. de inoff. testam. Ergo neque Clericorum, qui de bonis ita acquisitis testantur, quia sunt quasi Castrésia; vt habetur in Auth. Presbyteros. ibi: *Ad similitudinem Castrensium peculiorum,* &c.

Tertium argumentum est ex d. Auth. Presbyteros desumpta ex Nouella de sãctissimis Episcopis, §. Presbyteros. Eius verba hæc sunt: *Presbyteros, & Diaconos, & Subdiaconos, & Cantores, quos omnes Clericos appellamus, res quolibet modo ad dominium eorum venientes, habere in sua potestate præcipimus, ad similitudinem Castrensiũ peculiorum, & donare, cui volunt secundùm leges; & in his testari, licet sub parentum potestate sint. Sic tamen, ut horũ filij, aut his non extantibus, parentes eorum legitimam ferant partem.*

Sed contrarium docuerunt Andreas Siculus in d. c. Quia nos. de Testam. Salycetus in d. Auth. Presbyteros, & in Auth. Ex causa. num. 18. C. de lib. præteritis, quib. Couuarruuias in d. c. Quia nos, dicit se non admodum inuitum accedere, ego verò libentissimè accedo; nec dubito, quin contraria hæc sentẽtia iuri sit magis consentanea, quod me clarè ostensurum confido, si eius fundamento solido prius iacto, tum prioris sententiæ argumenta diluere aggrediar.

Fundamentum est planè firmum in Nouella Iustiniani 115. Vt cùm de appellat. in §. Et hæc quidem. vbi generaliter Iustinianus statuit idem de liberis testantibus, quod de parentibus cõstituit; vt eis non liceat parentes suos in rebus, de quibus testari possunt, exhęredare vel præterire sine iusta causa, alioquin testamentum rescindatur, vel secundum multorum sententiam nullius sit momenti. Hæc constitutio clericos non excipit: nec iure Canonico illi eximũtur. Ergo eadem cõ-

A stitutione continentur, qua cæteri liberi, in rebus de quibus testari possunt, vt puta Castrensibus vel quasi: Constat enim eos de ijs testari posse, nõ de alijs, si sint in potestate patris: quibus proculdubio Imperator æquè legem illam statuit, atque emancipatis. Fundamentum hoc satis mihi firmum uidetur.

Ad argumenta prioris sententiæ sic respõdeo, quod attinet ad text. in c. Quia nos, de Testam. illud uerbum *liberè*, non esse ita accipiendum, vt possit Clericus contra leges, & constitutiones filios vel parentes præterire. Præclarè enim Iustinianus: *Si quando talis concessio Imperialis processerit, per quam libera testamenti factio conceditur: nihil aliud uideri Principem concedere, nisi vt habeat legitimam, & consuetam testamenti factionem,* l. Si quando, C. de inoff. testam.

Nec obstat textus in l. Si filiam, C. de inoff. testam. quia *liberum arbitrium* ibi necessariò propter subiectã materiam hoc importat, vt filia turpiter uiuẽs, & quã
B propterea pater excludendam putabat, exhæredari possit.

Ad secundum argumentum respondeo, l. vlt. C. de inoff. testam. & si quæ sunt aliæ similes, quibus declaretur filiorumfamil. testamenta de Castrensi, vel quasi Castrensi peculio querelam euadere, antiquatam esse ex Nouella supradicta Iustiniani. Vt cũ de Appel. cog. §. Et hæc quidem. solis militibus exceptis, ut declaraui in capite præcedenti.

Ad tertium argumentum ex Auth. Presbyteros respondeo, nihil minus dicere ibi Iustinianum, quàm quod Clerici possint liberos uel parentes suos exhæredare sine causa legitima, ac proinde testamenta eorum querela expugnari non possit; immò contrarium indicant illa verba, *& donare cui volunt secundum leges.* Item illa: *Sic tamen vt horum filij, aut his non extantibus, parentes legitimam ferant portionem.* Præclarè Salycetus in d. Auth. Ex causa. num. 18. *Pondera verbum sic,* in-
C quit, *& illud verbum, ferant, quod sequitur; non enim dicit: petant vel aduocent, sed ferant, quod intelligitur in illo testamento, & omnia simul iuncta probant: quasi dicat, sic testentur secundum leges, quod parentes in eo vel ex eo testamento legitimam ferant, quasi dicat; quod si non fecerint, quia eos non instituerint in legitima, iuris remedia locum habebunt; Hæc autem remedia sunt, quia vel testamentum nullum dicent vel querelam intentabunt.* Sic ille.

CAPVT LXXVI.

Ingratitudinis causa si probetur, quæ testamento parentum expressa non sit, possint ne filij exhæredati rescisso testamento ab intestato hæreditatem vindicare.

D IMperator Iustinianus: *Sancimus non licere penitus patri vel matri, &c. filium vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in suo facere testamento, &c. Nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.* Nouella 115. Vt cùm de appellat. cognoscitur, §. Aliud quoq; capitulum.

Huius textus authoritate probatur testamentum rescindi, & filium exhæredatum uindicare posse hæreditatem, licet ingratitudinis causa ab hærede probetur, si ea testamento nominatim inserta non fuerit; quia Iustinianus duo coniunctim exigit: Vnum, vt causa ingratitudinis probetur. Alterum, vt nominatim testamento inseratur. Atque ita rectè docent Aretinus in l. 3. §. Filius, col. 2. ff. de lib. & postumis. Alexander in Authen. Ex causa, col. pen. C. de lib. præteritis, & multi alijs, quos refert & sequitur Couuar. in c. Rainutius, num. 7. de testamen. qui duos textus pro huius sententię confirmatione adfert. l. In arenam, &

l. Om-

l. Omnimodo. C. de inoff. testam. Sed l. In arenam. nihil iuuat hanc sententiam. Nec l. Omnimodo. illam planè euincit, in illis verbis: *Si tamen non ingrati legitimis modis arguantur: cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare, & huiusmodi quæstionem introducere.* A

Ideo hanc sententiam locus iste non euincit; quia hoc tantùm requirit, vt in testamento parens mentionem faciat liberorum quasi ingratorum, nos autem exigimus, vt nominatim etiam causam adferat ingratitudinis legitimam. Itaq; si parens in testamento eos ingratos fuisse diceret, id ex mente d. l. Omnimodo. sufficeret, ad filios probata ingratitudine excludédos; sed non sufficit ex méte Iustiniani in d. Nouella; quia hoc requirit, vt etiam causa ingratitudinis legitima nominatim testamento inseratur.

Quod licet ita clarè constitutum sit, non desunt tamen, qui ex locis alienis, & verbis ac argumentis generalibus contrarium docuerint, nempe ingratitudinis causa probata, licet testamento nō inserta liberos excludendos ab hæreditate. Ita docuit Angelus in §. Ingratitudinem. in Auth. de nuptijs. Iason in l. Cum mota. nu. 17. C. de Transact. & in Auth. Ex causa. col. 3. & 10 Auth. Non licet. in 7. limit. C. de lib. præterit. Corsetus in singul. in verbo Ingratitudo. qui citat Gl. in c. vult. de postulando. B

Primum argumentum est ex d. §. Ingratitudinem. Nihil probat: quia hoc tantùm dicit, sicut filij, qui probantur ingrati excluduntur à lucris nuptialibus, quæ mater consecuta est, ita etiam & fratres excludi, nec fratribus suis in huiusmodi lucris succedere posse. Excluduntur autem omnes isti ex ingratitudinis causa. quod ego sic accipio, si testamento videlicet exhæredati fuerint à matre siue fratre: nec enim Iustinianus aliquid hac in parte noui statuit, quasi velit eos excludi etiam ab intestato, sed matri ac fratri reseruat ius exhæredandi filios & fratres ingratos. Id patet ex verbis, quæ præcedunt dictum §. Ingratitudinem. ibi: *Ratione contra ingratos filios undique, & super istis rebus seruata.* Et statim subdit idem iuris esse in fratribus ingratis, sic dicens: *Ingratitudinem autem hoc consideramus non solum ad matrem, sed etiam aduersus fratrem ipsum defunctum.* Et quòd maximè notandum est, refert se ad Cōstitutionem super hoc editam, vt ex illis verbis patet: *Secundum quod pridem à nobis dictum est.* Quamobrem hoc primum argumentum nihil obstat, quia quantum ad filios attinet, sicut propter ingratitudinem excluduntur ab hæreditate patris, si testamento causa ingratitudinis inserta exhæredati fuerint, iuxta Nouellam. Vt cum de appell. cognosc. §. Aliud quoque capitulum. Ita & ab eiusmodi lucris excluduntur, si fuerint testamento matris propter ingratitudinis culpam exhæredati. C

Secundum est ex l. Liberi. C. de inoff. testa. quæ nil aliud habet, quàm parentes ingratos exhæredari posse, & ingratitudine probata, testamentum impugnare non posse. Quod sanè, quo pacto iuuet hanc sententiam, non intelligo. D

Tertium est prorsus alienum à quæstione ista ex l. 3. §. vlt. ff. de adim. legat. Vlpianus: *Non solùm autem legata, sed & fideicommissa adimi possunt, & quidem nuda voluntate. Vnde quæritur, an etiam inimicitijs interpositis fideicommissum non debeatur? Et si quidem capitales, vel grauissimæ inimicitiæ intercesserint: ademptum videtur, quod relictum est, &c.*

Ideo verba attuli & adscripsi: quia attulisse illa, confutasse est argumentum, quod ex eis adfertur.

CAPVT LXXVII.

Ad interpretationem Nouellæ 115. Vt cùm de Appell. cognosc. §. Aliud quoque capitulum. an locum habeat in præteritione paterna filiorum, qui sunt in potestate.

QVI filium in potestate habet, curare debet, vt eum hæredem instituat, vel exhæredem nominatim faciat. Alioqui si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur: adeò quidem, vt si viuo patre filius mortuus sit, nemo hæres ex eo testamento existere possit: quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Verba sunt Imperatoris in §. 1. in Insti. de exhæred. liber.

Idem Iustinianus in Nouella 115. Vt cùm de appell. cognosc. §. Aliud quoque capitulum. ita statuit: *Sancimus non licere penitus patri vel matri, &c. Suum filium vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in suo facere testamento, &c. Nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.*

Hic controuersia oritur, si pater filium, quem in potestate habet, præterierit causa legitima testamento inserta, quæ vera esse probetur: vtrum testamentū valeat. Mouet dubitationem, quòd secundum leges veteres non valet illud testamentum, in quo filius in potestate existens, neque hæres institutus est, neque nominatim exhæredatus. l. Inter cætera. ff. de lib. & postum. l. Filio præterito. ff. de iniusto rupt. test. & habetur in d. §. 1. in Insti. de exhæredat. liber. Veteres autem leges non correxit Iustinianus in hac parte, nec vllam eorum fecit mentionem in d. §. Aliud quoq. capitulum. Ergo manent incorrectę, & consequenter testamentum nullius est momenti, in quo filius est præteritus, etiam si ingratus esse probetur, & ingratitudinis causa testamento fuerit inserta, quia non potest eū pater præterire, sed nominatim exhęredare debet.

Sed huic sententię verba Iustiniani repugnant in d. §. Aliud quoque capitulum. Nam dum statuit patri non licere filios fam. pręterire, nisi ingrati probentur, & ipsę ingratitudinis causę nominatim testamento inserantur, ex contrario indicat, si ingrati probentur, & causæ ingratitudinis nominatim testamento inserantur, patri licere filios suos pręterire: & consequēter testamentum eo in casu valere, & firmum esse.

Hęc est illa quęstio, quam Fulgosius in Auth. Ex causa. C. de lib. præterit. dicebat Cæsarea decisione indigere, & quam in Concilio Constantiensi decidendam proponere in animo habebat; Et sanè Couarr. in c. Raynucius, num. 1. 2. & 8. de testam. adductis vtriusque sententię autoribus, & nonnullis rationibus in eam sententiam magis propendet, vt testamentum hoc in casu valeat. Et idem quoque mihi videtur, quia cùm pater in testamento dicit: *Filium meum prætereo, quia me verberauit*, si non verba, sed sensum spectemus, uidetur filium suum exhæredare; neque enim ad exhæredationem inducendam necessaria est forma illa verborum, *Filium meum exhæredo*, sed qualiacunque verba idem significantia sufficiūt, l. 3. C. de lib. præterit.

Mouent præterea, quoniam cùm Iustiniani Nouella cohęrere nequeunt leges antiquæ, quæ ob præteritionem testamentum nullum esse statuerunt, eo scilicet in casu, quo filij sunt præteriti iustam ob causam ingratitudinis testamento insertam; quia Iustinianus vult illud ualere, ergo necesse est dicere, leges ueteres sublatas esse noua illa Iustiniani Constitutione.

Non obstant duæ responsiones, quæ adferri solent. Prima, id, quod Iustinianus in Nouella dicit de præteritione filiorum, accipiendum esse respectu matris, cu-

ius

ius præteritio pro exhæredatione habetur; Vel de præteritione filiorum, qui non sunt in potestate. Cõstat enim testamentum valere, in quo filius emancipatus est præteritus.

Altera, hoc Iustinianum velle: vt si causę ingratitudinis in testamento fuerint expressę, quo filius est præteritus, testamentum ex sua constitutione nõ possit infirmari, nisi tamen fuerit nullum aliam ob causam, puta propter præteritionem filij, ob quam, secundum leges veteres testamentum est nullum.

Posterior hęc responsio nihil ualet, quia perinde est, ac si diceretur, uelle Iustinianum, ut testamentum hoc in casu ualeat, non obstante præteritione: sed tamen propter præteritionem nullum esse ex antiquis legibus, quod manifestam implicat contradictionem. Si autem ita diceretur, non puto dubitari posse, quin absurda esset interpretatio, & Iustinianus uellet repugnantia, & quę simul cohęrere non possunt. Adde etiam ipsius Iustiniani proposito aduersantia, quia si uult testamentum ualere, ubi causę ingratitudinis expressę sunt legitimæ & ueræ, consequenter uult ueteres leges hac in parte cessare, & uires nõ habere. Sed audiamus ipsum Iustinianum: *Siue igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, siue certas ex his, &c. Testamẽto suo inseruerint, &c. Testamentum suam habere firmitatem decernimus.* Vult igitur disertè, testamentũ hoc in casu ualere: Ergo ueteres leges, quæ illud non ualere statuunt, necessariò abrogantur.

Prior autem responsio ideo consistere non potest, quia uerba Iustiniani dicentis, patri, uel matri non licere filios suos præterire, uel exhæredes in suo facere testamento, tam de patre, quàm de matre accipienda sunt, & iam de filijs in potestate positis, quàm de emãcipatis. Alioqui si non de patre accipienda sint, respectu filij in potestate patris existentis, licebit filios in potestate pręterire, licet ingrati non probentur, & licet ingratitudinis causam suo testamento non inseruerit, quod tamen absurdum est. Sicut ergo Iustinianus generaliter accipiendus est de patre & matre, & filijs tam suis, quàm emancipatis in sensu directo, quatenus statuit non licere patri uel matri filios pręterire, uel exhæredare, nisi ea forma seruata, ita etiam accipiendus uidetur in sensu cõtrario, quatenus uult ea forma seruata, patri & matri licere filios præterire, uel exhæredare, & eo in casu testamentum ualere. Id quod expressè statuit in §. Siue igitur. cuius uerba proximè adscripsi, & mox iterum adscribam.

Non obstant, quæ pro contraria sententia adferuntur; quæ duo sunt potissimùm argumenta: Primùm est ex illis uerbis dictæ Nouellæ: *Siue igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, siue certas ex his, &c. Parentes in testamento suo inseruerint, & scripti hæredes, &c. Veram esse monstrauerint, testamentum suam habere firmitatem decernimus.*

His enim uerbis uidetur colligi, Iustinianum loqui de testamento, quod à principio ualet, & ideo dicit, *suam obtineat firmitatem*. At testamentum, quo filius est præteritus, à principio non ualet, sed nullum est; ergo de hoc testamento non loquitur Imperator.

Alterum est argumentum, ex uerbis sequentibus: *Si autem hæc obseruata non fuerint nullum exhæredatis liberis præiudicium generari.* Non dicit Imperator, *præteritis*, sed *exhæredatis*. Ex quo uidetur colligi posse Imperatorem suprà locutum esse de exhæredatis tam à patre, quàm à matre, & de præteritis à matre, cuius præteritio, pro exhæredatione habetur. §. Mater. in Insti. de exhæred. lib.

Ad primum argumentum ita respondeo: sensus illorum uerborum, *testamentum suam obtinebit firmitatẽ*, hunc esse; testamentum ualere, & rescindi non posse; ualere, inquam, ab initio, & suam obtenturum firmitatẽ, quia rescindi nõ poterit, nec infirmari ulla rõne. Et dum in argumento assumitur. Sed testamentũ, in quo filius est præteritus, ab initio non ualet. Istud nego. Nam dico ualere, si forma à Iustiniano statuta seruetur. Nec obstant antiquæ leges; quia per nouam Constitutionem antiquantur, & locum non habent. Id manifestum est ex his, quæ superius diximus: quia Iustinianus hoc vult, licere patri & matri filios præterire causa ingratitudinis probata, & testamento inserta; ergo necessariò vult sublatas esse leges veteres, quibus non erat permissum filios pręterire.

Ad secundum argumentum respondeo, verbum *exhæredatis*, quo Imperator vsus est, latè ibi accipiẽdum esse, & ideo præteritos quoque filios comprehendere. Alioqui absurdum sequeretur, Iustinianum scilicet statuisse, vt non liceret patri filios præterire vel exhæredare, nihil forma illa seruata; & tamen si præterijsset, nihil dixisse; si verò exhæredasset, declarasse, vt nullum eis præiudicium generaretur. Hoc est absurdum; quia sicut liberis præteritis antea consultũ erat, ita & iniustè exhæredatis per querelam inofficiosi testamenti; & tamen Iustinianus declarauit, nullum exhæredatis præiudicium generari. Aliud præterea absurdum sequeretur: ea videlicèt, quæ Iustinianus postea decreuit de testamento, quantum ad institutionẽ hæredis, irritando, & quantum ad legata & fideicommissa conseruando, non pertinere ad eam facti speciem, in qua filius testamento præteritus esse proponatur, quod ex verbis Iustiniani, & menti repugnare manifestum est.

Porrò exhæredationis verbum latè patere, vt & pręteritionem comprehendat, testis est Vlpianus in l. Si patronus. 12. ff. de bonis libe. ibi: *Silentio exhæredauerit*. Quid enim aliud est exhæredare, quàm priuare hęreditate? Priuat autem hæreditate pręteritio, vt patet.

CAPVT LXXVIII.

Ad eandem Nouellam 115. Vt cùm de appell. cognosc. §. Aliud quoq; capitulum. possintne parentes filios suos exhæredare ex alia causa, quæ non sit ex 14. ibi expressis, quæ tamen similis sit, vel maior.

Filios exhæredari non posse à parentibus ex vlla ingratitudinis causa, quæ non sit ex 14. à Iustiniano constitutis in Nouella 115. Vt cùm de appella. cognosc. §. Aliud quoq; capitulum. existimauit olim Martinus Laudensis, & hanc sentẽtiam de iure veriorem esse Alexander dixit in Auth. Non licet. C. de lib. præter. nu. 4. eo argumento, quòd nouissima illa Cõstitutio corrigat antiquas leges, & pœnam introducat, cõsequenter odiosa sit, & nequaquam extendenda ad alios casus in ea non expressos, præsertim cum Iustinianus ipse extensionem prohibeat, sic dicens: *Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diuersis legibus dispersas, & non apertè declaratas inuenimus, quarum aliqua nec digna nobis ad ingratitudinem visa sunt, aliqua uerò, cùm essent digna, prætermissa sunt; ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim præsenti lege comprehendere: vt præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in huius Cõstitutionis serie continentur.*

Sed contrariam sentẽtiam vti receptissimam, ita & verissimam esse iudico. Receptissimam esse oẽs fatentur, in Auth. Non licet. C. de lib. præter. Couuar. ad c. Rainnerius. nu. 16. de test. Clarus §. Testamentũ. q. 41. vers. Sed quæro. Verissimam autem esse, ut ostendam, Vtor ipse, cæteris omissis, hoc argumento, quod absurdum esset, & longè à iure alienum, si causa ingratitudinis maior committatur, uel similis eis, quæ a lege expressæ, & enumeratæ sunt, eam non eodem iure cen-

cẽsendã, quo causæ lege Iustiniani expressæ; *Nō possunt inquit Iulianus, omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi; sed cùm in aliqua causa sententia eorum manifesta est: is qui iurisdictioni præest ad similia procedere, atque ita ius dicere debeat.* l. Non possunt. ff. de legib.

Nec mens illa Iustiniani est, vt causas similes, vel maiores expressis ab eo excludat, sed vt eas tantum causas excludat, quæ alijs legibus continentur, si non fuerint in ea cōstitutione expressæ. Sic enim ait; *Vt præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in huius constitutionis serie continentur.* Sensus est; licet aliæ causæ aliquibus legibus contineantur, si tamen non contineantur in constitutione illa, non licere cuiquam eas opponere, quia Imperator eas pro legitimis non iudicauit: Tales autem causæ non sunt procul dubio, quæ maiores vel similes sunt expressis, quoniam illas Iustinianus approbauit; aut approbasse existimādus est, propter similitudinem. Sed sunt B leuiores & dissimiles causæ. Sed de quæstione illa non admodum difficili, hæc sufficiant.

CAPVT LXXIX.

Si filius post iniuriam parenti factam ei reconciliatus fuerit, vtrum exhæredatio locum habeat.



Ed rursus cōuertitur, si pater filium exhæredauerit propter iniuriam ei factam grauem, quæque iustam exhæredationi causam præbuerit; vtrum si eidem filio reconciliatus fuerit, eumque in gratiam receperit, exhæredatio locum habere possit. Tres sunt doctorũ sententię hac de re. Prima, exhæredationem locum amplius non habere. Ita Bart. in l. 3. §. vlt. ff. de adim. legatis: refert & sequitur Iason in Auth. Non licet. ad finem. C. de lib. præterit. Addentes ad consi. 159. Alex. li. 7. Fundamentum est in d. l. 3. §. vl. cum l. seq. Vlpianus; *Quod si iterum in amicitiam redierint, & pœnituerit testatorem prioris offensæ, legatum vel fideicommissum relictum redintegratur.* Huc accedit tex. in l. 5. C. fam. hercisc. ibi; *Proinde si offensam istam clementia flexit,* &c. & tex. in §. vlt. de iniur.

Secunda est senẽtia, exhæredationem non cessare, licet filius in gratiam patris redierit, ita Aretin. ad l. Filio, quem pater. ff. de lib. & posthu. Gerardus sing. 3. & alij, quos commemorat Couuar. in c. Rainucius. nu. 17. de Testam.

Fundamẽtum est in d. l. Filio, quem pater. Papinianus; *Filio, quem pater post emancipationem a se factam, iterum arrogauit, exhæredationem antea scriptam, nocere dixi,* &c. Huc accedit ratio; nam si exhæredatio censeretur extincta, filius maneret præteritus, effectq; testamentũ nullum, quod minimè conuenit parentis uoluntati.

Tertia est opinio: Si filius ante exhęredationem in gratiam patris redierit, tunc sequi non posse exhæredationem, quia iam tacitè pater remiserat ingratitudinis culpam: alias secus. ita Purpuratus ad l. vlt. nu. 145. C. de pact. & alij a Couuar. citati, ubi supra.

Fundamẽtum est in d. l. 5. C. Famil. hercisc. & in l. Lucius Titius. 90. §. Lucius. de leg. 2. Scæuola. *Respondi secundum ea, quæ proponerentur, ita deberi, si ij, qui peterent, manifestè docerent eo animo circa se patronum, cum testamentum faceret, esse cœpisse, ut ijs quoque legatum dari nollet, alioquin nihil ipsis præstetur.*

Mihi videtur pro filio ita exhæredato magna æquitas pugnare; atque ideo eum uindicare hæreditatẽ posse, exhæredatione illa non obstãte, existimo. Non eo colore, quod testamentum nullum sit, quasi præteritus esse uideatur. Nam exhæredatus est; Nec exhæredatio cessat propterea, quod filius in gratiam redierit. Non eo prætextu, quod exhęredatio ritè & rectè facta non A sit, quia formam debitam habere supponitur per insertionẽ in testamento factam causæ iustę ingratitudinis filij. Nō eam ob causam, quod pater exhæredationis factæ pœnituerit, propterea quod eum in gratiam receperit; quia etsi pœnituisset, nihilominus testamentum erat reuocandum per aliud nouum Testamentum. §. Posteriore. in Instit. Quibus mod. testam. infir. vel per alios modos, de quibus in l. Sancimus. C. de Testamen. & in l. Hac consultissima. §. Si quis autem. C. de Testam.

Sed eo colore & prætextu, quod secuta post iniuriã patri factam reconciliatione, non potuerit exhæredari, aut si antea fuerit exhæredatus, non debuerit exhæredatio amplius ualere post iniuriam remissam. Nam iniuria remitti potest. §. ult. in Instit. de iniur. Sed hoc in casu remissa est; quia pater filium in gratiam recepit, & ei pepercit; Ergo non potest amplius illam vindicare exhæredando filium. Et licet antè remissionem iniurię potuerit eam uindicare, & propterea filiũ exhęredare, post remissionem tamen non potest. Et causa exhæredationis remissione facta extinguitur, quia culpa filio est remissa. Itaque filius inofficiosum in proposita specie dicet testamẽtum patris. Si excipiatur ipsum ingratitudinis culpam admisisse, ac proinde exhęredari potuisse. Replicabit ille culpam remissam fuisse, ac proinde uindicari exhæredatione non potuisse, ac sibi meritò licere paternam hæreditatem uindicare, perinde ac si exhæredatus fuisset nulla culpa existente, culpa enim iam remissa, pro non commissa habenda esse uidetur.

CAPVT LXXX.

Si filius post commissam ingratitudinis culpam pœnitentiam egerit, possitne exhæredari à patre?

C



Ilium, qui commisit aliquam ingratitudinis culpam, & pęnitentiam egit, exhæredari non posse, authores sunt Alexander in l. 1. nu. 33. ff. sol. mat. Iason in l. In arenam. C. de inoffi. testam. & in Auth. Non licet. C. de lib. præterit. Castellanus Cotta in Memor. in dictione Filiusfamilias. Clarus. §. Testamentum. q. 41. ver. Præterea quæro.

Fundamentum est in eo, quod Specul. docet in tit. Qui filij sint legitimi. vers. Quid si filia tua peccat. nu. 15. vbi docet, filia, quæ in corpus suum peccauerit, exhæredari posse, & ei alimenta denegari, sed si de peccato, pœnitentiam egerit, ei prodesse, & non posse exhæredari, uel priuari alimentis. arg. l. Imperialis. C. de nuptijs. §. Aliud. in Auth. Vt cùm de appella. cogno. c. Ferrum. c. Fidelior. 50. distin. c. Inter opera. de sponsalib. *Nam patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere.* l. Diuus. ff. ad l. Pompejam. de Parricid. §. Hac authoritate. 35. quest. 3.

D

Contrarium docuit Felyn. in c. Rodolphus. colu. 3. & post alios Couuar. in c. Rainucius. nu. 18. de Testam.

Fundamentum est: quia pœnitentia criminis tantum, quoad Deum, operatur remissionem, non autem quoad forum externum, ut docet Glo. communiter recepta in c. De his. de Accusat. Ego in hac quæstione distinguendum puto, ut siquidem uersamur in cogenere ingratitudinis, quod filium solum concernit, tunc pœnitentia illi prosit, ut puta si filius, vel filia, qui inter mimos, uel arenarios, uel scenicam artem exercentes se sociauerit, vel turpiter alioqui viuere cœperit, ab eo uitæ genere destitere, & pœnitentiam agere uoluerit, quo pacto Speculator mihi intelligendus uidetur, & eius sententia legibus allegatis confirmatur. Nam in d. Nouella. Vt cùm de appell. cognosc. §. Aliud,

laud. dum ibi causæ iustæ exhæredationis recensentur, illa inter alias adijcitur: *Si præter voluntatem parentum inter arenarios, vel mimos sese filius sociauerit. Et in hac professione permanserit.* Item, *Si luxuriosam degere vitam elegerit.* quæ omnia ostendunt clarè, perseuerantiam requiri in ipso crimine, vt iusta sit exhæredationis causa. Si ergò pœnituerint filij, & vitam turpem ac inhonestam reliquerint, *Omnia macula penitus detersa, & quasi suis natalibus mulieribus redditis, neque vocabulum inhonestum eis inhærere de cætero volumus, neque differentiam aliquam eas habere cum ijs, quæ nihil simile peccauerint.* l. Imperialis. §. Præsenti. C. de nupt.

Quod si de alio ingratitudinis genere agatur, quod patrem concernat, puta, si filius patrem verberauerit, si ei atrocem iniuriam fecerit, si vitæ parentum suorũ per venenum, vel alio modo insidiari tentauerit, si nouercæ suæ se immiscuerit, & alia id genus fecerit, quæ à Iustiniano commemorantur inter legitimas ingratitudinis causas, tunc filijs nequaquam arbitror ad exhæredationem euadendam pœnitentiam prodesse. argum. l. Qui ea. ff. de furtis. Vlpianus: *Nemo enim tali peccato pœnitentia sua nocens esse desijt.* l. pen. ff. de vi bonor. raptor.

CAPVT LXXXI.

Si filius factus fuerit post culpam ingratitudinis commissam Monachus, possitne à patre testamento exhæredari?

GRatianus in decreto 19. q. 3. ca. vlt. ex Nouella Iustiniani. tit. de Monachis docet: *Non licere parentibus liberos, vel liberis parentes ab hæreditate sua repellere Monachos factos; quamuis dum Laici fuerant, in causam ingratitudinis inciderunt*, atque ita docuerunt Romanus sing. 485. Marsilius sing. 413. nu. 5. Campegius de dote, parte 2. q. 47. Felynus in c. Rodulphus. col. 3. de Rescript. Panormitanus cons. 27. lib. 2. Cassanæus consuet. Burgundiæ rub. 1. §. 5. Archidiaconus. nu. 102.

Sed Glo. in Auth. de Monachis. in principio, in verbo *maculam*, iuri Ciuili id consentaneum non esse docet, sed iuri Canonum; & sequitur Iason in Auth. Nõ licet. nu. 4. C. de lib. præteritis.

Videtur enim obstare priori sententiæ l. Deo nobis. §. 1. C. de Episco. & Cler. vbi dicitur, filium propter eã solam causam, quod Monachus factus fuerit, exhæredari non posse; Ergo propter alias causas exhæredari poterit.

Baldus autem in commentarijs d. l. Deo nobis. §. 1. existimauit priorem sententiam locum habere posse, vbi causa ingratitudinis oritur ex crimine, quod ipsũ filium concernit, posteriorem autem sententiam verã esse, vbi ingratitudinis causam filius commisit ex eo crimine, & vitio, quod patrem ipsum lædit: Idem docet Aretinus in l. 3. §. 1. ff. de lib. & postum. num. 9. & Curtius iunior in Auth. Non licet. C. de lib. præter.

Cæterùm Alciatus lib. 4. Parergon. c. 23. Gratianum suspectum habet, quòd cum Monachus fuerit, voluerit gratificari causæ Monachorum, quandoquidẽ Nouella illa, quam citat, nullibi extet. Nec alij defuerũt, qui Gratianum hac in re mendacij arguere conati fuerint.

A quibus calumnijs eũ vindicat Didacus Couuar. in c. Raynucius. nu. 20. 21. de testa. ex Constantino Hermanopulo, lib. 5. Epit. c. 9. docens extare dictam Nouellam sub tit. V t nullo de appellatione cognoscatur. in qua olim inserta erat & illa pars, quam de Monachis filijs non exhæredandis Gratianus desumpsit, in hæc verba: *Monachi, siue patres, siue filij, minimè priuantur hæreditate, ob ingratitudinis causam, ante professionem commissam.*

A Ego verò in libro, qui inscribitur Nouellæ, nuper inuentæ Iustiniani hanc Nouellam, de qua loquitur Gratianus, eisdem verbis conscriptam inueni, quibus in Gratiani decreto descripta est, lib. 2. tit. 130. de Monachis & Monasterijs: Et ideo ex hoc loco Gratianũ eam desumpsisse non dubito. Nam & verba illa, quæ sunt apud Gratianum, extant etiam in dicta Nouella, nempe; *Non liceat parentibus ad solitariam vitam transeuntes de Monasterijs abstrahere.* Et suspicor esse hanc Epitomen Iuliani, cuius mentionem facit Gregorius XIII. Pontifex Maximus in suis ad Gratiani decretũ annotationibus; Et ex his in hanc sententiam venio, vt Monachi digni sanè maioribus priuilegijs, quia se suaque omnia Deo dicarunt, hac fruantur lege, vt exhæredari à parentibus non possint ob causas ingratitudinis antea commissas; quanquam contrarium argumentum sumi possit ex d. l. Deo nobis. §. 1. Nouella enim, quæ posterior est, meritò præferenda erit, & sequenda. B

CAPVT LXXXII.

Vtrum legata pia debeantur hæreditate non adita?

LEgata pia deberi etiam hæreditate non adita, Autores sunt Abbas in c. Relatum. 1. col. vlt. de Testam. Bartolus in l. 1. nu. 66. in Repe. C. de sacrosanct. Eccl. Io. de Anania in cons. 28. Romanus cons. 493. Matthe silanus sing. 163. Ancharanus in c. Cùm esses. nu. 15. de testam. & in cons. 144. Barbatia cons. 8. num. 24. lib. 1. Bal. in cons. 287. lib. 4. Lapus Allegat. 91. nuo. 4. Capella Tholosana decis. 89. Conuar. in c. Raynaldus. §. 3. nu. 2. vers. Illud sanè. & vers. Octauus casus.

Contrarium docuerunt Salycetus ad l. 1. in 3. q. C. de sacrosanct. Eccl. Fulgosius ibid. & Iason in prima C lect. nu. 29. & in 2. lect. col. vlt. & in l. Eam quam. num. 29. C. de fideicommiss. Alex. in cons. 209. col. pen. lib. 2. Imola in l. Qui filio. §. 1. ff. de hæred. inst.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia in legatis pijs non videtur iuris Ciuilis subtilitas habere locum, sed iuris gentium. Id patet; quia valet testamentum ad pias causas, etiam sine iuris Ciuilis solennibus. c. Relatum. de Testam. vbi sufficiunt duo testes; Sed hęc est iuris Ciuilis subtilitas, vt non aliter legata sint præstanda, quàm si ex testamento hæreditas adita fuerit. l. Si nemo. de testam. tutela. Ergo necessaria non est in legatis ad pias causas.

Huc accedat, quod in legatis pijs Falcidia locũ nõ habet, Auth. Similiter. C. ad l. Falcid. Sicut ergo legata debent præstari, quando hæreditas non est adita, propter expressam prohibitionem detractionis Falcidię à testatore factam, ut in §. Si verò expressim. in Auth. de hæred. & Falcidia. ita etiam & hoc in casu, quo per le- D gis prohibitionem Falcidia cessat.

Hoc postremum argumentum nullius est momẽti, propter duas causas; Vna, quia nõ est satis exploratũ, an in legatis pijs cesset Falcidia, immò aliàs differẽdo hac de re, contrariam sententiam veriorem esse, nisi fallor, demonstraui. Altera, quod ex hoc argumento inferri non potest id, quod infertur, nempe generaliter hæreditate non adita, legata pia esse præstanda; quia textus in d. §. Si verò expressim. loquitur de hærede *Parere nolente testatori* prohibenti Falcidiæ detractionem, ac proinde dicit *eum quidem recedere ab huiusmodi institutione, locum vero fieri substitutis, & cohæredibus, & fideicommissarijs & legatarijs, & eis, qui ab intestato sunt, & alijs,* &c. Quamobrem non licet inde argumentum sumere generaliter, ut semper legata debeantur, licet ex testamento hæreditas adita non sit; Id enim non solùm ad legata pia pertineret, sed etiam ad alia omnia. Et ex eo vetus regula iuris tolleretur, quod

Iusti-

Iustinianum in animo habuisse credibile non est.

Posterioris autem sententię fundamentum est, quia libertas non debetur hęreditate non adita per scriptū hęredem, aut per eum, cui bona adijciuntur fauore libertatum. l.2. C. Si quis omissa cau. test. Glo. in l. Qui si lia. §. 1. ff. de hæred. instit. l. 4. ff. de fideicō. liber. l. vlt. C. de manu. testam. libertas autem dicitur causa pia. l. 1. §. Sin autem. C. de commu. seruo. manum.

Ego in hac quæstione pro pijs causis video pugnare communiorem Doctorum sententiam, & rationem illam, quod ea fuerit voluntas testatoris, vt pręstentur legata: sed tamen, si, vt soleo, liberè sententiam meam adferre debeo, vereor ne iuri hæc sententia sit parum consentanea. Nam non rectè iudicio meo Bartolus & alij probant, in testamentis ad pias causas sublata esse iuris Ciuilis solennia, & solam rationem naturalem sequendam, vel iuris gentium, ex eo, quod sancitum sit, duos tantum testes sufficere in testamentis, quæ ad pias causas facta sunt. B Non si in vno vel altero casu, fauore piæ causæ a iuris regulis recessum est, & quidem summa ratione, quia *in ore duorum, vel trium stet omne verbum*, ideo per omnia recedendum a iuris regulis. Paulus: *Quòd verò contra iuris rationem receptum est, non est producendum ad consequentias.* l. Quòd verò. ff. de legibus. Hæc non est bona consequentia; Ita legē Canonica constitutum est, vt legata pia debeantur ex testamento coram duobus condito: ergo generaliter sublatæ sunt in ijs legatis omnes iuris Ciuilis regulæ. Non rectè quis ita ratiocinatur: quia non licet ex vno particulari generaliter aliquid statuere secundum bonas regulas argumentandi.

Sed, quod me maximè mouet, Summi Pontifices & Imperatores causis pijs maxima contulerunt priuilegia, & singularia multa earum fauore contra iuris regulas constituerunt, nullum prorsus Canonem, nullā legem sanxerunt, ex qua in proposita quæstione iuris C euertatur regula: *Si nemo ex testamento adierit hæreditatem, nihil valet, quod in eo scriptum est.* Non igitur videtur nobis permissum, vt nostris interpretationibus nouum priuilegium, nouam legem inducamus. Ita mihi videtur, saluo meliori iudicio.

CAPVT LXXXIII.

Possitne hæres legatum defuncto relictum repudiare in alterius præiudicium.

IN hac quæstione, possitne hæres legatū defuncto relictum repudiare in præiudicium alterius puta creditoris, vel fideicō missarij, celebris est distinctio Bartoli ad l. Si mihi 12. de leg. 1. *Quandoq; hæres repudiat legatum ad incommodum alienum, nec cedit in commodum suum, & hoc non potest. l. Liberto. ff. de bonis liber. aut repudiat ad incommodum alienum, & commodum suum, & tunc, aut alius, in cuius incommodum repudiat, illud habiturus erat ex dispositione defuncti, ex cuius persona repu-* D *diat, & non potest repudiare. l. Si fundum sub conditione. §. Si Titius. de leg. 1. aut alio modo cedit in suum incommodum, ad commodum tamen repudiantis, & potest repudiare. l. Si mihi. 12. de leg. 1.*

Hanc distinctionē aliqui reprehenderunt, sed plurimi approbarūt; vt videre licet ex Couuar. ad c. Rainutius. §. 3. nu. 12. 13. 14. de Testa. Ego ne longum faciam, parno cum fructu in referendis omnium sententijs, paucis indicabo, vbi consistat difficultas. Illa consistit in trium legum vera interpretatione. Prima est l. Liberto. ff. de bonis libertor. Africanus: *Liberto octuaginta habenti fundus quadraginta legatus est, is die legati cedente decessit, extraneo hærede instituto. Respondit, posse patronum partem debitam vindicare. Nam videri defunctum mortis tempore ampliorem habuisse rem centum, cùm hæreditas* A *eius propter compensationem legati pluris venire possit, neque referre hæres institutus repudiet legatum liberto adiectum necne. Nam, etsi de lege Falcidia quæratur: tale legatum, quamuis repudiatum, in quadrantem hæreditatis imputatur legatarijs.*

Ex hac lege probari videtur, hæredem non posse repudiare legatum in pręiudicium alterius; quia etsi hæres liberti legatum liberto relictum repudiet, illud tamen inter bona liberti computatur, in fauorem patroni, vt ex bonis eius legitimam consequatur.

Altera lex est l. Si mihi 12. de leg. 1. Pomponius: *Si mihi & tibi eadem res legata fuerit, deinde die legati cedente hæres tibi extitero: liberum mihi esse Labeo ait: ex meo legato: an ex eo, quod tibi hæres sim, acquiram legatum. Et si voluero eam rem ex meo legato ad me pertinere, vt tota mea sit: ex hæreditario legato petere eam me non posse.*

Ex hac lege probari videtur, legatum repudiari posse in præiudicium alterius: puta, si in specie huius le- B gis onus adiectum fuisset defuncto legatario, aliquid dandi alteri; vel, si creditoribus eius satisfaciendum esset, nihilominus hęres legatum repudiare potest.

Tertia lex est l. Si fundū sub conditione. §. Si Titius. de leg. 1. Iulianus: *Si Titius, cui Stichus legatus fuerat, antequam sciret ad se legatum pertinere, decesserit; & eundem Seio legauerit, & hæres Titij legatum non repudiauerit, Stichum Seius vindicabit.*

Ex hac lege colligi videtur, hæredem posse legatum repudiare, quasi sensus sit; si hæres Titij legatum repudiauerit, Stichum legatum à Seio vindicari non posse, Consequenter legatum ab hærede Titij repudiari posse in præiudicium Seij.

Breuiter omissis distinctionibus, opinor constituendam esse firmam conclusionem, quod hæres legatum defuncto relictum repudiare non possit in cuiusquam præiudicium, cuius interfit mortis tempore legatum in hæreditate eius contineri. Exemplum, Titio legan- C tur centū à testatore, moritur testator: Moritur Titius legatarius legato non exacto, non tamen repudiato; Hæres Titij non potest repudiare legatum eiusmodi, in præiudicium creditorum Titij, aut alterius cuiuscū que, cuius interfit legatum non repudiari, sed inter bona Titij defuncti mortis tempore annumerari. Ratio est euidētissima, quia Titio defuncto iam legatum adquisitum est: *Ea enim, quæ legantur, rectà via ab eo, qui legauit, ad eum, cui legata sunt, transeunt.* l. à Titio. ff. de furtis. Et legatum acquiritur etiam ignoranti, l. Si partem ff. quemad. ser. amit. l. vlt. C. quando dies legat. cedat Consequenter in eius hæreditate reperitur: & ideo, non debet esse in potestate hęredis, illud repudiare in præiudicium alterius, cuius interest legatum inter bona hæreditaria computari, argumento d. l. Si partem. ff. quemad. ser. amit. in illis verbis: *Vt iam nec ius repudiandi legatum sibi possit coniungere, cùm ad se fundus non pertineat.* & d. l. Liberto. ff. de bonis libertor.

Potest enim hæres defuncti legatarij omnem à se vtilitatem & commodum legati abdicare, & ei, quantū ad suum præiudiciū, renunciare, sed non potest renū- D ciare, quantum ad præiudicium alterius. Cui rei consentaneum est, quod vulgo receptum est, licere vnicuiq; secundum antiquam iuris regulam iuri suo renūciare. l. penult. C. de pactis. non tamen in præiudicium tertij, vt tradit ibi Glo. & Bart. n. 3. vers. *Secundo casu, quando continet vtilitatem renunciantis & tertij.* Paulus Castr. circa finem. argumento l. 1. 2. 3. ff. de liberal. causa. l. Si vnus. §. Ante omnia. ff. de pactis.

Nec difficile est respōdere ad leges, quas retulimus, & quæ contrarium iudicare videntur. Nam quod attinet ad l. Si mihi. ideo ibi legatū repudiari potest; quia is, qui tanquam hæres alterius repudiat legatum, illud consequi iure proprio potest, quæ libertas non potest ei impediri. Declaro: testator legauit mihi & tibi eandem rem, quo casu cuilibet nostrum solidum compe-

tit, licet per concursum partes fiant. Hæres tibi extiti, liberum est mihi tanquam hæres tuus non petere legatum, sed solidum illud consequi ex persona mea. Ergo nō potest tertius quispiam hoc mihi ius meum auferre, & libertatem hanc tollere, ac impedire: solidum reliquit mihi testator, illud peto. Nullus adest, qui per concursum partem mihi faciat, nisi ego mihi ipsi tanquam hæres tuus, partes mihi faciam; at ego nec volo tanquam hæres concurrere, nec mihi partem facere. Nulla me ratio cogit, nulla æquitas hoc postulat, vt mihi ius minuam meum. Vt neminem repudiando lędam, iustum est, sed non debet esse hoc cum detrimento meo coniūctū. Repudio, vt mihi principaliter consulam, si per consequētiam nonnihil alijs noceam, nihil mihi imputandum est: quia iure meo vtor, argum. l. Proculus. ff. de damno inf. l. Fluminum. §. vlt. ff. eod. l. 1. §. Denique in t. ff. de aqua plu. arcend. l. Si in meo. ff. eod. tit.

Quod verò attinet ad textum in l. Si fundum sub cōditione. §. Si Titius, ff. de leg. 1. ideo conclusionem nostram non offendit, quoniam non negat hærede repudiante legatum deberi, scilicet quantum ad hoc vt rem legatam hæres redimat, vel rei æstimationem præstet: sed negat Stichum uindicari posse. Nam si nō sit penes hæredem, sed alios, procul dubio legatarius illū vindicare non potest: Stichi enim legati dominium esse non potest apud hęredem inuitum. Nec enim dubiū est, quin si velit, possit singulares aliquas res hæreditarias abijcere & repudiare, & non acquirere, sed nō potest eas res alijs præiudicium inferre, ideo hæres cogitur illa omnia, quæ tempore mortis defuncti in hæreditate eius sunt, computare inter bona hæreditaria, quoties ita fieri alterius interest: sed non cogitur retinere res, & sibi soli eas repudiando inferre præiudiciū potest, dummodo onera subeat hæreditaria.

CAPVT LXXXIV.

De donatione inofficiosa parentum quatenus reuocetur à filijs.

SI parentes inofficiosis donationibus suas facultates exhauserint, dubium non est, quin filijs eas reuocandi querela instituta ad instar inofficiosi testamenti facultas concedatur. Sed controuersia est, an in totum reuocentur, an verò vsque ad legitimam portionem filijs debitam duntaxat. Etenim vsque ad legitimam duntaxat eam reuocari docuit olim Azo. Hugolinus autem dixit, si donatio inofficiosa sit re & consilio, & in extraneum collata, tunc in totum reuocari; si verò re tantum, reuocari vsque ad legitimam tantum. Cæterùm si in filium collata sit, tunc licet re & consilio inofficiosa sit, non reuocari tamen, nisi vsque ad legitimam. Hanc posteriorem sentētiā videntur Doctores magis communiter secuti, eo in casu quo filio nihil relictum est, licet Azonis sententiæ sui non defuerint patroni, vt videre licet ex Tiraquello, qui copiosè autores citat, & nihil vt illi solenne est, definit, ad l. Si vnquam. C. de reuocādis donatio. in uerbo *Totum* nu. 4. 5. ex Claro, in §. Donatio. q. 24. Differuntq; interpretes hac de re in l. Titia 89. §. Imperator. de leg. 2. & in l. 1. C. de inoff. donatio.

Qui dixerunt in totum aliquādo donationem inofficiosam reuocari. secūdum distinctionem Hugolini, adducti in ea sententia fuerunt ex l. Si libertus §. vlt. ff. de iure patronatus, vbi dicitur alienationem à liberto factam in fraudem patroni in totum reuocari, Vlpianus; *Si quis plures res simul alienando, minorem se centenario fecerit, quarum vna reuocata, uel omnium partibus maior centenario efficitur: utrum reuocamus omnes, an pro rata ex singulis, ut cētenarium eum faciamus? Magis est ut omnium rerum alienatio facta nullius momenti sit.* Si ergo in fauorem patroni ità constitutum est, multò magis idem constituendum est in fauorem liberorum, neque enim minus iuris liberi habent in bonis parētum, quàm patronus in bonis liberti.

Secūdò ex d. l. Titia 89. §. Imperator. de leg. 2. cuius verba hęc sunt; *Imperator Alexander Augustus, Claudio Iuliano præfecto vrbi. Si liquet tibi Iuliane charissime amā interuertenda inofficiosi querela patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit: id quod donatum est, pro dimidia parte reuocari.* Dimidiam partem intelligunt esse totam eam partem bonorum, quę nepoti reuocanti donationem competit: qui erāt duo nepotes auiæ, & sic in totum donatio reuocatur, non autem pro legitima tantùm portione.

Qui verò Azonis sententiam amplexi sunt, fundamentum posuerunt in eo, quod nulla extet lex, constituens donationem inofficiosam in totum reuocari, sed omnes leges dicunt eam reuocari vsque ad legitimam portionem. l. Si tutas. C. de inoff. donat. ibi; *Vt filij vel nepotes, &c. debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum reuertitur.* l. Si mater. ibi; *Quod immoderatè gestum est, reuocabitur.* l. Si liqueat. ibi; *Quod donatum est pro ratione quartæ ad instar inofficiosi testamenti cōtenti diminuetur.* C. eodem tit. Nulla est lex, quæ distinctionem adhibeat inter donationem filio collatā vel extraneo, imò nullam esse differentiam inter donationem filio collatam, uel extraneo, clarè indicat textus in l. 1. C. eodem tit. in illis verbis: *Factis donationibus, siue in quosdam liberos, siue in extraneos exhausit, &c.*

Quod sanè fundamentum adeò firmum mihi videtur, vt non uerear hanc posteriorem sententiam amplecti, & tanquam legibus magis consentaneam asseuerare, ac tueri. Præclarè igitur Cuiacius ad tit. de inoffi. donatio: *Exemplo querelæ inofficiosi testamenti comparata est querela inofficiosæ donationis: sed hoc interest, quod querela inofficiosi testamenti totum testamentum rescindit, siue extranei, siue alij liberi instituti sint, querela inofficiosæ donationis id tantùm rescindit & reuocat, quo minuitur portio debita liberis, quia quò liberaliores sunt morientes, quàm viuentes, eò sunt etiam minorum horum, quàm illorum iudicia, & liberalitates coercendæ. Argumentum huius rei est lex Cincia.*

Ad primum argumentum respondet Aret. in consi. 47. & rectè, nihil ad hanc rem pertinere id, quod dicitur in l. Si libertus. ff. de iure patronat. quia loquitur de alienatione in fraudem legis facta a liberto, ut scilicet minor esset centenario, ad patronum excludendum a debita portione: Id patet ex uerbis superioribus: *Quoties in fraudem legis fit alienatio, non ualet quod factum est. In fraudem autem fit, cùm quis se minorem centenario facit, ad hoc ut legis præceptum euertat.*

Hoc nihil habet commune cum quęstione nostra, quia non hic aliquid fit in fraudem legis: sed in fraudē filiorum. Libertus dicitur in fraudem legis facere, quoties alienat aliquid, vt uideatur non habere centum in bonis, quo casu nihil debetur patrono, & lex eluditur, quę patronis defert in bonis libertorum portionē, qui maiores centenarijs sunt, ut in Instit. de success. libert. quod si in fraudem patroni, & non legis fiat alienatio, non reuocatur, nisi quoad legitimam patrono debitam, ut dicitur in d. l. Si libertus.

Ad textum autem in l. Titia. §. Imperator. respondeo, dimidiam, de qua textus loquitur, non esse totius hęreditatis auiæ, sed dimidiam quartæ partis debitæ nepoti. Ita etiam loquitur textus in l. Si mater. C. de inoffi. donat. ibi: *Vt quartæ partis dimidiam, &c.* Qua interpretatio uerissima est, & omnino necessaria, & est Iacobi Cuiacij lib. 5. Obseruat. cap. 14.

:L1 CA-

CAPVT LXXXV.

Possintne liberi alienata à parentibus titulo oneroso vsque ad legitimam reuocare.



Vm exploratum sit inofficiosas donationes à parentib. factas rescindi posse, ut dictum est in præcedenti capite, controuertitur vtrum & eodem modo vēditiones, & cæteræ alienationes, quæ titulo oneroso fiunt, reuocari possint, usq; ad legitimā portionem filijs debitam, & quidem Bart. in l. Non usque adeo. ff. si a parente quis fuerit manu. reuocari posse scribit ad similitudinem donationum, sed contrarium scribit in l. Hæreditarium. ff. de bonis aut. iud. possid. & hāc posteriorem sententiam allatis autoritatib. magis communem esse dicit Clarus in §. Donatio. q. 24. circa finem. Cæterùm Couuarru: distinguit quatuor casus in B c. Rainucius. §. 10. nu. 9. de testam.

Ego in hac sententia sum, ut si alienatio titulo oneroso fiat a parentibus absq; fraude & dolo, hoc est, nō eo animo, ut filijs legitimam auferant portionem, ualeat; primò, quia parentes dum uiuūt, domini sunt rerum suarum; *Iniquum est autem ingenuis hominibus, non esse liberam rerum suarum alienationem*. l. Nō usque adeò ff. si a parente quis fuerit manumiss. Secundò, quia æs alienum ante legitimā deducendum est. l. Papianus. §. Quarta. ff. de inoff. testa. ex quo apparet potiorem esse causam creditorum, quę sine dubio originem habet ex titulo oneroso quam legitimæ. Tertiò, quia nulla est lex, quæ uenditiones huiusmodi & alienationes rescindat.

Ceterùm, si alienatio in fraudem legitimæ filijs debitę fiat, non dubito quin reuocetur ad similitudinem eius alienationis, quæ fit in fraudem legitimæ filio arrogato debitæ, ex constitutione Pij Antonini. l. ult. ff. si C quid in fraud. patroni. Et eius quæ fit in fraudem legitimæ patrono debitæ a liberto, ut patet ex toto illo titul. Si quid in fraud. patr. Nec enim minoribus est digna fauoribus legitima filijs debita, quàm patronis & filijs arrogans.

Ad rem istam non pertinet. l. Papinianus. §. Quarta. ff. de inoffi. testam. quia non loquitur de libertatibus inter uiuos datis, sed in testamento: ac proinde dicit filio, qui nō est in potestate patris hęredi instituto, omissa hæreditate, querelam dari contra substitutum.

CAPVT LXXXVI.

Testamentum factum apud acta iudicis an testes requirat.



Vatuor sunt Doctorum opiniones hac de D re. Prima est Angeli & Richardi Malūbræ in l. Omnium. C. de testam. septem testes requiri, quia de maximo pręiudicio agitur. Secunda est Salyceti, ibidem tres requiri, argumento l. Sancimus. C. de Testament. ibi; *Et hoc per testes idoneos non minus tres*, &c. Tertia est Bartoli, Baldi, Alexandri, eodem in loco duos testes requiri, quia acta notarij debent testes habere. §. Oportet. in Auth. de Testib. Et ideo duo saltem testes requirantur. Postrema est opinio Fulgosij, Pauli Castrensis & Iasonis, nullos testes requiri. & hæc mihi verissima videtur, & probari vidętur ex l. Omnium. C. de Testam. ibi; *Sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunque iudicis, aut municipium, aut auribus priuatorū mentis sua postremum publicauit iudicium*, &c. Si ergo est securus, qui vltimam suam voluntatem actis publicauit, sicut is, qui auribus priuatorum; ergo testes non requiruntur in testamentis apud acta conditis & insinuatis; sed perin-

A de valent, ac si coram septem priuatis testibus publicata essent.

Et ideo textus in l. Sancimus. C. eo. ti. ęquiparat hęc duo, coram tribus testibus testamentum fieri, vel inter acta manifestari.

His accedat quod dicit tex. *In donationibus, quæ actis insinuantur, non esse necessarium vicinos uel alios testes adhiberi*. l. In donationib. C. de donat. Cur ergo adhiberentur in testamentis. At dicebat Angelus esse maioris præiudicij, respondeo, vt maximè id verum sit, non tamen testes necessarios fore: quia illos nunquam Imperator requirit, quoties apud acta fit & publicatur testamentum. & ratio est, quia iudicis autoritas supplet testium numerum, & tollit omnem falsitatis suspicionem. Cæteræ opiniones nullum habent solidum fundamentum.

CAPVT LXXXVII.

Vtrùm donatio inter viuos omnium bonorum præsentium, & futurorum valeat?



Onationem inter viuos omniū bonorum præsentium, & futurorum nō valere, primus omnium Bartolus nos docuit in l. Stipulatio hoc modo concepta. ff. de verbo. oblig. cuius sententia frequentissimis Doctorum suffragijs recepta est. Vide Cagnolum ad l. vltim. C. de pact. nu. 237. Couuar. in rub. de Testam. in 2. parte. nu. 4. Clarum. in §. Donatio. q. 19.

Sed quoniam Baldus, Salycetus, Angelus, & multi alij, ac præsertim Alciatus ad l. vlt. nu. 72. C. de pact. cōtrarium docuerunt, breuiter confirmata priori sententia, quæ mihi æquior videtur, posterioris argumenta confutanda sunt.

Fundamentum igitur communioris, &, vt mihi videtur, æquioris sentētiæ positum est in eo, quod ea donatio sit contra bonos mores. Primùm, quia liberam impedit testamenti factionem. Nam nihil donator habet, de quo possit in testamento disponere. Præclarè enim Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium titul. 20. *Filiusfamilias non potest facere testamentum, quia nihil suum habet, vt de eo testari possit*. Secundo, quia cōtra bonos mores & humanitatem est aliquem in eum statū ponere, vt nihil prorsus habeat, uel habiturus sit, atque adeo infeliciter uiuere debeat.

Addo ego aliud absurdum, quod ex eo sequeretur, nempe donationem istam idem effectu cōtinere, quod testamentum, & hæredis institutio. Nā quid amplius hæres habet quàm is, cui donata sunt omnia, bona pręsentia & futura? Testamentorum autem multa sunt solennia iure constituta, ut fraudes euitentur eam ob causam, quòd agatur res maximi momenti? At certè eiusdem planè momenti est ea donatio, qua de agitur, ac proinde eiusdem obnoxia periculis & dolis: Quare eadem & ea solennia postularet, quæ testamentis adhibentur, qua tamen de re nulla extat lex, nulla constitutio, ut planè appateat donationem huiusmodi iure cognitam ac receptam non esse, ac proinde iniquam & alienam ab omni æquitate & iure.

Sed argumenta contrariæ opinionis dissoluenda sunt. Primum est, quia donans in eo statu non est, ut nihil acquirere possit, imò potest acquirere, puta si ei aliquid donetur ea lege, ne donatario adquiratur; uel si donatarius futurorum acquisitionis incapax efficiatur, &c. Respondeo, hæc planè incerta esse & dubia; illud autem certum, quod donator inspecto præsenti statu nihil habeat. & nihil sibi acquirere regulariter possit. Quod donatarius futurus sit incapax, præsumendum non videtur, multo minus, quod sit futurum, vt donatori aliquid sub ea conditione donetur, relinqua rūrue. Considerato igitur præsenti statu donatorem

nihil

nihil habet, nihil se habiturum sperare potest, quod se ne eum in maximam, & intolerabilem miseriam constituit, ac proinde nō uidetur bonis moribus cōuenire.

Secundum argumentum est, quia donator instituere poterit seruum, qui erit illi hæres necessarius. Sed unde seruum sibi retinere poterit, qui omnia bona præsentia & futura donauerit? Nec ad rem pertinet, quod dicitur donatorem in quantum facere potest, teneri l. Inter. §. Is quoque. ff. de re iud. Quia illud pertinet ad eam speciem, qua donata sunt aliqua bona, ut non exigantur in solidum, sed ratio habeatur eius, quod donator facere, possit, ut non egeat, quę interpretatio ideo locum habere nō potest in ea specie, qua donatur omnia bona præsentia & futura, quia repugnantiam implicaret: Neque enim ista simul cohærere possunt, ut donator omnia bona præsentia & futura, nihil sibi reseruando, in alium transferat, & ut ipse maneat aliquarum rerum dominus.

Tertium argumentum; quia hæreditas Iuris intellectum absque ulla re hæreditaria habet. l. Hæreditas. ff. de petit. hæred. Respondeo, nihil ad rem pertinere, quia hoc dicit textus hæreditatem intelligi sine ullo corpore, quia est nomen iuris: sed tamen præsupponitur aliquid iuris esse in ea, alioqui si nihil esset, non diceretur hæreditas.

Quartum argumentū est, quia is, qui soluendo non est, potest hæredem instituere. l. Qui soluēdo. ff. de hæred. instit. Respondeo, id concedo; potest enim quis aliquando hæreditatem adire, quę plus damni adferat quàm lucri, & damnum ex eo sentire, si inuentariū non confecerit; sed quis erit tam impos mētis, qui hæres eius esse uelit, qui alteri donauit omnia bona præsentia & futura? Nemo certè erit qui id sciens adire uelit eius hæreditatem, ac proinde non facile contingit donatorē tam prosusum ullum hætedē habere.

Postremum argumentum est, quia quantum ad futura bona donatoris, dominium translatum non est in donatarium. Illud enim transfertur traditione. l. Traditionibus. C. de pact. Donator autem tradere non pō test ea, quæ nondum habet. Ergo respectu bonorum futurorum dominium ipsi acquiretur donatori: ac proinde de restamentum facere, ac de eis poterit disponere. Respondeo, donatarium licet dominium ante traditionem nactus non sit, actionem tamen acquisiuisse, per quam donatorem ad bonorum traditionem compellere possit, quod ius etiam illi competet aduersus successores eius, si fortè donator testamento condito in alios bona transferat, & ita res ad eundem sapidem reuoluenit, vt nullum hæredē effectu donator habiturus sit, nullam realem testādi facultatem, sed imaginariam tantum, & verbalē, cuius nulla sit habēda ratio.

CAPVT LXXXVIII.

An donatio omnium bonorum præsentium & futurorum, iuramento confirmetur?



Aeterum, si iuramentum donationi omnium bonorum præsentiū & futurorum accesserit, tunc alio iure vtimur, alijs regulis illa subijcitur, alia nobis spectanda sunt. Religio, sipsa intuēda est, ne Deus offendatur, ne periurijs aditus pandatur. Vt quod in alterius preiudicium non vergit, nec tendit in dispendium salutis ęternæ, iuris ciuilis regulis posthabitis, iuramento cōfirmatum seruetur, & suum obtineat vigorem. c. Cùm contingat. de Iureiur. c. Quamuis. de pact. lib. 6. Et proinde eorum sententiam magis probo, qui donationem isto in casu valere dixerunt, qui nec pauci sunt, nec classis infimæ. Panorm. consi. 8. lib. 1. Corneus consi. 252. lib. 3. Decius consi. 655. & in l. Pactum quod dotali. C. de pact. Cepola consi. ciuili 8. Craueta in consi. 59. Soc. iun. consi. 65. nu. 49. & 143. n. 36. lib. 1. Couuar. ad rub. de testam. in 2. parte. nu. 5.

Contrariam sententiā plurimi secuti sunt apud Clarum, §. Donatio. q. 20. & apud Couuar. loco proximè citato. n. 4. eo argumento, q donatio ista sit contra bonos mores, & consequenter iuramentum obligatoriū non sit. c. Non est obligatorium. de reg. iur. lib. 6. Respōder optimè Couuar. non esse cōtra bonos mores, quasi repugnet iuri naturali, vel contineat aliquod crimē aut peccatum et veniale. Quod. n. quis sibi præripiat donando testandi facultatem liberam, iuri diuino non repugnat, & ideo seruari potest hoc in casu iuramentum sine dispendio salutis æternæ. Contra bonos mores dicitur inspectò iure ciuili, ac regulis eius, & ijs, q̃ ad politicam administrationem spectant, quib. Dei numen, religionem, vim & autoritatem iuramenti præferendā esse sæpenumero sacris Canonib. edocemur.

CAPVT LXXXIX.

Donatio omnium bonorum præsentium & futurorum reseruato vsufructu an valeat?



Ontrouertitur præterea an donatio omniū bonorum præsentium & futurorum, reseruato vsufructu ipsi donatori, valeat. Etenim negant valere Paulus Castrensis in l. vlt. n. 20. C. de pact. & in consi. 65. n. 8. lib. 2. Decius in d. l. vlt. nu. 32. Curtius iunior nu. 58. Purpuratus nu. 253. Idem Decius in consi. 30. n. 3. & consi. 251. nu. 3. Corneus consi. 176. lib. 2. Cagnol. in d. l. vlt. n. 240. Fūdamentum est, quia nihil donator habet, de quo testetur, & cōsequenter donatio est contra bonos mores, ueluti auferens testandi potestatem. Nec obstat reseruatio usufructus, quia de fructibus non poterit donator testari, quos post donationem acquisiuit, vel tempore donationis habuit; sed ad donatarium pertinebunt; Continet enim donatio bona omnia præsentia & futura, ergo cōtinet etiam fructus postea quæsitos donatori, & multò magis eos, qnos habuit donationis factę tempore, nec enim fructus præcisè sunt reseruati, sed vsusfructus tantùm, qui morte finitur. At contrariū docuerunt Alexand. in l. stipulatio hoc modo concepta. nu. 18. ff. de verb. oblig. & ibi Iason. col. 7. Aretinus consi. 54. Iacopinus & Alciatus ad l. Vlt. C. de pact. Couuar. li. 3. variar. resol. c. 12. non procul ab initio. Clarus. §. Donatio. q. 19. ad finē. Alciat. in l. vlt. n. 8. C. de pact.

Et hæc posterior sententia mihi maximè probatur. Vtitur autem Couuar. ad eam confirmandam quibusdam argumentis, quæ mihi non admodum vrgere videntur. Primum est: *Nam res ipsa consentiente donatario alienata, inquit, deinde redempta in bonorum futurorum donationem non reuertitur, sicuti deducitur ex l. vlt. C. de remiss. pig. quo in loco probatur, rem ab initio hypotheca obligatam & subiectam semel, tamen consentiente creditore alienatam minime in eandem hypothecam redire, etiamsi debitoris iterum acquisita fuerit: quamuis hypotheca bona præsentia & futura complectatur. Sic & fructus semel à donatore excepti, ne in donationem, ve comprimum est ex eius mente, veniant, licet ab eo, postmodum acquirantur, donatario minimè obuenient, nec ad eum pertinebunt.*

Alterum argumentum est ex l. pen. §. vlt. ff. de pign. vbi Iurisconsultus scribit pecuniam à debitore mutuo acceptam ab alio, quàm creditore in hypothecam bonorum præsentium & futurorum venire, cùm ipse debitor prius quàm pecuniam mutuò acceperit, pignori obligauit, quicquid in bonis haberet habiturusue esset; quasi secus sit in pecunia mutuò accepta per debitorem ab ipsomet creditore, cui ob eam causam hypotheca constituitur. Sic igitur licet donatio futurorū bonorum contineat fructus percipiendos per ipsum donatorem ex alia causa, non tamen continebit fructus

percipiendos ex causa reseruationis factæ in ipsa donatione.

Non sunt, inquam, hæc argumenta satis firma; quo niam ad primum responderi potest, creditorem ius hypothecæ amittere in ea re, quam eo consentiente debitor alienauit: & ideo absque nouo consensu illa semel extincta reuiuiscere non potest; eadem ratio atq; idem ius in fructibus, si illi probatentur a donatore excepti. Sed quod excepti fuerint, probandum est, non præsupponendum, quoniam illud est, de quo disputatur. Negant enim contrariæ sententiæ Autores fructus reseruatos esse; quibus adstipulatur, quod aliud sit vsusfructus reseruatus, aliud fructus postea percepti: Nam vsusfructus est ius vtendi & fruendi, & illud reseruatum est. Fructus autem sunt res acquisitæ ex hoc iure vtendi, & fruendi, quæ videntur in donationem venire.

Quod verò attinet ad alterum argumentum, negari posset simile esse casum, quo adferiur de pecunia mutuata ab ipso creditore: quia si pecunia esset obligata creditori, qui mutuauit, tunc non liceret debitori, qui eam accepit, expendere, distrahere, ac vti, tanquã sua, secundùm intentionem contrahentium mutuum: atque adeò non liceret ei prejudicare hypothecæ creditoris, quam haberet in pecunia, eam cõsumendu, quod est contra naturam mutui; at hoc in casu donatori liceret vti suis rebus donatis, iuxta reseruationem sibi factam, licet de fructibus perceptis testari non posset.

Existimo ego firmius esse hoc argumentum pro cõfirmatione posterioris sententiæ, quia uidelicet, dum donator sibi usumfructum reseruat, uidetur sibi in cõsequentiam reseruare ius, quod competit usufructuario; Est.n. annexum, nec intelligi potest aliquem usum fructum habere, nisi fit usufructuarius. Sed usufructuarius facit fructus suos. l. Qui scit. uers. Præterea cùm. ff. de usur. ac proinde eos transmittit ad hæredes suos. l. Defuncta. ff. de usufructu, &c. Ergo & iste donator reseruasse sibi intelligitur hoc ius faciendi fructus suos, & sibi acquirendi, ac transmittendi ad suos hæredes. Hoc enim ius, ut dictum est, usufructuario competit. Ex quo efficitur fructus percipiendos donatorem sibi reseruasse, licet non expressè, tacitè tamen, & in consequentiam ususfructus reseruati: quo ita posito contrariæ sententiæ fundamentum corruit; eo enim argumento nitebatur, quod fructus reseruati non dicerentur.

CAPVT XC.

Donatio omnium bonorum præsentium & futurorum, aliquo reseruato, de quo donator in vita disponere valeat, an de iure subsistat.

Donationem omnium bonorum præsentium & futurorum, reseruato aliquo, de quo donator in uita disponere ualeat, nõ ualere responderũt Battulus in cõsi. 76. Decius in cõsi. 251. Soc. consi. 126. nu. 8. lib. 3. Dom. meus Cephalus in cõsi. 44. nu. 15. lib. 1. Cagnol. alios citãs ad l. ult. nu. 245. C. de pactis. Fundamẽtum est, quia donatori tollit̃ libera testandi facultas; Nec obstat reseruatio facta, quia intelligitur hoc operari, ut donator de eo ualeat disponere in uita sua, l. ut ex eo se alere possit; & ne egeat, non autem, ut testari possit: quia testamentum non est actus inter uiuos, sed vltima dicitur uoluntas, & morientis potius actus videtur, quam viuentis, habita ratione tẽporis, in quo testamentum conficitur. Illud enim conficitur post mortem testatoris.

Contrarium responderunt Iason in cons. 130. lib. 4. Alciatus ad l. vlt. non procul à fine. C. de pactis. Couarr. lib. 3. variar. resolut. cap. 12. nu. 3. post vers. Quibus accedit. Fundamentum est, quia testamentum dici potest dispositio inter viuos. Fit enim ab eo, qui viuit, atque adeò in vita, non autem post mortem; Et ideo is, qui reseruat sibi facultatem in vita disponendi, videtur sibi reseruasse testandi facultatem. Quod si aliter de bonis reseruatis disponat, & ea viuens consumat, non propterea dici potest, non habuisse potestatem testandi, sed sibi imputare debet, quòd bona voluerit aliter consumere.

Ego puto adhibendam esse aliquam distinctionem circa hanc reseruationem; Nam bona reseruata fieri potest, vt sint ualdè exigua, & ideo uix sufficiant ad alimenta donatoris. Hoc tn casu, puto ueram esse Bartoli sententiam, quia tunc intentio reseruantis præsumitur esse, ut bonis reseruatis uti possit, & de eis disponere pro suis necessitatibus, non autem, ut de eis testetur. Quod si bona reseruata nun sint exigua, sed preciosa & tanta, quæ longè excedant donatoris necessitates & alimenta, tunc existimo ita reseruationem interpretandam esse, ut de bonis reseruatis donator possit etiam testando disponere. Neque enim ita strictè accipiẽda sunt illa uerba: *Vt possit inde disponere*, quasi denotent dispositionem inter uiuos tantùm; sed latiùs accipienda sunt, ut hunc sensum habeant, quod donator uelit sibi ius saluum esse, dum uiuet, pro libitu suæ uoluntatis de eis disponere, s. contrahendo, donando, testando, uti maximè uoluerit, tãquam rei suæ modatator, & arbiter. l. In re mandata. C. mand. Hoc igitur in casu, quia testandi facultatem donatio nõ adimit, meritò ualebit, & iuris regulis consentanea est interpretatio in obscuris, per quam actus potius ualeat, quàm pereat. l. Quoties. ff. de reb. dub. l. Quoties. ff. de uerb. oblig.

CAPVT XCI.

Quod si donans omnia bona præsentia & futura, reseruet sibi aliquid, de quo disponere possit in certum genus personarũ, vel in certam causam, puta, vt possit disponere, siue testari pro anima.

Reseruationem à donatore factam aliquorum bonorum, testandi gratia, liberã esse oportere, & non restrictam: & ideo si dicatur, ut possit pro anima de bonis reseruatis donator testari, ac disponere, nõ ualere donationem omnium bonorum præsentium & futurorum, ea reseruatione nun obstante responderunt Ripa lib. 3. Responsorum, c. 14. nu. 4. lib. 3. Cagnol. ad l. ult. nu. 244. C. de pactis. ubi alios citat.

Fundamentum est, quia licet ius testãdi reseruatum sit a donatore, restricta tamẽ eius libertas est, vt testet, scilicet in eam causam, quam reseruatio cõtinet, ideo videtur esse contra bonos mores. arg. l. Stipulatio hoc modo concepta. ff. de verb. obl. Contrarium docuit Alciatus in d. l. vlt. col. vlt. C. de pactis. Couua. variar. resol. lib. 3. c. 12. nu. 3. uers. Quibus accedit.

Et hæc sententia mihi uerissima uidetur; quia per eam reseruationem non minuitur testandi libertas. Etenim donator, qui centum aureos, verbi gratia, sibi reseruauit, ut pro anima disponeret, non cogitur precisè de eis pro anima testari, sed si uelit, poterit testari. Est enim ab eo facta reseruatio in sui fauorem, ut si uelit, possit disponere pro anima, non ut cogatur; imò, si donator pro anima de rebus reseruatis testatus esset, procul dubio testamentum mutare, & reuocare posset. Quare contrariæ sententiæ fundamentũ corruit, & nullus hac de re dubitandi locus relinquitur.

CA-

CAPVT XCII.

Quid si donans omnia bona præsentia & futura, reseruet sibi aliquid, de qao possit in vita, vel in morte disponere, an valeat donatio?

RESpondit de hac facti specie Decius in cõsi. 251. negauitq; valere donationem: quia talis reseruatio non uidetur precisè reseruare testādi facultatem donatori, ex quo habet potestatem disponēdi de bonis reseruatis in vita, & consequenter disponēdo de illis in vita non retineret testandi facultatem. Sequitur eandē sententiam Curtius iunior in consi. 25. & in cõsi. 120.

Sed contrariũ respondit Crauetta in consi. 222. nu. 30. Alciatus ad l. vlt. col. vlt. C. de pactis. Couuar. variar. resol. lib. 3. c. 12. nu. 3. ver. Quibus accedit. Cagnolus in d. l. vlt. nu. 248. vbi tamen cogitādum esse dicit, propter magnam Decij autoritatem.

Mihi videtur res satis perspicua; donationē in proposita specie valere, nec tollere facultatem testandi. Imò expresse reseruare: quia donator liberum sibi arbitrium reseruat de certis bonis disponendi, vel in vita, vel in morte, hoc est, vel testando de illis, vel aliter disponendo, prout ipse maluerit: Ergo testari poterit, si voluerit. Nec quicquam mouet illud, q dicebat Decius, si donator in vita disponeret, eum amissurum, siue non retenturum testandi facultatem: quia sufficit, eum habere testandi facultatem, si nolit testari, sed malit inter viuos alienare, dilapidare, vel distrahere, sibi imputet. Eodem. n. modo nullus est rerum suarum dominus, qui hoc modo non sibi auferret testandi facultatem, si videlicet bona sua inter viuos distraheret, alienaret, absumeret. Verius est igitur donatorem post donationem factam sibi adimere testandi facultatem, aut ea nolle vti, quam habet; non donatione facta prorsus ablatam esse, quia donatio illam reseruauerat.

CAPVT XCIII.

Donatio facta omnium bonorum præsentium & futurorum, an contineat vestes, supellectilem & alia, quæ verisimile non est quenquam specialiter donaturum esse.

QVod conclusum est a nobis supra cap. 88. donationem omnium bonorum præsentium & futurorum nõ valere, quia facultatem testandi adimit donanti, ita accipiēdum est, ut locum habeat, quoties manifestum est donatorē bona omnia uoluisse donatione comprehendi quęcunque habuit, nulla re excepta. Cęterum, si non ita manifesta sit donatoris uolũtas, existimo ęquitati & iure magnoperè consentaneā esse Doctorum interpretationem, qui dixerunt, donationem non comprehendere supellectilia, uestes, & id genus alia, quæ nemo uerisimiliter donaret, ac proinde, si tā preciosa sint, ut de eis testari donator, & hæredem in eis habere probabiliter possit, donationem ipsam ualere. Ita Matthesilanus singulari 136. Nota unũm. Soc. senior ad l. Si is, qui ducēta. §. Vtrum. ff. de reb. dubijs, & alij quos refert & sequitur Cagnolus ad l. ult. C. de pactis, nu. 253. cũ sequentib. Quamuis Decius eo in loco dissentiat. n. 33. quem sequi uidetur Alciatus ibid. n. 80.

Fundamentum est, quoniam hęc interpretatio adhibetur in generali bonorum obligatione multo igitur æquius erit, uę in donatione, quæ maioris est preiudicij, adhibeatur. Vlpianus; *Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusue sit, non continebuntur, quæ verisimile non est quenquam obligaturum fuisse, ut puta suppellectilem vestes, &c.* l. Obligatione. ff. de pignorib.

Fundamentum Decij est, quia text. Vlpiani loquaA tur de generali obligatione, nos autem de uniuersali, *Omnia bona*, &c. Qui omne dicit, nihil excludit, l. Iulianus. de leg. 3.

Respondet latè & doctè Cagnolus, uerborum generalitati, & significationi mentem loquentis præferendam esse. Verbis ex uniuersalibus excipiendum esse casum hunc ex mente, ex æquitate & Ciuili quadam interpretatione; quia licet oratio omnia comprehendat, militat semper illa ratio æquitatis, ut excipiantur ea, quæ uerisimile non est quēquam specialiter donaturum fuisse. æquissima sanè mihi uidetur interpretatio; quanquam summo iure inspecto Decij & Alciati sententia iuri sit magis consentanea.

CAPVT XCIV.

Vtrum donatio hæreditatis valeat.

B DOnationem hæreditatis ualere non pauci, nec obscuri nominis responderũt; Crauetta in cons. 139. n. 6. Alciatus in l. ult. n. 81. C. de pact. & ibidem Iason. Decius & Purpuratus, nu. 245. Fundamentum est; quia uerbum hęreditatis accipitur inpropriè, ut actus ualeat, s. ut significet bona præsentia donatoris, sicut accipitur in l. Quæsitum. §. Si quis mihi seruus. de leg. 1. & ibi Glo. in uerbo, *hæreditatis*. Sed ualdè infirmum mihi hoc fundamentum uidetur, quia ut aliàs sæpe dixi, non est bona consequentia, si quis ita ratiocinetur. Illud uerbum aliquo in loco accipitur in hoc sensu; ergo & hoc in casu in eodem sensu accipiendum est.

Contrariam sententiam, quæ mihi verissima videtur, habuerunt Bartolus in l. vlt. C. de pactis, & alij magis communiter Doctores, teste Cagnolo ibid. nu. 276. Clarus §. Donatio. q. 19. vers. Sed quæro, vbi alios citat.
C Fundamentum est solidum in lege, & in iuris ratione. Quod attinet ad legem, est textus in l. Hęreditas. C. de pactis conuentis. & l. Pactum quod dotali. C. de pact. l. Ex eo. C. de inut. stip. Nam si hæreditas pacto dari non potest; ergo nec donatione: quia donatio fit per pactum, vel per stipulationem: Ex quo illud etiam apparet non posse hoc in casu idem importare verbum *hæreditatis*, quod verbum, *bonorum*, quia si liceret ita verbum illud accipere, pactum, quo hæreditas datur, valeret, & hæreditas intelligeretur pro bonis præsentib. ipsius paciscentis. Et tamē lex pactum negat valere; ergo non ita nobis licet verba clara in alium sensum detorquere absque vlla legis autoritate.

Iuris autem ratione probatur hæc sentētia; quia hæreditas est successio in vniuersum ius, quod defunctus habet tempore mortis. l. Nihil aliud, de uerb. sig. Ergo is, qui donat hęreditatem suam, donat omnia bona & tota sua præsentia & futura, scilicet quicquid tempo-
D re mortis habebit: Consequenter contra bonos mores est talis donatio, & ideo non valet; quia aufert testādi facultatem non secus, ac donatio ipsa omnium bonorum præsentium & futurorum, vt suprà disputatũ est.

Huc accedat à iuris ratione alienũ ęsse, vt iura testamentorum & contractorum inter uiuos confundātur. Nam hæreditas testamento datur, idque multis adhibitis solennitatibus conficitur, quare non expedit, ut inter uiuos hæreditas donari possit absque illis solennitatibus.

Scio contrarię sententiæ autores id non negare; sed vrgere illam interpretationem impropriam, vt donatio sustineatur: sed certè cùm in uerbis nulla est ambiguitas, non est facienda uoluntatis quæstio. l. Ille aut ille. de leg. 3. Hoc refugium autores legum habuerũt ad sustinēdas pactiones, quibus hæreditas confertur, & tamen eo non sunt usi; qui non potuerunt commodè id facere repugnante nimis aperta uerbi significatione.

A

CAPVT XCV.

Possitne mortis causa hæreditatem suam quis donare?

EST etiam controuersia; possitne quis mortis causa suam hæreditatem donare. Negant Bartolus, Alex. & Iason ad d.l. Licet. C. de pact. idem Alexander in consil. 28. lib. 3. Fundamentum est in l. Licet. C. de pactis. & in l. Hæreditas. C. de pactis conuentis. & quia videtur effecta esse donatio omnium bonorũ præsentium & futurorum, quę non valet. Cæterùm affirmat Decius ad d.l. Licet. num. 10. cui videtur Cagnolus adstipulari ad l. vlt. nu. 278. de pactis. quibus ego assentior adhibita distinctione quorundam, cuius mentionem facit Decius, vt valeat donatio hæreditatis non iure directo, sed veluti per fideicommissum. B Constat. n. hæreditatem testamentis duntaxat directè relinqui posse: Codicillis autem non potest directè relinqui. §. Hæreditas. Iustitu. de codicillis. Constat etiam legari posse hæreditatis partem. l. Mulier. §. vlt. ff. ad Treb. quod legatum non dat hæreditatem directò, sed per fideicommissum dare intelligitur, & consequenter hæres institutus grauatus censetur eam restituere. Cùm itaq; donatio causa mortis similis sit vltimis voluntatibus. l. vlt. C. de dona. cau. mort. *Et per omnia ferè legatis connumeretur*. Instit. de donatio. in §. 1. Sequitur dicendum eiusmodi donatione hæreditatem in alium transferri posse, & hanc vim habere, ut hæres grauatus esse uideatur eam donatario tradere, detracta quarta parte ex Trebelliano Senatusconsulto.

Huc accedit, quod cùm in donatione mortis causa pœnitentiæ locus sit. §. 1. Instit. de donatio. non uidetur per eam facultas testandi donatori sublata: potest enim hæredem instituere, uel ipsum donatarium, uel si pœnituerit, alium, & reuocabitur ipsa donatio. Quod argumentum facit, ut putem hanc conclusionem ueram esse, licet donatio causa mortis in testamento nõ fiat, reiecta Decij conciliatione, quia non tollit, vt dixi, libertatem testandi.

Ex quo infertur argumentum contrariæ opinionis, non obstare, quo dicebatur donationem hæreditatis similem esse donationi omnium bonorum præsentiũ & futurorum, quæ non ualet. Nam in hoc est differentia, quod donatio illa omnium bonorum præsentium & futurorum inter uiuos facta tollit facultatem testãdi: neque enim donator pœnitere potest, sed ista, quæ causa mortis fit facultatem testandi non aufert; quia pœnitentia reuocari potest, ut declarat optimè Clarus in §. Donatio. quæst. 19. uersic. Sed quia si fiat.

Ad l. Licet. C. de pactis. respondeo, illam non loqui de donatione causa mortis, sed de pacto, per quod successio transfertur. Vnde nõ ualet, nisi inter milites, ut ibi dicitur. Licet. n. in donatione causa mortis pactum interuenire possit ex donatarij præsentia, qui consentit, & acceptat donationem, tamẽ latum est discrimen inter pactum illud simplex, & istud, quod in donatione mortis causa interuenit. Nam in illo, si valeret, locus pœnitẽtiæ non est; quia est pactum inter uiuos; & ideo aufert testandi facultatem. Pactum autem, quod interuenit in donatione causa mortis, non impedit, quo minus illa reuocari possit, & consequenter donator pœnitere potest, & testamentum condere. Et hæc responsio ualet ad omnes alias leges, quibus dicitur pactis hæreditatem dari non posse: loquuntur enim de pactis non transeuntibus in aliam speciem, nimirum ultimæ uoluntatis, qualis est mortis causa donatio: sed de ijs, quæ reuocari non possunt ab ipsis paciscentibus.

CAPVT XCVI.

Vtrum hæreditas per procuratorem adiri possit.

VEteres interpretes Accursium secuti magis communiter dixerunt per procuratorem non posse hæreditatem adiri, autoritate Pauli, in l. Per procuratorem. 89. ff. de acq. hæred. Paulus: *Per procuratorem hæreditatem adquiri non posse*, ratio est: quia cùm mãdo procuratori, vt adeat hæreditatem, eo ipso videor adire, & ideo nihil remanet agendum per procuratorem. Cęterum Franciscus Duarenus lib. 2. disputationum, cap. 27. & ad tit. de acq. hæred. ca. 4. non procul à fine, contrarium docet: quia in Codice Florentino legitur in d. l. 89. Per curatorem.

Nam curator datus pupillo ad adeundam hæreditatẽ non sufficit, sed tutor necessarius est. l. Cùm in vna. §. t. ff. de appellat. & relatio. Rationem verò illam nõ probat, quia fieri potest, vt is, qui hoc mandat procuratori, cogitet eum non statim id facturum esse, ac totũ medium tempus sibi liberum fore ad deliberãdum. Per procuratorem igitur adiri hæreditas poterit, cùm id nullo iure exceptum reperiatur. Procuratoris. n. vsus permissus est in omnibus negotijs, nisi in quibus id exceptum reperitur. l. 1. ff. de procurato.

Cæterùm his aduersatur Cuiacius lib. 1. obser. c. 34. vbi putat retinendam veterem lectionem, nec satis forsitan eo in loco emendatas esse Pandectas Florentinas: *Sed sine hoc, siue illo modo legatur*, inquit, *ego nec per curatorẽ, nec per tutorem, aut per procuratorem hæreditatem posse adquiri existimo. Illud enim est ἀναλόγητον, si quis ista ratione probare velit, rectè Paulum dixisse per curatorem, quia tutoris autoritate opus sit in hæreditate adquirenda.* C *Aliud namq; est tutore autore, longè aliud per tutorem adquirere hæreditatem. Tutore quippe autore, id est, ipso pupillo adeunte, ac solennia peragente. Per tutorem, id est, adeunte tutore, atque agente solennia. Illo modo rectè sibi hæreditatem pupillus adquirit, non tamen autore curatore: ideoq; tutorem habenti plerumque specialis tutor ad adeundam hæreditatem datur. l. Impuberi. ff. de tutor. & cura. datis ab his. l. Cùm in vna. §. Tutor. ff. de appell. Vlpianus in Fragment. tit. de Tutelis. quod scilicet ad eam rem nõ sufficiat curatoris autoritas. Cæterùm, vt per curatorem adquiri hæreditas non potest, ita nec per tutorem, nisi pupillus infans sit. l. Potuit. C. de iure delib. l. Seruo inuito. §. Si pupillo. ff. ad Trebell. & multò minus per procuratorem. Quod si per procuratorem adquiri potest, nihil in hac re præcipuum habet procurator Cæsaris: cui tamen hoc iure singulari lex dat, vt Cæsari adquirat l. 1. §. vlt. ff. de off. procu. Cæsaris, id est, rationalis. Nihil denique hac in re distabit hæreditas a bonorum possessione;* D *Nam & per tutorem, & per procuratorem adquiri bonorum possessio potest. d. §. Si pupillo. l. Si maritus. C. mand. l. Si quis alicui. ff. de acq. hæred. Sed tamen hoc non est admittendum. Ius enim Prætorium ciuili iure indulgentius & benignius est. Ius ciuile directum & asperum. Ius prætorium mite & moderatum est: Atque ideo per tutorem, curatorem, procuratorem bonorum possessio adquiritur, hæreditas non adquiritur. Et hoc probo.* Hactenus Cuiacius.

Sed audiamus Duarenum: *Procuratorem hic accipimus, cui specialiter mandatum est. Nam procurator vniuersarum rerum generaliter datus adeundo nihil agit, excepto procuratore Cæsaris, si opulenta sit hæreditas, l. prima, de offic. procur. Cæsar. Ac ne tutor quidem, vel Curator propter subtilitatem iuris veteris. l. Potuit. C. de iure delib. sed per tutorem aut curatorem rectè dicitur adiri hæreditas, id est, interueniente tutore aut curatore, quamuis ipse adeat, argum. l. Verum. ff. de reb. cred.* Hactenus Duarenus.

Vides,

Vides, vt puto, lector, tria Cuiacium obijcere, primò hæreditatem adquiri non posse per tutorem. Secundò, eadem ratione nec per procuratorem, & quia nihil esset specialiter constitutum in procuratore Cæsaris. Tertiò, non posse adquiri per procuratorem hæreditatem, vt sit aliqua differentia inter hæreditatem, & bonorum possessionem, quæ etiam per tutorem & procuratorem adquiri potest.

Contrà verò Duarenum velle hæreditatem adquiri posse per procuratorem specialem tamen, quia non sufficit generalis. Secundò, per tutorem adquiri posse, hoc est, tutore autore non autem per curatorem, hoc est, autore curatore. Tertiò, nec per tutorem adquiri posse, hoc est, ipso tutore adeunte. Denique specialiter constitutum esse, vt per procuratorem generalem Cæsaris adquiri possit.

Igitur sic concludo secutus sententiam Duareni: Hæreditas adquiri potest per procuratorem. Id probo, quia alia possunt per procuratorem adquiri, quæ non sunt legibus excepta. Id autem legib. exceptũ non est.

Non obstat l. Per procuratorem. 89. ff. de acq. hæred. quia verior lectio Florentina habet per Curatorem.

Non obstat, quod dicitur nec per tutorem adquiri posse, quia id concedo, si tutor ipse adeat; secus autem si pupillus, tutore autore, adeat. Item secus si pupillus sit infans, quia tutor eius nomine adquirere potest hęreditatem. l. Si infanti. C. de iure delib. & consequenter eo in casu per tutorem hæreditas adquiri potest.

Non obstat, quod dicitur, si per procuratorem hæreditas adquiri possit, nihil præcipuum hac in re procuratorem Cæsaris habiturum, contra l. 1. ff. de offic. procur. Cæsar. quia respondeo, præcipuũ hoc esse in procuratore Cæsaris, vt ad hæreditatem adeundam & adquirendam nomine Cæsaris generale mandatum sufficiat, in alijs enim speciale mandatum requiritur.

Non obstat, quod dicitur, nullam fore differentiam hac in re inter hæreditatem, & bonorum possessioné: quoniam hæc est differentia, quod per alium adquiri potest bonorum possessio. l. 3. §. Adquirere. ff. de bonor. possess. Hæreditas autem per specialem procuratoré. Illa regulariter per tutorem adquiritur. l. Seruo inuito. §. vlt. ff. ad Treb. Hæreditas tutore autore. potuit. C. de iure delib. nisi sit infans pupillus. l. si infanti. C. eodem.

CAPVT XCVII.

Ad l. Eam quam. 14. C. de fideicommiss.

IMperator Valerianus, & Galienus: *Eam, quam frater tuus instituerat, siue quæsita, siue non quæsita hæreditate, decesserit, cùm tamen simpliciter, antequam duodecimum ætatis annum impleuisset, verbis precarijs testamento facto, nonnullos ei voluerit substituere; nihil prohibet fideicõmissum peti, vel ab ipsius hæredibus, vel ab ijs, qui bona intestati tenent. Tunc enim locum habent, quæ regulariter traduntur: ea, quæ in testamento relinquuntur, si ex testamento non adeatur hæreditas, non valere: cùm verbis relicta directis adiri potuit hæreditas, non, cùm illa ipsa sic data est, vt esset ab intestato à successoribus postulanda. Quod rescripsimus sequentes adseuerationem tuam, quasi scripta hæres non fuerit iure adoptata. alioqui si in familia relicta, hæres facta decessit, & consequenter ipsius hæredes petitioni fideicõmissi respondere coguntur.*

Veteres interpretes non satis hanc legem explicarunt, conatus est post eos Alciatus ei lucem adferre lib. 1. dispunctionum, cap. 9. Autor sum studiosis, vt claram & planam sequantur Duareni & Goueani interpretationem, additis ijs, quæ ipse subijciam. Et si qua erit dissensio dicam, quid sentiam. Duarenus lib. 2. disputationum, c. 5. *Titius frater Sempronij puellam impu-*A *berem adoptauit, sed non iure ac legitimè, deinde eam instituit, non ciuilibus verbis vtens, nec directis, sed precarijs tantùm ac fideicommissi, hoc modo. Volo vt puella hæreditatem meam dent hæredes mei. Deinde substituit huic puellæ quosdam alios post mortem puellæ simpliciter; non autem si impubes decessisset. Decessit puella: quæritur, an substituti possint fideicommissum petere. Causa totius quæstionis ac dubitationis est, quod non adita hæreditate ex testamento, fideicommissum non videtur deberi. l. Si nemo. de reg. iur. At hic nullus hæres extitit ex testamento, qui hæreditatem adierit. Verùm hic rescribit Valerianus fideicommissum peti posse, vel ab ipsis hæredibus, qui bona intestati tenent, id est, etiã à legitimis hæredibus Titij, nedum a testamentarijs, quos constat hic nullos fuisse; Nec nos mouere debet, quod dicitur, nisi hæreditas adita fuerit non posse fideicommissum peti, &c. Id enim accipiendum est, cùm verbis directis ac ciuilibus hæreditas est relicta, non verbis fideicommissi, vt sit ab intestati successoribus postulanda. quod accidit in hac specie,* B *vt iam diximus, in qua testamentum vim codicillorum habet, quia tametsi seruatis solennibus factum fuerit, tamen apparet testatorem voluisse codicillos valere, ex eo, quod nõ instituit directò hæredem, nec verbis ciuilibus, sed fideicommissi. l. vlt. ff. de iure cod. l. Non Codicillum. C. de testam. Poteras autem dubitare in proposita specie, num possent conuenire hæredes puellæ tanquam legitimi. Quæstionem facit quod puella adoptata fuisse dicitur à Titio, vnde videtur, iure suo hæreditatem Titij ad suos hæredes transmisisse. Sed Valerianus rescripsit à legitimis hæredibus Titij fideicommissum peti, nullam faciens mentionem hæredum puellæ: quia propositum fuerat, eam non iure adoptatam fuisse, atq; adeo in familia Titij non fuisse. Alias non alij essent legitimi hæredes Titij, quàm ipsius puella.* Hactenus Duarenus.

Antonius Goueanus lectionũ iuris variarum, lib. 1. c. 1. *Falco puella instituta verbis precarijs ita substituit: si Caia intra pubertatem decesserit, hæreditatem meam illi, & illi restitui volo. Puella necdum quæsita hæreditate decessit.* C *Falconis frater agnationis iure hæreditatem intestati fratris adijt: quam cùm ab eo ex fideicommissi causa peterent substituti, defendebat substitutionis locum nullum esse. quando acquisita ex testamento non esset hæreditas; regulariter namque definiri: Non adita ex testamento hæreditate, relicta in testamento nihil valere: eamq; regulam ad substitutiones quoque pupillares pertinere. Valerianus autem & Galienus Impp. regulam hanc ibi locum habere rescripserunt, cũ aut verbis directis fit substitutio, aut solus rogatur institutus: non autem cùm peti etiam ab ijs hæreditas potest, qui veniunt ab intestato. Posse autem a venientibus ab intestato peti hæreditatem, non solum cùm hi apertè rogantur, verùm etiam cùm simpliciter ita quis scribit: Volo siue rogo, si quem hæredem scripsi è viuis decedat, hæreditatem meam Titio restitui. Ita enim qui rogat, omnem videtur rogare successoré; Institutum si acquirat; si is omittat legitimum successorem. Ea igitur rescripti huius vis est, atque sententia, substitutionem fideicommissariam, ex qua à legitimis successoribus peti* D *hæreditas potest, nõ adita instituto locũ habere. Quod. n. sine hæredis institutione fieri potuit destituta institutione iniuria non oportere, argumento illud fuerit Tryphonini in l. Miles ita. ff. de milit. testam. impuberi filio factam a milite substitutionem, quamuis non adita ex testamento hæreditate, valere tamen; quia miles soli filio testamentum facere possit.* Hactenus Goueanus, qui multa alia pro explicatione legis adfert, quæ non describo.

Video dissensionem esse inter Duarenum & Goueanum in duobus, quæ vbi explicauero, tùm ad verborum legis explanationem descendam.

Primò dissentiunt, quia Duarenus dicit puellam institutam fuisse hæredem non ciuilibus verbis, sed precarijs tantum, & fideicommissi, hoc modo; *Volo vt puella hæreditatem meam dent hæredes mei*. Goueanus autem nullam huius fideicommissi mentionem facit, & pręsupponit puellam institutam fuisse, sed substitutos ei datos fuisse verbis precarijs hoc modo. Si Caia

intra

intra pubertatem decesserit, hæreditatem meam illi & illi restitui volo.

Et hæc interpretatio Goueani videtur prima fronte magis consona verbis legis. Ait enim textus; *Eam quã frater tuus instituerat*, &c. *Cùm tamen simpliciter, antequã duodecimum ætatis annum implesset, verbis precarijs testamento facto nonnullos ei voluerit substitutos*, &c. Ex quo apparet verba precaria, quorum lex meminit referri ad substitutionem, non autem ad institutionem.

Sed magis placet Duareni sententia, & expositio propter verba illa, quæ sequuntur in textu: *Non cùm illa ipsa* (scilicet hæreditas) *sic data est, vt esset ab intestato successoribus postulanda.* Hæc enim uerba significant datam hæreditatem puellæ fuisse per fideicommissum eo modo, quo declarat Duarenus.

Secundò Duarenus dicit, quosdam alios puellæ simpliciter post mortem substitutos, non autem si impubes decessisset, quod repugnat verbis legis. ibi: *Cùm tamen simpliciter antequam duodecimum ætatis annum implesset*, &c. Et ideo rectè Goueanus format facti speciem, ita, vt substitutio facta sit, si Caia ante pubertatem decesserit, & illud verbum, *simpliciter*, &c. rectè exponit, *hoc est, omnino ab omniq́; successore restitui voluit hæreditatem, si puella intra pubertatem decederet. Simpliciter enim rogat, qui neque hunc, neque illum rogat, sed quod fieri omnino velit, ostendit, itaque rogare omnes videtur.*

Hæc igitur est legis huius sententia. Siue ea puella, quam frater tuus hæredem instituerat, quæsita, siue non quæsita hæreditate decesserit, (Non quæsita hæreditate, quia institutio non valuit. Fuit enim instituta tãquam filia adoptiua, & adoptio non fuit iure facta) fideicommissum peti poterit ab ijs, qui verbis precarijs simpliciter ei substituti sunt. Poterit, inquam, peti non a puella defuncta, neque ab hæredibus eius, eo in casu, quo illa non quæsiuit hæreditatem, sed ab hæredibus ipsius testatoris. In casu autem, quo hæreditas puellæ quęsita esset, ab hæredibus eius peti posset. Et hic est sensus illorum verborum, *vel ab ipsius hæredibus, vel ab ijs, qui bona intestati tenent.* Ab hęredib. ipsius puellæ, si quæsiuisset hæreditatem; ab hæredibus intestati, i. eius, qui ita testamento disposuit, sed testamẽtum irritum factum est eam ob causam, quod institutio nõ valuit, nec scripta hæres puella obtinuit hęreditatem.

Tunc enim locus est regulæ iuris, si nemo ex testamento adierit hæreditatem, non ualere ea, quæ in testamento relinquuntur, *cum uerbis relicta directis adiri potuit hæreditas*, idest, cùm verbis directis institutio facta est: *Non cum ea ipsa* (hæreditas) *sic data est, vt esset ab intestato a successoribus postulanda.* Sic enim legẽdum putat Goueanus, nõ ut uulgò legitur, ab intestato successoribus; sed in proposita specie hęreditas relicta est puellę non directis uerbis, sed precarijs, eo modo, quo supra diximus ex Duareno; ergo regula illa iuris locũ habere non potest; *Quæ ita rescripsimus*, inquit textus, *sequentes adseuerationem tuam, quasi scripta hæres non fuerit iure adoptata.* Idest, locum habet ista eo in casu, quo puella decessit non quæsita hæreditate: ea; inquã, quæ dicta sunt de fideicommisso petendo ab hæredibus, qui ab intestato succedunt. Si enim puella iure adoptata fuisset, & in familia defuncti testatoris hæres facta decessisset, hæreditatem ad suos hæredes transmisisset; consequenter fideicommissum eo in casu ab ipsius puellę hæredibus petendum esset. Textus uariè legitur, meus Codex habet *fideicommissum petere*, alij habent *peti*.

Ego vtramque lectionem probo, quia sensus est, substitutos fideicommissum petere posse, si ea, quæ instituta fuit, decesserit: si legas, *peti*, intellige à substitutis: si legas *petere*, intelliges substitutos.

Illa verba, *eam*, *Quam*, more græcorum scripta sunt eam, pro ea, vt cùm dicitur: *Vrbem quam statuo, vestra est.* Et est, ac si clarius diceretur, si puella à fratre tuo hęres instituta decesserit, siue quæsita, siue non quæsita hæreditate, substitutio tamen verbis precatijs ea facta locum habet, & si quidem institutio valuisset, & puella iure adoptata decessisset hæres, eius hæredes fideicommissum restituere tenerentur substituto. Cæterùm si adoptio non valuit, & ideo non quæsita hæreditate, puella est defuncta, fideicommissum restituere tenẽtur hæredes fratris tui defuncti, qui proximiores sunt ab intestato. Nec se tueri possunt ea exceptione, quod fideicommissum non valeat; quia ex testamento hæreditas adita non est. Nam locum habet exceptio illa, quoties hæreditas verbis directis, relicta est; secus quando verbis precarijs, tunc enim hæredes ab intestato venientes, sicut tenentur hæreditatem dare puella, si adoptio valuisset, ita si non ualuit, tenentur eam ex fideicõmisso dare & restituere ijs, qui puellæ substituti fuere.

CAPVT XCVIII.

Defenditur sententia autoris de emphyteuta, an donare possit ius emphyteuticum consensu domini non requisito, quæ extat in prima parte Controuersiarum, lib. 3. cap. 97.

NOn muto sententiam, quam firmaui in prima parte Controuersiarum, lib. 3. cap. 97. cõsensum domini requirẽdum ab emphyteuta, licet non uendere, sed donare uelit ius emphyteuticum; tum quia legis uerba generalia sunt, & omnem continent alienationem, l. 3. C. de iure delib. Tum quia domini interest, vt cõsensus eius requiratur. Primùm ut sciat, quis nouus sit emphyteuta, an idoneus ad soluẽdum canonem. Deinde quod multas alias ob causa eiusdem intersit, ut ibi latius explicaui. Non muto, inquam, sententiam ex his, quæ disputat, & pro contraria sententia adfert elegantissimos, & doctissimus Iurisconsultus Fornerius lib. 2. selectionum, ca. 30. Primùm dicit *alienationis*, uerbum contrahendum esse, ut significet solam uenditionem, citat text. in §. Adeo. in Instit. de locatio: Sed contrariũ dicit. Verba Iustiniani hæc sunt: *Vt ecce de prædijs, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio, siue reditus pro his domino præstetur, neq; ipsi conductori, neq; hæredi eius cuiuis conductor, hæresue eius id prædiũ vendiderit, aut donauerit, aut dotis nomine dederit, aliòue quocunq; modo alienauerit*, &c.

Non uideo quid sibi uelit Fornerius, dum ait: *Quod Zeno initio l. 1. C. eod. tit. alienationem generaliter dixerat, id ipsum referens Iustinianus, specialiter uenditionem nominauit.* §. Adeo. Instit. de locat. Id ut uerum sit inquam, non uideo: siquidem Iustinianus de uenditione, donatione, & quacunque alienatione loquitur, ut patet ex uerbis proxime relatis.

Secundum argumentum Fornerij est, quia fit mentio precij, in d. l. 3. C. de iure emphyt. ergo uenditio significatur l. 3. C. de prædijs decurio. Respondeo, Iustinianũ de precio loqui, quatenus scilicet de uenditione loquitur.

Sed loquitur etiam de alienatione generaliter, uerba sic habent; *Minimè licere emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas alijs uendere, uel ius emphyteuticum transferre.* Hæc postrema uerba uidentur mihi generalia, & non solum uẽditionem significare, sed omnem aliam alienationem:

Tertium argumentum est; *Quia denunciatione*, inquit, *illic opus non est, vbi dominus nullo precio repenso meram emphyteutæ liberalitatem proculdubio accepturus est.* Respondeo, denunciatione opus esse, etiam eo in casu, quo donare vult emphyteuta ius suum, non vt dominus præferatur, & consequenter ex donatione rem

ab

ab emphyteuta consequatur: neque enim inuitus A emphyteuta cogendus est donare ius suum domino, vt optimè deducit Fornerius ad finem capitis. Sed nec ex donatione in quemquam collata præiudicium domino inferatur, vel propter annuum canonem, vel propter alias causas.

Postremum argumentum est, non esse pertimescendam aliquam iniuriam, cùm non tam facilè quisquã donet, quàm vendat: in hoc enim rei precium captatur, in illo perditur. l. 7. ff. de donat. Sic enim non prohibetur donare mulier, fideiubere prohibetur. l. 4. ff. ad Velleian. Decuriones nihil vetat prędia donare, vendere autem sperato scilicet precio non licet. l. 4. l. vlt. C. de prædijs decurio.

Respondeo, hæc esse dissimilia: quia non dicimus colonum siue emphyteutam prohibitum esse donare, sed denunciare id oportere domino, cuius multas ob causas interesse potest, vt sciat, cui donetur. Et licet rarò fiant donationes, non tamen rarò fraudes committerentur, si passim domino non requisito liceret B emphyteutæ ius suum donare. Nec propterea, quod rarò homines donare soliti sunt, ideo nullas de donationibus leges habemus, immò verò multas. Ergo nec iusta hæc interpretatio ob eam causam repudianda erit.

CAPVT XCIX.

Annotationes ad primum cap. lib. 1. Controuers. primæ partis, & ad cap. 71. lib. 3.

QVod scripsi lib. 1. Controuers. iuris, c. 1. de pœna carceris aduersus eos, qui venantur Principe prohibente, non ignorabam iuri Cæsareo consonum non esse: *Carcer enim ad continendos, non ad puniendos homines haberi debet*, vt inquit Vlpianus in l. Aut damnum, §. Carcer. ff. de pœnis. sed moribus consentaneum est, quibus passim ferè carceris pœna recepta est, conuenienter iuri canonico. c. Quamuis. de pœnis. lib. 6.

De dote profectitia disserui lib. 3. cap. 71. Pro distinctione ibi facta inter filiam in potestate & emancipatam, indicauit mihi D. Fabricius Matthæus, Doctor magni ingenij & spei, & gener mihi clarissimus, textum in l. Pater. ff. de Euiction. in illis verbis: *Interest enim patris filiam dotatam habere, & spem quandoq; recipiendæ dotis, vtiq; si in potestate sit. Quod si emancipata est, nec poterit defendi statim commissã stipulationem, cum non semper dos ad eum regredi possit.*

CAPVT C.

Annotationes continet ad c. 1. lib. 4. & ad c. 22. eiusdem lib. & ad cap. 31.

ADdo de schedula continente patris testamentum inter liberos, Cuiacij sententiam imitari posse ex responso Alexandri 76. nu. 10. lib. 3. vbi post Salycetum, quem citat in l. Hac consultissima. §. Ex imperfecto. C. de Testam. scribit non ualere si non appareat lectam, & publicatam fuisse, argumento l. Hac consultissima. C. qui test. facere possunt, ibi dum textus dicit, *elogium ipse suum profiteatur agnoscere*. & in l. fideicom. vers. *Quoties*. de leg. 3. Sed leges allegatæ non loquuntur de Testamento inter liberos. Ideo non obstant. Adde Menochium pro sententia communi & vera, de Præsump. lib. 4. Præsumpt. 7. nu. 5. Et de patris diuisione inter liberos scriptura comprehensa, quod valeat, si fuerit à patre subscripta, vel à liberis & fidem obtineat aliaque cautela non indigeat, est expressè constitutum Nouella de Triente & Semisse. §. Et quod sæpè.

Ad caput 22. eod. lib. omisi decisionem Pedemontanam Osaschi 26. in materia propositæ ibi quæstionis.

Ad caput 31. eod. lib. de filio exhæredato vel excluso ab hæreditate, quando faciat partem, & quando non cæteris filijs, vide Cuiacium in expositione Nouellæ 18. col. 4. uers. Ad hæc notandum est.

ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER SEPTIMVS.

CAPVT PRIMVM.

De origine Feudorum, & an feudum sit contractus.

INstituenti mihi controuersias feudales A priore libro huius tertiæ partis explicare, operæprecium visum est, ab illa initium sumere, quæ de origine feudorum agitata est frequentissimè, tam apud ueteres, quàm apud recentiores Iurisconsultos.

Quinque sunt præcipuæ celebrioresque sententiæ. Vna, feuda ex antiquo Romanorum iure originem sumpsisse. Altera, à tempore Iustiniani cœpisse. Tertia ex militijs, quarum fit mentio, in iure Romano profectas esse: & nihil aliud feudum esse, quàm militiam. Quarta, à Gallis uenisse ad Germanos feuda, Italos, Hispanos, & alios Europæ populos. Quinta, ex Longobardis Regibus principium accepisse; & inde consuetudines feudales emanasse: & hanc cæteris probabiliorem esse iudico. Verùm de singulis uidendum est, ne quęquam inaudita causa condemnare uideamur.

Prioris sententiæ autores sunt Vdalricus Zasius in Epitome feudorum, parte 1. in principio, & latiùs in Commentarijs l. 2. in uerbo *Curias*. ff. de origine iuris, & Iacobus Cuiacius in Commentarijs ad libros feudales, non procul à principio.

Hanc uerò sententiam ita isti confirmare nitũtur. Zasius quidem in d. l. 2. uers. *Curias*, in hunc modum dicens; *Romulus, vt est apud Dionysium Halicar. lib. 2. vrbe condita promsurus, ne iniuria locupletum in humiles, vel vicissim egenorum inuidia in potentes discordiam pareret, plebeis permisit, vt quem sibi ex patritijs patronum deligerẽt. Hi clientes dicebantur: eratq; ciuilis illa coniunctio nihil aliud, quam susceptum pro pauperibus humilibusq; patrocinium. Habuisse eos legitima quadam instituta, quibus vltrò citroq; præstabant ij officia, illi beneficia. Nam patroni pro clientibus ea fecere, quæ patres pro filijs: pecuniarum contractuumq; rationes explicabant: causas pro iniustè oppressis sumpsere, omnemq; eis quietem publicè & priuatim exhibuere. E diuerso clientes patronis egentibus ad dotem filiarum contribuere, captos vel ipsos, vel liberos eorum ab hostibus redimere, nexos à creditoribus, vel ære multatos, propria pecunia liberare, deducere eos, eis adesse debebant. Nec fas erat vel accusare inuicem, testimoniumue aut suffragium aduersus ferre: nec porrò cum inimicis adnumerari: Erãtq; huiusmodi coniunctiones haud absimiles sanguinis necessitudini, vsque adeò, vt clientes in officiorum ordine affinib. præferrentur.* Et paucis interiectis subdit: *Credimus curialiũ dominicalium iura & feudorum (si ita loqui liceat) hinc velut impressis vestigijs quadam duxisse simulacra. Quo enim tempore Romani victricia vbiq; terrarũ signa circumtulissent, multi eorum remansisse in prouincijs creduntur, pars præsidio relicti, pars agri vbertate capti, deniq; dum Coloniæ deducerentur, bona Romanorum pars eò loci commigrarũt, quibus cùm multum agri, multum fundorũ esset, ne pro Romano more carerent clientibus, verisimile est, incolas terræ in suum inuitasse patrocinium, suosq; eis fundos, prout cu-* B *iusque erat conditio, in beneficium distribuisse. Tractu tamẽ temporis, quod omnia variat, clientelarum nomine commutato, feuda a fœdere forsitan, curiasq; dominicales nominari cepias, vt qui clarioribus essent natalibus feuda, alij ex vulgo curias haberent dominicales: constitutis certis iuribus, quæ dominos, quæ clientes, quos vasallos vocant, respicerent, quorum aliqua consuetudine, vt in feudis, aliqua pactis, vt in curijs constare dignoscuntur. Hac nostram coniecturam haud parum adiuuat magna vtrinque ad priscorum clientum iura similitudo. Nam vt olim patroni clientibus, & vicissim isti illis mutua obligatione nectebantur: sic in feudis & curijs pariter recepta sunt: siquidem & vasallus domino, & è diuerso dominus illi debet.* Hactenus Zasius.

Iacobus autem Cuiacius sic scribit: *Interea tamen cùm ius feudorum antiquissimum esse Gerardus scribat, qui ipse fuit Longobardus, ineptè id repetieris ex Longobardis ipsis siue Gothis, quorum leges nihil de feudis habent palam, nec antiquissimum esse nobis vnquam persuaseris, nisi id Longobardi deduxeris ex moribus populi Romani, quod fiet ut e-*

com-

commodissimè. Fit sæpè in libris nostris hominum mentio, qua appellatione frequentius seruos significantur. Sed & liberi, vtica actores, procuratores, custodes prædiorum, Insularij, Conductores, Emphyteuticarij, Chartularij, precarij possessores. His possessio conceditur ad tempus. Quæ actori, feudū est Gastaldiæ, quæ custodi, feudum guardiæ. Iisdem postea cæpit concedi in perpetuum, quod est verum ac proprium feudum, atq; ita, vt me obseru. 8. tradidisse recordor, paulatim qui erant actores, custodesq; prædiorum nostrorum temporarij, perpetui esse cœperunt. Latinumq; hominum nomen retinuerunt, nouum & externum vasallorum siue Leodum & feudatariorum acceperunt à Principibus & nobilioribus, qui eis sua prædia in perpetuum concedere maluerunt, si militiæ oneribus se obligarent, inuectam Italiam nomina à Principibus Germanis, quibus fuere semper multi Comites (si Cornelius Tacitus vasallos vocat) & Principum æmulatio magna, cui plurimi & acerrimi. His, vt ait, præcipuum Sacramentum erat defendere, tueri, sua quoq; fortia facta gloriæ Principis sui assignare: quod vulgò Sacramentum fidelitatis appellamus. Hactenus ille.

Secūdę opinionis autor fuit Lucas de Penna in L. Quicunque. C. de omni agro deserto, lib. 12. & in l. 1. C. de petitio. bono. sublat. lib. 10. ratus, feuda esse prædia stipendiaria, de quibus mentio fit in §. Per traditionem, in Instit. de rer. diui. Gulielmus Benedictus idē docet in c. Rainucius. in verbo; *Et vxorē nomine Adelasiam*, decis. 3. nu. 3. & 4. quem refert & sequitur Cassanæus in Consuetudine Burgundiæ, Rub. 3. ver. Des Fieds. nu. 15. Fundamentum est, quia eiusmodi prædia stipendiaria in multis videntur esse feudis similia. Sicut enim feuda sine consensu domini alienari non possunt, & olim antiquissimo tempore non transibāt ad hæredes, vt in tit. de his, qui feudum dare possunt. §. Et quia, ita nec prædia stipendiaria seu tributaria alienari poterant, & militibus assignata pro stipendio non transibant ad filios. l. 2. & 3. C. de Fundis limitrofis. lib. 11. Dantur feuda, vt vasalli dominum contra hostes inuent. c. 1. quibus modis feud. amitt. c. 1. §. vlt. hic finitur lex, &c. Sic & stipendia hæc militibus dabantur, vt Rempub. defenderent. l. Qui excubias. ff. de re milit. lurant feudatarij obseruare contenta in c. 1. de noua forma fidel. arctiori iureiurando adstringuntur milites, vt tradit Vegetius de re militari, lib. 2. c. 2. Hæc & alia nonnulla, in quibus feuda conueniunt, & stipendiaria hæc prędia, recenset accuratè Marinus Frecia in Commentarijs feudalibus. tit. de feudorum origine. num. 22. cum sequentibus. Ab hac sententia non procul abest Lelius Taurellius in libro de militijs, ex casu dum feudorum originem refert ad agros imperij extremos, quos solebant militibus assignare Romani Principes, vt ait Lampridius in Alexandro; *Sola*, inquit, *quæ de hostibus capta sunt, limitaneis ducibus & militibus donauit, ita vt eorum essent, si hæredes eorum militarent, nec vnquam ad priuatos pertinerent, dicens, attentius militaturos, si etiam sua rura defenderent.*

Tertiam opinionē inuexerunt Haloander in proœmio Nouellarum, & Viglius in §. 1. in Instit. de militari testam. arbitrati feuda fuisse militias, quarum fit mentio in L. Omni modo. §. Imputari. C. de inoff. testam. & in l. vlt. cum Auth. ibi posita. C. de pignor. & alibi. Cui sententiæ adstipulatur, quod scribit Marinus Frecia loco proximè citato nu. 40. militias personales fuisse, nec ad hæredes transiuisse, ad instar feudorum, & quia feudatarij plerūque sint milites. c. 1. de capitulis Corradi, & alibi.

Quartæ opinionis autor est Connanus lib. 2. Commentariorum, c. 9. nu. 5. *Ego verò*, inquit, *feudorum morem à Gallis venisse ad Germanos, Itales, Hispanos, & alios Europæ populos arbitror, idq; vt existimem, facit, quod de Gallis scribit Cæsar lib. 3. commentariorum. Dicit enim, qui opibus inter eos valerent, multos habuisse deuotos, quos secū in bellum ducerent, Soldarios sua lingua nuncupatos, quorū*

A *hæc erat conditio, vt omnibus in vita commodis vnà cum ijs fruerentur, quorum se amicitiæ dedissent, quod si quid ijs per vim accidisset, aut eundem casum ferrent ipsi, aut mortem sibi consciscerēt. Quod in vasallis nostris eodem se modo habet, qui cùm dant fidem suo domino, & patrono iurant magno iureiurando se pro illius salute vitam posituros, &c.*

Sed ut rectè monet F. H. disputat. de feudis cap. 2. feudalij clientes nostri temporis, nec illud receptum est, vt patrono interfecto mortem sibi cōsciscāt: & Soldarij illi certos & proprios agros non habebāt, quæ tamen in re magnam feudorum partem constare, manifestum est.

Postremam sententiam, feuda ex Longobardis originem duxisse, frequentioribus suffragijs Doctores secuti sunt. Hāc post Balduinum, & alios ab eo citatos, secutus est Frecia loco annotato num. 12. & nu. 82. quibus accedant Franciscus Duarenus in commentarijs in vsus feudor. c. 3. Eginarius Baro ad Obertum Ortensium, de Beneficijs tit. 1. & hæc mihi etiam probabilior videtur. Primò, quia in Consuetudinibus feudalibus sæpe fit mentio legum Longobardorum, vt in c. 1. de feudi cogni. in c. 1. de contentio. inter do. & fid. de inuest. feudal. in c. 1. de notis feudor. & alibi. Secūdò, quia in legibus ipsis Longobardis titulus extat de beneficijs & terris tributarijs. Nihil autem aliud feuda esse constat quàm beneficia. Tertiò, quod me maximè mouet, quia ipsum verbum *Feudum*, non à fidelitate ducitur, vel à fœdere, vt quidam putant, sed est verbū Germanicum, vt mihi relatum est à doctissimis viris, quod significat alimentum, quemadmodū & *Leudes*, quorum meminit Gregorius Turonen. lib. 9. sunt populi Germanicè, hoc est, homines, quos vasallos dicimus, unde & dominium, quod homagium frequentius dicitur. Constat autem Longobardos origine fuisse Germanos.

Non obstat huic sententiæ, quod Cuiacius perpendit, Gerardum dixisse, ius feudorum antiquissimum esse, & ideo referendum non esse ad Longobardos, cùm ipse Gerardus Lōgobardus fuerit, quia Gerardus hoc dicit in §. Et quia, tit. de his qui feudum dare possunt: *Antiquissimo enim tempore*, inquit, *sic erat in dominorum potestate connexum, vt quando vellent, possent auferre rem in feudum a se datam, &c.*

Hoc ius antiquissimum cur non referri possit ad initium, quo feuda à Longobardis constituta sunt, nihil proponi video, licet ipse Gerardus Longobardus fuerit, longissimo enim tempore Longobardos cōstat rerum potitos esse ac dominatos.

Quæ verò Zasius, Cuiacius, & alij de clientelis Romanorum, de militijs, de prędijs stipendarijs, & alijs id genus adferunt, potius imaginem quandam & simulacrum, vt loquitur Zasius, feudorum continēt, quàm veram & germanam feudorum cōstitutionem, quam nunc habemus, quanquam vt F. H. in disputatione de feudis cap. 2. adnotauit, alio fine institutæ fuerint Romanorum clientelæ quàm feuda. Illæ pacis alumnæ, hæc militiæ comites; nisi ad illud clientelarum genus referantur, quæ inter duces populi Romani, & subactos bello populos contrahebantur. Cùm enim illi se dederent Romanis in eorum fidem, ditionem potestatemque se commendabant: Eaque de causa non modò Romæ, cùm usus ferebat, defendebantur, verùm etiam agris ea lege donabātur, vt cùm tempus ferret, parati in armis essent. Vide Cæsarem de bello Ciuili lib. 1. Hirtium de bello Africo. Ciceronem lib. 1. Officior. Itaque in re valde dubia, ut plurium acquiescerē sententiæ, his, quas dixi, coniecturis accedentibus, faciendum esse iudicaui.

Ad alteram quæstionem quod attinet, antiqui interpretes Bartolus & alij communiter dixerunt, feudum esse contractum, vt testatur Iulius Clarus §. Feudum, q. 6. quibus & Ludolph. Schrad, parte prima de feu-

feudis, & Franciſcus Duarenus c.2. adſtipulantur, eo A
proculdubio argumento adducti, quia uiderunt inter dominum & uaſallum mutuas eſſe pactiones & obligationes, quibus propterea contractus uim ineſſe crediderunt, ac proinde inter contractus feudum retulerunt.

At contra F.H. lib.6. obſeruat. cap.7. Primò, quia contractus de re priuata & familiari, & quę in comercio eſt, fiunt l.7.§. Si paciſcat. ff. de pact. l. Inter ſtipulantē. 83.§. Sacram. ff. de uerb. obl. Feudum autem clientela eſt potiſſimùm ad caput uel ad ſalutem ſenioris, uel utriuſque potius ſenioris, ſ. & uaſalli inſtituta, quę cõuentio in eorum negociorum numerum, quæ contractus appellantur non cadit.

Secundò, quia cõtractus lucri & negociationis cauſa fiunt, l. Actionum 35.§.1. ff. de act. & oblig. à quo feudi natura & ratio abhorret, quia feudum propriũ non eſt, niſi beneficium ſit, & à liberalitate proficiſcatur, lib.1. feud. ti.27. Quod enim pecunia emitur, improprium eſt. lib.2. ti.24.

Tertiò, quia contractus ab initio uoluntarij, poſtea uerò neceſſarij ſunt: neque ſine utriuſque uoluntate B
diſſolui poſſunt l. Sicut. C. de act. & oblig. At feudum refutari a uaſallo, i. remitti & reſtitui ſeniori, quoties ei commodum eſt, etiam inuito poteſt, lib.2. ti.38.

Iacobus Cuiacius lib.1. de feudis, in præfatione, nõ procul à fine, de hac re ſic ſtatuit: *Ne dixeris etiam feudum eſſe contractum. Ius eſt potius quod per contractũ conſtituitur, dum ſ. dominus id per inueſtituram cedit, qua ceſſio datio eſt, ea lege, ut qui accipit, fidem & ſeruitium dãti ſemper exhibeat. Et contractum huiuſmodi ſequitur traditio, & eſt ex eo contractu actio de euictione in dominum. Et aduerſus vaſallum condictio cauſa dati, ſi fidem fallat; vel etiam præſcriptis verbis, ſi nolit dominus feudum reuocare.*

Ego uerò ſic dico. Cùm quęritur an feudũ ſit contractus, tria eſſe conſideranda. Primùm rem ipſam, hoc eſt, beneficium, quod confertur in uaſallũ: & hac ratione feudum contractus dici non poteſt, quia ſpeciem habet donationis, liberalitatis, gratię, beneficij. arg. l. Interdictum. 14. ff. de precario, ibi: *Magis enim ad donationem & beneficij cauſam, quam ad negocij contracti* C
ſpectat precarij conſtitutio.

Secundò conſideranda eſt cõuentio & pactio, quæ inter dominũ & uaſallum fieri ſolet; & hoc nomine, ſi contractus uerbũ propriè ſumatur, feudum contractus non eſt. Nam ut reſpondit Vlpian. in l. Labeo. 19. ff. de uerb. & rerum ſig. *Quædam aguntur, quædam geruntur, quædam contrahuntur. Actum generale verbũ eſt, ſiue re, ſiue verbis quid agatur, velutì in ſtipulatione, vel numeratione. Contractum autem vltro citroq; obligationẽ eſſe, veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, ſocietatem.* Feudum igitur non eſt contractus propriè, quia pactiones & cõuentiones propriè contractus nõ dicuntur, quod latè oſtendit Duarenus ad l.1. ff. de pactis, & lib.2. Anniuerſ. diſputat. c.8.

Tertiò conſiderandum puto, contractus verbũ latè D
ſumptum, omnem obligationem ſignificare, vt vbicũque aliquis obligetur, & cõtrahi videatur, quamuis nõ ex crediti cauſa debeatur. l. omnem. 20. ff. de iudicijs. Itaque ſi contractus verbum ita accipiatur, non dubito affirmare, feudum inter contractus annumerãdum eſſe, quatenus obligationes reciprocas domini continet & vaſalli.

Nec iſtam diſtinctionẽ offendunt argumenta F.H. illa enim huc pertinent, vt probetur, feudum non eſſe contractum, quatenus feudum, hoc eſt, beneficium eſt.

Item propriè contractum non cenſeri, quod & ipſe fateor. Non tamen ſequitur, contractum ſaltẽ impropriè dici non poſſe. Speciem enim contractus refert pactio, ſtipulatio, obligatio vaſalli, vt ex dictis patet.

CAPVT II.

Liber feudorum an ſit authenticus?

POST controuerſiam de feudorum origine, ſequitur altera, an liber quo conſuetudines feudales cõtinentur, & leges etiam Imperatorum nonnullæ de ipſis feudis, authenticus ſit: Et negant Hoſtienſis in ſumma, de immunitate Eccleſiarum. §. In quantum. dum ait, iura feudorum quemquam non aſtringere, niſi ſit lex Imperialis, nec nõ Aegidius Bellamera in conſi.48. quorum illud eſt fundamẽtum, quòd liber ille partim ſcriptus ſit à priuatis hominibus, qui legis condẽdę poteſtatem non habent, partim particulares conſuetudines Mediolanenſium & Italorũ cõtineat: quamobrem alibi conſuetudines illas vim nullam obtinere exiſtimant.

Cæterùm librum feudorum authenticum eſſe, ſiue pro authentico habẽdum, alij communiter docuerũt. Zaſius in Epitome de feudis, in principio. Iulius Clarus §. Feudum. quæſt.3. vbi alios citat, Duarenus in cõſuet. feudal. in primo capite, & alij paſſim, quibus & nos aſſentiri par eſt; quia moribus iam receptus eſt liber ille: & in foro, & in ſcholis allegatur; & quę in eo continẽtur, ſeruari ſolent tanquam leges, quare nõ immerito authenticus dici poterit, vel certè pro authẽtico habẽdus erit, ea ratione qua Iuriſcõſultus vſus eſt in l. De quibus. ff. de legibus. *Nam cùm ipſæ leges nulla alia ex cauſa nos teneant, quàm quod iudicio populi receptæ ſunt, meritò & ea quæ ſine vllo ſcripto populus probauit, tenebunt omnes. Nam quid intereſt ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis & factis?* Quæ ratio multò magis locum habet in quæſtione iſta, cùm hæc cõſuetudo ſit longiſſimi temporis, hominum memoriam excedentis. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quot. & æſtiua. & ſciẽte Principe, & patiente ſeruata fuerit. Nam conſtat & in ſcholis, & in foro librum feudorum apud omnes receptum eſſe, uſque ad hæc tempora. Eſt igitur conſuetudo hæc rationabilis, ac legitimè præſcriptà, ac proinde ſeruanda. c. vltimo de conſuetud.

CAPVT III.

Sitne recipienda diuiſio feudorum in hæreditaria, & ex pacto & prouidentia?

HIS tanquã pręludijs ſic pręmiſſis, & iã nobis in aciem progredientibus, occurrit primùm inſignis cõtrouerſia, de feudorũ diuiſione in hæreditaria, & ex pacto & prouidẽtia, ſitne recipiẽda uel reijciẽda. Hæreditariũ vocãt feudum, cùm alicui cõceditur & hæredibus ſuis: Ex pacto & prouidentia, cùm alicui dat' & filijs ſuis, ſiue deſcẽdentibus. Diuiſionẽ hãc primi omniũ inuexerũt Pileus & Bulgarus antiqui Gloſſatores: Deinde eã probarũt Andreas Iſernia in c.1. tit. an agnat' uel filius, n.2. & 3. & plurimi alij poſt eũ, quos citat Pinellus ad l.1. C. de bonis maternis. 3.p. nu.84. & latius Hartmãnus Piſtoris qõnum tutis li.2. c.1. n.1.

Cęterũ eãdem diuiſionẽ nõ pauci varijs modis reprehẽderunt, aliquibus mẽbrum illud ex pacto & prouidẽtia abijciẽtibus, omniaq; feuda hęreditaria eſſe exiſtimãtibus, inter quos Syluanus in conſi.30. nu.12. à quo nõ procul abeſt D. meus Cephalus conſ.224. nu.43. alijs cõtra, mẽbrũ alterũ repudiãtibus, ex eo quod uerbũ *hæres* in materia feudali intelligatur de filijs & deſcendentibus maſculis, inter quos ipſe Piſtorius loco annotato nu.99. & fuit olim opinio Baldi cõtra Iacobum Beluiſium in cap.1. de eo qui ſibi & hæredibus ſuis maſculis. & Baldum ſecutus eſt Decius in conſil. 185. & multi alij à Piſtorio citati nu.43. quibus adde

Andr.

Andr. Geyl. lib. 2. obseru. 154. nu. 22. Ceterũ sententiam Iacobi Beluisij multi alij secuti sunt, Alex. cons. 19. nu. 4. & nu. 13. lib. 5. alios plurimos Pistorius citat nu. 44. qua de re in sequenti capite particulatim disseremus.

Sed omisso Doctorũ catalogo, qui ex Pistorio peti potest. (Actum enim agere nõ expedit) diligentius ipse argumenta expendã, & veritati inuestigandæ pro viribus meis viam parare studiosis conabor. Et ne diu suspẽsum lectoris animum teneam, existimo, diuisionem illam recipiendam non esse in illis terminis, quos proposui, nempe vt hæ duæ species feudorum, tanquam diuersæ ab differentes statuantur in supra dicto exemplo, vt nimirum dicatur feudum hæreditarium illud, quod alicui cõcessum est pro se & hæredibus, & ab ea specie differat, qua feudum concessum est alicui pro se & liberis, siue descẽdentibus, quod doctores vocant ex pacto & prouidẽtia. Nec iam disputo de nomine, sed de re. Hoc enim volo, atque verum esse contendo, Concessionem factã pro hæredibus, eandem esse cũ concessione facta pro liberis, & descendentibus: quo posito, diuisio illa corruit; quia species illius, siue membra, non sunt diuersa, sed eadem.

Hoc autem, quod dixi, verum esse, eo argumento perspicuum est, quòd verbum, *Heredes*, in feudis significat descendentes & liberos, qui succedunt in feudis, & vocantur hæredes sanguinis à doctoribus nostris. Vide tex. in c. 1. §. Et si clientulus, de aliena. feudi, in c. 1. tit. Apud quem vel quos controuers. feudi definia. in c. 1. de beneficio fratris, in c. 1. de eo qui sibi vel hæredib. suis, in c. 1. de duob. fratrib. à capi. inuestien. in c. 1. §. Similiter, vers. *profecto*, de lege Corradi. in cap. 1. §. Hoc quoque, de success. feudi in c. 1. §. Præterea, quib. modis feud. amitt. in cap. 1. §. Et quia vidimus, de his qui feudũ dare possunt. Idem est, & aliquando extra feuda, vt in l. Ex facto. §. vlt. ff. ad Trebell. & l. Si quis Titio. ff. de vsufruct. accrescen.

His textibus probatur, verbum, *hæres*, in feudis significare filium masculum, sed nullum hac de re illustrius testimonium est, quàm tex. in cap. 1. §. Et si clientulus, de alien. feudi, cuius verba sic se habent: *Et si clientulus fecerit libellum, vel aliud de medietate feudi sine domini voluntate, eo mortuo sine legitimo herede masculo, quod verbum ita intelligendum est in feudo, id est, sine filio masculo, reuertitur feudum ad dominum*. Nec obstat si dicatur hunc textum & alios ferè omnes, loqui, quando fit mẽtio hæredis masculi: quia illud verbũ, *masculis* tacitè intelligit. c. 1. §. Similiter. vers. Profectò. de leg. Corradi. ibi. *Suisq; heredibus, quod intelligi debet de solis masculis, &c.* Quamobrẽ eius expressio nihil operatur. l. 3. de legatis primo.

Respondent contrariæ sententię authores, illud verbum, *Heres*, ita quidẽ accipi in iure feudali, sicut probat textibus citatis, sed aliter accipiendũ esse, cùm profertur ab homine in concessione ipsa feudali, tunc enim videtur propriè accipiẽdum, vt significet successorem & hæredem, non autem filium siue hæredem sanguinis.

Non rectè, primò, quia text. in d. c. 1. §. Et si clientulus, de aliena. feudi, loquitur generaliter, & dum dicit illud verbũ ita intelligi in feudo, intelligitur generaliter etiã de ipsa feudali concessione, & eodem modo loquuntur multi alij textus, suprà allegati. Deinde, quia si iure feudali hoc verbum, *hæres*, habet hanc significationem, vt intelligatur de hærede sanguinis, id est, filio masculo, etiã ipsa feudalis concessio *pro hærede* ita erit accipienda, vt significet hęredem sanguinis, & filium masculum; quia verba sunt intelligenda secundum subiectam materiam. l. Si vno. ff. locati. l. Si insulam. ff. de præscript. verb. l. Si stipulatus. ff. de vsuris. l. Damni infecti. ff. de damno infecto, c. 1. §. Filia verò, de success. feudi. cap. 1. §. Quin etiam Episcopum vel Abbatem, &c.

Argumenta in contrarium, pro diuisione, hæc sunt. Primum sumitur ex l. Cum patronus. §. Cùm libertus, iuncta l. Vt iurisiurandi §. Si liberi. ff. de operis libertor. Notant doctores in his locis, differre stipulationem hãc, operas præstari *liberis*, & pręstari *hæredibus*, quia priore casu debentur liberis, licet non sint hęredes patris; argumento. l. Quodcunque. 45. §. Si quis ita. ff. de verb. oblig. Posteriore non item, sed necesse est, vt sint hęredes, argum. d. §. Cùm libertus.

Respondeo, non, si in alia materia differant hæ stipulationes *pro liberis, & pro heredibus*, idcirco sequitur, etiã in feudo differre. Hoc est enim quod notanter dicit text. in d. c. 1. §. Et si clientulus, de aliena. feudi, *quod verbum* (Heres) *ita intelligendum est in feudo, id est, sine filio masculo*. Constat autem in feudis ius Cæsareum non seruari, quoties contrarium ipso iure feudali constitutum est, vt in c. 1. de cognitione feudi. Cùm itaque iure feudali constitutum sit, vt verbum, *hæredes*, significet descendentem, siue filium masculum, frustrà aliæ leges adferũtur, ad docendum differentiam inter liberos & hæredes.

Secundum argumentum est ex l. 5. ff. de relig. & sumpt. funer. cuius verba hæc sunt: *Familiaria sepulchra dicuntur, quæ quis sibi familiæq; suæ constituit, hæreditaria autem, quæ quis sibi hæredibusq; suis constituit*. Idem probatur in l. Ius sepulchri. C. eodem tit.

Respondeo, nihil elegantius proferri posse ad confirmandam hanc diuisionem, ac differentiam inter concessionem factam pro liberis, & concessionem factam pro hæredibus, in alia materia quàm feudali, sed nihil valet hoc argumentum in materia feudali, quia repugnant iura feudalia, quæ concessionem pro hæredibus factam interpretantur pro filijs masculis: quibus feudalibus legibus in materia feudali acquiescendum potius est, quàm legibus Romanorum, & Cęsaris, in alia materia à feudali diuersa loquentibus.

Tertium argumentum est, quoniam in feudis maximè spectandus est tenor concessionis, & ille præferendus est regulis, & naturæ feudorum. c. 1. de duob. fratrib. à capitaneo inuestien. ca. 1. §. pen. quid sit inuestitu. Ergo licet verbum, *hæres*, secundum regulas feudales significet filium, tamen in concessione ac inuestitura ipsa aliter accipiendum erit: quia *Heres*, significat omnem successorem, & longè differt à *filio*, sicut & diuersitas nominis indicat. l. Si idem. C. de Codicillis.

Responsum est superius, verbum, *heres*, propriè sumptum, & in alia materia quàm feudali non restringi ad filium, & à filio differre; sed in materia feudali pro filio accipiendum esse: & ideo frustrà natura verbis & iuris communis regulæ adferuntur ea in re, in qua specialem ex iuribus feudalibus interpretationem habemus longè diuersam.

CAPVT IIII.

Quæ sit interpretatio adhibenda in concessione feudi, alicui & hæredibus facta.

Licet ex his quæ dicta sunt in pręcedẽti capite, facilè intelligi possit, quę sit interpretatio adhibenda, cùm feudũ cõceditur alicui & hæredibus; iuuat tamen id sigillatim in disceptationem vocare, atq; ex diuersis doctorũ sententijs, quid statuendũ sit, diligenter expẽdere.

Tres sunt doctorũ interpretationes, ac sententiæ de hac re. Prima, concessionem feudi, de qua loquimur, ita esse accipiendam, vt feudum dicatur res hęreditaria esse, & in eo hæreditario iure succedatur. Secunda, vt ex hac concessione, ad liberos tantũ ac descendẽtes feudũ pertineat, ita tamen, vt sint hæredes, alio autem respectu non censeatur res hæreditaria. Si nou fuerint hæredes illius, cui facta est concessio, ad feudum vocatos non videri. Tertia, sensum huius feudalis concessionis eundem esse, ac si liberis & descendentibus concessio facta esset.

Prioris sententiæ authores sunt Iacobus Beluisius in cap. 1. an agnatus vel filius, & in cap. 1. de eo qui sibi & hæredibus masculis, Andreas Isernia in c. 1 an agnatus

vel filius, & in cap. 1. §. Hoc quoque, de successio. feudi. Afflict. in d.c. 1. an agnat. vel filius, & in d §. Hoc quoque, num. 71. Præpositus in c. Imperialèm, col. 7. de proh. feudi alien. per Frideric. Alexander in l. quædam. §. Nihil interest, col. 2. vers. Considera tamen. ff. de Eden. & in consi. 13. nu. 9. & in consi. 18. nu. 10. & in consi. 19. per totum ferè, & in consi. 28. nu. 19. lib. 5. Iaſ. ad l. 2. nu. 213. vers. Et quamuis. Baldus. C. de iure emphyt. Curt. iunior de Feudis, in 4 parte, quæst. pen. num. 132. & in consi. 1. nu. 13. Io. Campegius inter consi. Bruni consi. 11. nu. 8. 9. Loffredus consi. 1. nu. 30. 46. 52. 59. & 132. Parisius cósi. 1. nu. 5. 6. 7. 8. lib. 1. & consi. 16. nu 44. & consi. 23. n. 192. eod. lib. Riminald. sen. cósi. 305. nu. 17. lib. 2. Gratus cósi. 4 nu. 45. lib. 1. Ioachimus Camerarius ad c. Imperialē. §. Præterea ducatus, de prohib. feudi alien. per Frider. alios citat Pistoris quæstionum iuris lib. 1. cap. 1. nu 57.

Fundamentū huius sententiæ est, in verbo illo, hęres, quod absque dubio significat successorem in vniuersum ius defuncti. l. Hęres in omne. ff. de acquir. hęred. l. Hæreditas, de reg. iur. l. Nihil aliud. ff. de verb. sign. Cùm igitur in feudis inprimis obseruandus sit tenor concessionis & inuestituræ, vt vocant, & quidem posthabita natura successionis, ex regulis feudorum, c. 1. de feudo non habēte propriam naturam feudi, c. 1. de duob. fratrib. à cap. inuestien. sequitur dicendum, in concessione feudi, alicui & hęredibus facta, interpretationem istam esse adhibendā, vt feudum efficiatur hæreditarium; & tanquam res hęreditaria considerari & iudicari debeat.

Secundæ autem interpretationis ac sententiæ authores fuere Baldus in c. 1. de eo qui sibi & hæred masculis, & in c. 1. an agnatus vel filius. Corneus consi. 309. col. 4. lib. 1. Decius in consi. 185. nu. 5. & 78. nu. 5. & consi. 208. Parisius consi. 23. nu. 175. & 187. lib. 1. & cósi. 65. nu. 10. lib. 3. Marianus Soc. cósi. 80. nu. 17. 18. & consi. 112. n. 10. & 14. lib. 2. & consi. 72. n. 31. lib. 1. & cósi. 42. nu. 7. lib. 3. Hippolytus Riminal. in cóſ. 18. nu. 60. li. 1. vbi alios citat.

Fundamentū est, in verbo *Hæres*, & licet intelligatur de filijs masculis, tamen pater censetur eis stipulatus, nō tanquam filijs, sed tanquam hæredibus; tum quia regulariter stipulatur vnusquisque sibi, suisq; hæredibus. l. Si pactum. ff. de probation. l. Veteris. C. de contrah. & committen. stipul. tum quia id importat ipsum verbū, *Hæres*, vt scilicet filius quidem intelligatur, sed hæres tamē esse debeat, alioquin si nō deberet hæres esse, repudiare posset patris hæreditatem, feudo retento, quod est contra textum in c. 1. An agnatus vel filius. Similiter & emphyteusis transit ad filios hæredes tamen patris, §. Emphyteusim, in Auth. De non alienan. reb eccles.

Tertiæ opinionis authores sunt Paulus Castr. in l. Ex facto. §. vlt. circa finē. ff. ad Treb. Iaſ. in l. Si non sortē. §. Libertus, circa finem. ff. de cōd. indeb. Bossius tit. de Princip. nu. 306 Hippolytus Riminald. consi 18. num. 58. lib. 1. Decius consi. 78. & consi. 395. Soc. iun. in consi. 42. nu. 4. lib. 3. Andreas Geyll. lib. 2. obseru. 154. nu. 21.

Fundamentum est illud, quod in præcedenti capite diximus, nempe verbum, *Hæres*, in feudis significare filium & descendentem, atque adeò hæredem sanguinis. c. 1. §. Et si clientulus, de alien. feudi, cum alijs suprà in capite præcedenti allegatis. Ergo interpretatio hęc idonea erit, & alijs pręferenda, quæ sumitur ex iuribus feudalibus, vt nimirum concessio hæredibus facta patre stipulante, pro filijs accipienda sit.

Ego hanc postremam sententiam amplector, & verissimam esse non dubito, quia nititur firmissimo fundamento, cui sanè responsum adferri nullum potest. Nam si quis dixerit, textus feudales loqui, quando feudum datur alicui, & filijs masculis. Hæc certè non est idonea responsio, quoniam etiamsi dictum sit de hęredibus simpliciter, tamē intelligitur de masculis, cap. 1. §. Similiter. vers. Profectò, de lege Corradi. Vnde ita argumētari possumus. Concessio feudi hęredibus facta, intelligitur de hæredibus masculis. Sed hæredes masculi intelliguntur

A filij, vt probant textus feudales, Ergo Cōcessio feudi hæredibus facta, intelligitur de filijs masculis. Hoc fundamentum mihi firmissimum videtur. Contrà, prioris sententiæ fundamentum prorsus infirmum, quia vt maximè verum sit, verbum, *Hæres*, id propriè significare, tamen debet intelligi secundùm materiam subiectā: Materia autem subiecta feudi hoc vult, vt de filio intelligatur. Sicut in præcedenti capite latiùs deduxi.

Fundamentum porrò secundæ opinionis eadem ratione corruit: Et licet stipulatio ad hæredes referēda sit, tamen in hac specie nostra cautum est, qui veniant sub nomine & appellatione hæredum, nimirum filij masculi: Ideo res est perspicua, neque opus est cōiecturis. Quod verò infertur, si nō requireretur, vt filij hęredes existāt, eos feudum repudiare posse retēta patris hæreditate, nō rectè infertur; quia dum sic interpretamur feudi concessionem hæredibus factam, vt de filijs masculis intelligatur, hoc volumus, vt feudum obtinere possint, licet hære-
B des patris non sint, quia scilicet esse nō possint hęredes, vel quia ipsi capaces non sint hæreditatis, vel quia nihil sit in hęreditate, puta si parens nil reliquerit aliud pręter feudum, vel si eius bona confiscata sunt, aut similes ob causas. Vtrum autem, si hæredes esse possint, liceat eis hæreditatem patris repudiare, & feudū retinere, est alia longè diuersa quæstio, quæ proponi potest, etiam in alijs terminis, nempe; etiamsi feudum sit concessum alicui & liberis, vel simpliciter concessum sit, quam in sequenti capite latiùs examinabimus.

CAPVT V.

Quo modo accipiendum, quod dicitur in c. 1. An Agnatus vel filius, filium non posse patris hæreditatem repudiare, & feudum retinere.

C Xtat feudalis constitutio in hæc verba: *Si contigerit vasallum sine omni prole decedere, agnatus, ad quem vniuersa hæreditas pertinet, repudiata hæreditate feudum, si paternū fuerit, retinere poterit, nec de debito hæreditario aliquid feudi nomine soluere cogitur, sed in fructibus, si quos reliquit, vt de eis debitum soluatur, quo tempore decesserit, secundum quod suprà diximus considerabitur. Vbi verò filium reliquit, ipse non potest hæreditatem sine beneficio repudiare, sed aut vtrumque retineat, aut vtrumque repudiet, &c.*

Insignis controuersia est, quomodo hæc regula sit accipienda. Quatuor enim existunt Doctorum sententię. Vna, accipiendam esse de feudo, quod vocatur hæreditarium, cùm scilicet concessum est alicui & hæredib. eius. Altera, accipiendam esse de feudo, quod vocant Doctores ex pacto & prouidentia, veluti cùm alicui feudū datur, & liberis eius siue descendentibus. Tertia intelligendam esse, cùm quis feudum simpliciter accipit, nulla fa-
D cta filiorum, vel hæredum mentione. Quarta, accipiendam esse tum de feudo pro hæredibus concesso, quàm pro filijs, siue descendentibus.

Prioris sententiæ Authores sunt, Baldus, Martinus Laudensis, & Aluarotus in commentarijs eiusdem loci, Iacopinus à S. Georgio in Inuestitura feudali. in verbo, *Et ipsi inuestiti*. nu. 2. Zasi⁹ in Epitome feudor. par 8. tit. de success. feudor. 4. concl. Salic. in l. 2. C. de libertis & eorum liberis. Imola in c. Ea par. col. 7. vers. 2. casu, de feudis. Paulus Castrensis in l. pro hærede. §. Si quis tamen. ff. de acquir. hæred. Iason in l. Quod dicitur, nu. 33. ff. de verb. oblig. Pinellus ad l. 1. par. 3. num. 85. C. de bon mater. Clarus in §. Feudum, quæst. 76. Corneus consi. 309. lib. 1. Curtius sen. consi. 82. col. 3. Albertus Brunus consi. 80. nu. 15. Decius cōsi. 455. nu. 51. Ruinus consi. 17. nu. 4. lib. 1. Parisius consi. 5. nu 3. lib. 1. Alciatus consi. 189. n. 1. Marianus Socinus iunior consi. 72. nu. 29. lib. 1. Rolandus à Valle consi. 28. lib. 4 cóſ. 79. nu. 39. lib. 1. & 67. n. 25. lib. 2.

lib. 2. alios citat Cacheranus deci. 162. Mynsingerus Cét. 3. obseru. 67. Andreas Geyll. lib. 2. obseru. 154.

Fundamentum est, quia feudum hæreditarium, népe alicui & hæredibus eius datum, videtur sortiri naturam hæreditatis: sicut ergo nemo potest parté hęreditatis adire, & parté repudiare, l. 1. & 2 ff. de acq. hær. ita nó potest hęreditaté repudiare, & feudú retinere, quasi feudum sit pars hęreditatis. Et quáuis nó ista locú habeat tam in filio, quàm etiá in agnato, tamen in agnato aliter est constitutum; quia cùm agitur de feudo paterno, agnatus hęres extitit saltem primi acquirentis, & hoc sufficere videtur.

Secūdæ opinionis Authores sunt perspicuè Andreas de Isernia in commentarijs eiusdem loci, Afflict. ibid. nu 1. Couar. lib. 2. variar resol. c. 18. nu. 4. vers. Secundum in hac quæstione. Aretinus in l Pro hęrede. §. Quęsitú ff. de acq hęred & in cósi. 14. in secundo dubio. Alex. cons. 19. lib. 5. Loffredus cósi. 1. nu. 52. Antonius ab Alexádro inter cósilia Loffredi cons. 52. num. 53. Albertus Brunus cósi. 24. Antonius Rubeus cósi. 18. nu. 3. Curt. iun. consi. 138. nu. 18. & cons. 155 multos alios allegat Hartmànus Pistoris, & ipse eandem hanc senténtiam secutus quęstionum iuris, lib. 2. c. 2 nu. 6. cum pluribus sequentibus.

Fundamentú est, quia in feudo hęreditario res est perspicua, filiú nó posse retinere feudú, & patris hęreditaté repudiare; qa feudú est túc hǽditatis pars. At in feudo ex pacto & prouidétia opus fuit cóstitutione illa, ne filij paterna hǽditate irreuerēter repudiata, feuda cósequerent.

Tertiæ opinionis Authores sunt multi, quos refert & sequitur Cacheranus d. decis. 162. nu. 9. Et fundaméntum est illud, quia textus simpliciter loquitur de feudo, nullá faciens mentionem concessionis, vel pro hæredibus, vel pro liberis factæ, ergo videtur esse intelligendus eodem modo, id est, generaliter & indistinctè.

Quartæ opinionis Authores sunt, Siluanus consi. 30. Dom. meus Cephalus consi. 224. Sonsbechius tract. feudorum, par. 9. num. 160. Fundamentum est, quia tex. generaliter & indistinctè loquitur: & ideo videtur accipiendus de omni feudo, siue pro hæredibus, siue pro liberis dato & concesso.

Ego sanè in hanc postremam sententiam sum proclinior, tertiam tamen etiam approbando: atque ita statuo, vt siue feudum fuerit simpliciter concessum, siue pro liberis, siue pro hęredibus, locum habeat illa cóstitutio; & moueor eo argumento, quia verba textus nó distinguút, sed simpliciter & generaliter loquûtur, & nulla est ratio, quæ nos cogat restringere textum ad feudum cócessum pro hæredibus, vel concessum pro liberis, vel simpliciter concessum, nulla liberorum, vel hæredum facta mentione, quod ita perspicuè demonstro, & planú facio. Feudú simpliciter cócessum, procul dubio ad liberos transit masculos. cap. 1. de success feudi. c. 1. §. 1. de his qui feud. dare poss. Feudum concessum pro hæredibus similiter ad liberos trásit, quia verbum, *Hæres*, intelligitur de filio masculo, vt in cap. 1. §. Et si cliétulus, de alienan. feudi, & suprà dictum est latiùs in ca. 3. Feudum concessum pro liberis, similiter ad liberos trásit. Ergo quantum ad hoc, vt liberi masculi succedant in feudo, nullum est discrimen, siue concedatur simpliciter, siue pro liberis, siue pro hęredibus: quia semper liberi succedút, & ad liberos transit, & pro liberis quoq; videtur cócessum. Hoc cùm ita sit, nulla ratio suppetit, cur textum, qué in manibus habemus, ad vná ex dictis concessionibus restringamus: quia vna concessio trahit ad se alteram: Et non potest in vno casu locum habere, quin & in altero locum habeat, vt patet.

Cur auté filius non liceat hoc modo paternum feudú retinere, & hæreditatem repudiare, agnatis verò liceat, non facilè caussa inueniri potest. Duarenus in Consuet. Feud. c. 11. nu. 9. caussam adscribit pietati, quam filius parenti debet; quasi inhumanum & iniuriæ plenum sit, repudiare eius hæreditatem: Alij alias adferunt caussas. Mihi probatur, quòd Iacob᾽ Cuiacius scribit eo in loco: *Agnatus in feudo tantùm genearchico succedit, nō in feudo nouo: & ideo non tam videtur id à defuncto accipere, quàm à communi parente, puta auo, vel proauo, qui id primus adquisiuit, vt si feudū adquisierit auus meus, & ab eo in patrē meū transierit, à patre autē obuenerit mihi; me mortuo sine liberis, in id succedet patruus meus, quasi in feudum patris sui, non quasi in feudum meū. & ideo repudiata hæreditate mea poterit feudum, quasi patris sui feudū retinere, & debitis oneribusue hæreditatis meæ non obligabitur. Quin & ipse testamento non potero, in fraudem patrui mei illud feudū in alium conferre. Filius autem succedit patri, non tantùm in Genearchico feudo, sed etiam in nouo, & genearchicum, puta quod descendit ab auo, etiam capere videtur à patre suo, non ab auo, cùm in eius successione patruo suo præferatur, qui tamen erat proximior auo. Qua de causa non aliter admittitur in feudum auitum, quàm quasi hæres patris, & ideo separare bona non potest. Hæreditas enim feudi nō potest. Repudiata igitur hæreditate, non poterit feudum retinere; nisi conscientibus agnatis, &c.* Hactenus Cuiac.

CAPVT VI.

Feudum concessum pro hæredibus quibuscunque, an extendatur ad extraneos hæredes, & fœminas.

FEudum pro hæredibus quibuscunque concessum, restringendum esse ad liberos masculos, & descendentes legitimos, non autem ad extraneos extendi posse, docuerunt Baldus in cap. 1. §. Donare, qualiter olim feud. poterat aliena. & ibidem Martinus Laudensis, & Prępositus Iacopinus à S. Georgio in inuestitura feudali. in verbo *Quibuscunque*. Zasius in Epitome feud. par. 8. nu. 62. Aret. & Socin. in l. Gallus §. Etiamsi parente. ff. de lib. & posthum. Alex. in consi. 30. num. 2. lib. 1. Decius in consi. 171. nu. 5 6. & 193 nu. 5. & 208. nu. 2. Corneus cós. 199. col. vlt. lib. 2. Rubeus consi. 110. nu. 9. Barbatia consi. 63. nu 2. lib. 1. Gozadinus consi. 26. nu. 53.

Fundamentum est, quia verba quantumuis generalia, debent intelligi secundum materiam subiectam, & ad habiles restringi, argum. l. 2 § Prætor ait. 2. in vers qualiscunque, iuncta Glos. in ver. facultatem. ff. qui satisd. cogan. l. Tutor. §. Prodigus. ff. de iureiu. in c. 1. §. vlt. de iureiu. in 6. l. Etsi instrumenta, in verb. *Quibuscunque*, & ibi Glos. parua, quæ dicit, *scilicet idoneis* C. de fide instrum. l. vt gradatim §. 1. ff. de munerib. & hon.

Sed contrarium docuerunt Baldus, sibi non constans in l. 1. q 34. ff. de rer. diui. Alex in l. Si patroni, col. pen. ff. ad Treb. & in l. Gallus §. Etiam si parente. ff. de lib. & posth. & in consi. 7 nu. 6. lib. 7. Ias. in pręludijs feudorum, nu. 49 & in l. 1 §. Nunciato, nu. 6. ff. de ope. no. nunciat. Clarus § Feudum. q 9. ver. Hoc præmisso dic. And. Geyl. lib. 2. obseru 154. nu. 9. alios citat Pistorius quęstionum iuris lib. 2. cap. 1. nu. 39.

Fundamétum est in ipsa verborum generalitate, quæ absque omni dubitatione vi sua, & propria natura & significatione omnes hæredes comprehendit. Nec obstat, quod responderi solet, restringédam esse generalitatem ad subiectam materiam, & verba generalia restringenda esse ad habiles & idoneos, atque ideò ciuiliter accipienda: quia id habere locum potest, quoties generalia verba à lege proferuntur: tunc enim, ne leges legibus aduersentur, fit illa interpretatio; secus autem, quoties ab homine proferuntur; quia nihil impedit quo minus generaliter accipiantur.

Ego posteriorem hanc sententiá amplector. Est enim magis communis, & magis conformis verbis contrahentium; Et animaduertendum esse puto, id quod dicitur, generalia verba restringenda esse ad habiles & idoneos, ad rem propositam non pertinere; quia fœminę & hæredes extranei, sunt quidem regulariter incapaces feudo-

rum,quia feuda ad masculos & legitimos hæredes transeunt;sed non tamen prohibentur capere feuda,quoties eis ex tenore inuestituræ & concessionis deferuntur, vt patet ex tit. de feudo non habente propriam naturã feudi,& alijs locis. Igitur iam sola incidit dubitatio,an concedens feudum pro hæredibus quibuscunque, voluerit etiam ad fœminas,& ad extraneos feudum ipsum transire. Et in hac quæstione voluntatis,nulla maior est coniectura,quàm quæ ex verbis deducitur. Siquidem verba indicant animum loquentis.l.Labeo. ff. de suppellecti. legata, *& sunt eorum, quæ sunt in anima affectuum notæ*, vt dicebat Arist.lib.1. Periermenias,cap.1.Hæc aũt verba sm propriam significationem omnem denotãt hæredem,tam masculum,quàm fœminam,tam legitimum,q̃ extraneum. Ergo non aliter à verbis erit recedendum, q̃ si de cõtraria voluntate cõstiterit.l.Nõ aliter.ꝟ de leg.3.

CAPVT VII.

Quomodo accipienda sit feudalis concessio, pro hæredibus masculis facta.

Controuertitur præterea, cuiusmodi sit interpretatio adhibenda, vbi concessio & inuestitura feudalis concepta est pro hæredibus masculis: in qua quidẽ controuersia qd statuendum sit, facilè ex ijs, quæ dicta sunt in c.3.& 4. cognosci potest. Iuuat tamen,quia separatim id disputari solet, eidem caput tribuere separatum. Tres sunt Doctorum sniæ. Vna,feudum ita concessum, hæreditariũ esse. Altera,ex pacto & prouidentia esse,hoc est, videri liberis cõcessum. Tertia, esse mixtũ, hoc est, partim hrditariũ,partim ex pacto & ꝓuidentia,& cõsequẽter duo hæc reqrere,vt.s.quis filius sit, & simul ẽt heres.

Prioris sniæ Authores sunt, Andr.Isern. in c.1. §. Etsi libellus.vers.Et quid si acquisiuit,de alien.feud.pater. Sigismundus Loffredus latè in cons.1. nu.26. cum multis sequent Alcianus in cons.180.183.160. & 178. num.3. Couuar.lib.2.c.18 Zasius par.8.nu.6.ĩ Epitome feudor. Bursatus alios citãs in cons.49.nu.41.89.nu.33.& 38. & cõs.148.nu.10.11.& cõs.151.nu.44. subdẽs bis sm hanc sniam fuisse iudicatum, sic & consilium Neapolitanum sæpe iudicasse Vrsillus testatur ad Afflictum, decis.140. 112.248. Hartmanus Pistoris multos alios Doctores adducens,quæstionum iuris,lib.2.cap.3.num.17.

Fundamentũ est in verbo *Heres*, quod significat oẽm successorem.l.Hæredis appellatione.ff. de verbor. significat. & l.sciendum. ff.eod. Ergo hæredes & successores censentur vocati; & cõsequenter feudum est hæreditarium, atque huc pertinent generalia quædam pronunciata: *Cùm in verbis nulla est ambiguitas,non est facienda voluntatis quæstio,&c. Verba sunt propriè, & in potentiori significatione intelligenda,&c. Vnumquodq; verbum ita accipiendum,ne frustrà videatur adiectum,&c.* Et id genus alia multa, quæ notissima sunt.

Quod si quis obijciat, verbum *Heres*, in feudo accipi pro filio masculo,cap.1.§.Etsi clientulus. de alien.feudi, & in alijs locis,respondent duobus modis. Primò,id locum habere,quando verbum illud *Heres* ponitur in cõditione,sicut loquitur tex.in d.§.Etsi clientulus.Nã cùm hæc conditio ponitur, vt si vasallus sine hærede masculo decesserit, feudum reuertatur ad dominum, illa verba, *sine herede*,meritò de filio intelliguntur, quia,si de omni hærede accipiantur,conditio illa nunquã existeret. Nunquam enim aliquis decedit sine aliquo hærede, quia fiscus hæres est,nullo alio existente.

Secundò respondent,dato quod verbum *heres*, in feudo sic esset accipiendum, nimirum de filio, hoc tamen etiam requiretur,vt filius sit hæres, ne frustrà illud verbum *Heres*,adiectum videatur.Hoc enim vult tex.in d. §.Etsi clientulus, verbum *Heres*, in feudo significare filium masculum,ad differẽtiam fœminæ, non tamen ne-

A gat hæredem filium esse oportere. Et ideo constituendũ est discrimen,vtrum quis feudum acquirat *filijs* vel *heredibus*, nam priore casu illud acquirit filijs, vt filijs,posteriore autem,vt hæredibus.

Secundæ autem sententiæ Authores sunt primus omnium Raynerius ciuis meus, in disputatione,incipiente, quidam habebat duos, prout eum refert Baldus in l.Caius.ff.sol.matr. Franciscus Cremensis sing.15.Alex.ad l. Gallus. §. Etiamsi parente,col.2.ff.de lib. & posth. & in cons.105.nu.7.& 124.lib.4. Iason in d.§. Etiamsi parente,nu.22.& in cons.7.lib.3. Decius in cons.185. num.3. 395.& 445.nu.8.9.Afflictus in c.v.nu.11.an agnatus,vel filius.Socin.iun.cõs.72.nu.25.lib.1.& 112. nu.7.8.lib.2. Natta cons.127.Rubeus cons.85.Gozadin.cons.26.Crauetta cons.197. Bellonus cons.33. nu.2.Roland à Valle cons.67.num.22.lib.1.Berous cons.68.69.lib.1.Pinellus ad l.1.in 3 part.nu 88.& nu.94. C. de bonis mater. Mysingerus Cent. .obseru.2.vbi dicit: *Iudicium Imperialis*
B *Cameræ hanc sententiam solitum amplecti.*

Fundamentum est in c. 1. §. Etsi clientulus. de alien. feudi,& in alijs locis, quibus probatur verbũ *Heres masculus*,in feudo accipi pro filio,ea loca recensui suprà,c.3. Ergo verba cõcessionis & inuestiturę *pro heredibus masculis*, ad eundem hunc sensum referenda sunt,quandoquidem est sensus legitimus,& iure feudali receptus.

Tertiæ opinionis Authores sunt multi, quos refert & sequitur Iulius Clarus.§.Feudum.q.9. vers.quãdoque & tertio. Fundamentum verò est præclarum,quia illa verba,*pro heredibus masculis*,duo significare videntur,nimirum *filios*,& simul etiam hęredes.Quatenus filios significant, videtur feudum ex pacto & prouidentia, quatenus hæredes significant, videtur hęreditarium esse.

Mihi diligenter hanc rẽ contemplanti, hoc vr̃ iuri & rationi consentaneum, vt siquidem sit quęstio, an feudum, quo de agitur, sit ex pacto & prouidentia,quantũ ad hunc effectum, vt ad illud admitti filius possit, etiam hæreditate patris repudiata,nullo modo id concedendũ
C sit; quia filius nõ potest repudiare patris hęreditatem & feudum retinere, vt in c. 1. an agnatus vel filius.de quo suprà,cap.5.disputatum est. Et scio multos ex his,qui voluerunt feudum, de quo agitur, ex pacto & prouidentia esse,in consequentiam quoque voluisse,filium repudiare hoc in casu patris hæreditatem posse, & feudum retinęre; non rectè mea quidem sententia, vt dixi in d.cap.5.

Cæterũ, si controuersia sit, an istud feudum sit ex pacto & prouidentia,extra dictum effectum, atque in hũc sensum, vt quæ sit natura eius intelligatur,existimo sententiam Raynerij ciuis mei,veriorem ac probabiliorem esse,eo argumento,quod iam sępius inculcaui,quod verbum *heres masculus*, in feudo accipitur pro filio masculo,vt in d.c.1.§.Etsi clientulus.de alien.feudi.

Non obstant responsiones allatæ. Nam quod primo loco dicitur,id non esse ex natura feudi,sed propter conditionem,sub qua illa verba ponuntur,id inquam,nullo modo placere potest: quia verba textus repugnant. Ait
D enim textus: *quod verbum ita intelligendum est in feudo, id est, sine filio masculo.* Ex quo patet id ex feudi natura, non autem ex vi conditionis adiectæ procedere. Alioqui dicere textus debuisset, quod verbum in conditione positum,masculum filium significat.

Quod verò secundo loco dicebatur, verbum *Heres*, intelligi quidem de filio,sed tamen sub ista qualitate, qđ sit hęres,non videtur mihi satis firmum;quia hoc textus vult,verbum *Heres*, in feudo filium significare;quod autem filius hęres esse debeat, non dicit. Nec nostrum est conijcere, quod textus id tacitè supponat, quia nulla ad id dicendum necessitas nos cogit. Transit enim feudum ad filios, & ij legitimi dicuntur successores, quæ caussa est,cur verbum hęres de filio sit accipiendum:quia videlicet filius in feudo succedit, atq; adeò hęres dici potest. Et quia plerunque filij hęredes esse parẽtum solent. Qđ si verbum illud hęres denotaret filiũ hęredẽ, ita ut non

possit

A posset in feudo succedere, nisi hæres esset patris defuncti, scilicet quoad reliquam hæreditatem, potuisset id facilè author in textibus feudorum exprimere ac declarare. Quod tamen nullibi expressum est. Maneat igit hæc snia, vt mihi videtur, iuri magis consentanea & rationi.

CAPVT VIII.

Possitne pater alienare feudum nouum in præiudicium liberorum.

VTrum Pater feudum vni ex liberis prælegare possit, (quæ grauis est controuersia) explicaui lib 6.cap.62.in 2.par. Controuersiarum iuris, omisiq; Menochium in consi: 162.lib.2.& Pistorium lib.2.quæst.iuris,cap.4. Nunc diligenter tractāda alia controuersia est, non procul tamen ab ea distans, vtrum pater, cum consensu domini, inter viuos alienare possit feudum nouum in præiudicium liberorum suorū, B ad quos post eius mortem peruenire debet. Affirmant Andreas Isernia in cap.1.§. Etsi libellus, de alien.feudi pater.nu.9.& 10.Afflictus in c.Imperialem, in princ.nu.75.de prohib. feudi alienation. per Fridericum, decis.112.nu.6.& decis.138.nu.5.& decis.248 nu.1.Loffredus consi.1.nu.163.& in consi.8.nu.23.& in consi.52.nu.1. Zasius in Epitome par.9.num.30. Clarus.§. Feudum, quæst.41.vers.Et hęc quidem, circa finem. Pinellus ad l.1.in 3.par.nu.98.C.de bonis mater. Alciatus in cōs.160, nu.25. Dominus meus Cephalus in consi.12.num.16. & 486.nu.35.& 608.nu.53.lib.4. Natta consi.475. lib.2. & 501.lib.3.& 644.nu.4 lib.4. Pistorius multos alios adducens lib.2.quæstionum iuris, cap.4 nu.23.

Argumenta sunt ista. Primum, quia nihil est tam conueniens naturali æquitati, quàm volūtatem domini volentis rem suam in alium transferri, ratam haberi, vt ait Iuriscons. in l. Qua ratione. §. Hę quoque.ff.de acq rer. C dom.neque interdicenda est ingenuis hominibus libera rerum suarum administratio.l.2.ff. Si à parente quis fuerit manu. Ergo pater feudum acquisitum, tanquam suum effectum, alienare accedente domini consensu poterit.

Secundū, quia iura feudalia statuentia feudi alienationem successoribus non præiudicare, loquuntur de feudo paterno, siue antiquo, vt in cap.1.de alien. feudi pater. & alibi, ex quo indicari videtur, in feudo nouo aliter esse respondendum, scilicet alienationem permissam videri.

Tertium argumentum. Omnes res per eas causas resoluuntur per quas nascuntur. §.vlt. in Instit.quib.mod. toll.oblig. l. Nihil tam naturale. de reg. iur. Ergo is qui feudum acquisiuit, cum consensu domini sui, à quo feudum habuit, potest feudum ipsum alienare, & de eo disponere pro suo arbitrio & voluntate, quia feudum ex ipso productum fuit & requisitum.

Quartum argumentum. Feudum datum alicui & filijs, intelligitur datum & concessum ordine successiuo, D vt scilicet primo pater illud consequatur, & post mortē patris liberi: Et consequenter pater sic feudum acquirēs, videtur quodammodo illud filijs, mortis causa donare. Donatio autem mortis causa reuocari potest ex pœnitētia donatoris. Igitur pater alienando ipsum feudum, & illud in alios transferendo, videtur donationem causa mortis reuocare, atque adeò prioris voluntatis pœnitere, quod ei licet.

Quintum. Ius in spe quæsitum alteri, facto & opera alterius auferri potest ex facto eiusdem, qui fuit causa, vt acquireretur, argum. l.3. ff. de seruis expor. & l.1.C.si mancipium ita fuerit alien. Ergo pater qui fuit causa, vt filijs feudum in spe acquiratur, post mortem eius, poterit viuens illud filijs suis auferre, & alienare feudum in eorum pręiudicium.

Sextum argumentū sumitur ex eo, qd de operis libertorū constitutū est; vt pater qui operas sibi & filijs stipulat, possit eas vni ex filijs assignare.l.1.ff.de assig. liberto.

Septimum ex eo sumitur, quòd cùm pater sibi ac liberis suis feudum stipulatur, videtur filijs donare: & hæc donatio profectitia reuocari potest à patre, tam expresſè quàm tacitè. l.2. C. de Inoffic. dona.l. Filiæ.C.fam.hercis. Videtur autem tacitè reuocare alienando feudum, vt patet.

Octauum argumentum est, quia pater delinquendo, filijs suis in feudo præiudicat, cap. Si vasallus, si de feudo fuerit controuers.c.1. Si vasallus feudo priuetur. Ergo etiam contrahendo, & alienando præiudicare poterit, argumento sumpto ex delictis ad Contractus, de quo per Euerardum in locis legalibus.

Nonum est, quia feudum videtur potius principaliter concessum patris contemplatione, quàm filiorum, ergo ille tanquam principalis dominus poterit illud alienare in præiudicium filiorum.

Decimum sumi potest ex l. Ea quæ à patre. C. de restit.milit. vbi dicitur, non decere, ea quæ à patre gerūtur, in irritum à filijs reuocari.

Vndecimum, quia hæres tenetur præstare factum defuncti, l. Ex qua persona, de reg.iur. l. Cùm à matre, C. de rei vend. Filius autem videtur esse patris hæres in feudis, & ideo plerunque filius appellatur hæres, vt in c.1 §. Hoc quoque, de succes. feudi.c.1.§. Et si clientulus, de alien.feud.c.1.§. Si verò vel totum, qualiter olim feudū pote.alien.cap.1.§ His verò, de gradib. succeden.in feu. c.1.de lege Corradi, & alibi.

Duodecimū argumētum est, quia nunquā in iure feudali fit mentio filij reuocantis alienationem feudi à patre factam, sed semper fit mentio agnati, cap.1. de alien. feud.pater.c.1.§. E contrario, de inuestit. de re alien fa.c.1.§ Sed etiam res, per quos fiat inuest. & alibi. Ex quo argumentum sumi potest, filium reuocare nō posse eiusmodi alienationem, sed agnatum duntaxat.

Contrariam sententiam amplexi sunt multi, vt videre licet ex Siluano in cōsi.15.nu.40. Alex.in cōsi.106. lib.4. Soc.iun.in consi.103.nu.30.lib.2. & hanc tuentur Duarenus in consuet. feud. cap.12.num.17. & Sonsbecius in tract.feudali. par.13.nu.100.vers. Tertia conclusio erit, alios commemorat Pistorius loco proximè citato, nu.6. quorum tamen multi specialiter loquuntur de legato, quod videlicet pater vni ex filijs prælegare feudū possit: & ad hoc confirmandum pertinent quoque nōnulla ex argumentis à Pistorio relatis.

Fundamentum est, primò in c.1.§. Et si clientulus, de alien.feudi, in c.1.vers. Si autē dissentiente, qualiter olim feudum poterat alien.in c.1. §. Rursus, quib mod.feud. amitta.in c.1. §. Si aliquis, apud quem vel quos. cap.1.§. Præterea, quib.mod.feud.amitta. In istis locis hoc probatur: si vasallus feudi partē alienauerit, absque domini consensu, & mortuus fuerit absque hæredibus masculis, feudum ad dominum reuerti. Ex hoc autem argumentū sumitur, filijs masculis existentibus, feudum non ad dominum, sed ad filios pertinere; consequenter probatur, alienari feudum non posse in præiudicium filiorū, quin ij vēdicare illud possint, atque alienationem ad irritum perducere: Et licet postea prohibita fuerit alienatio feudi, absque consensu domini, vt in c.Imperialem, de prohib.feudi alien per Frider. tamen in cæteris ius antiquū incorrectum mansit; ex quo filijs datur potestas feudū vendicandi alienatione rescissa.

Secundò, fundamentum est, quia si pater filijs stipulatus sit feudum, illud acquiritur filio, licet hæres patris non sit.l.Quodcunque.§.Si quis ita.ff.de verb.oblig. Ergo pater non potest illud ius eis auferre, argum.l.Si cùm dotem.§.Si pater §.Eo autem tempore. ff.sol.matrim. Id quod nostrum, de reg.iur.l.vlt.ff.de pactis.l.Vero procuratori.vers Alia est causa.ff.de solut ibi: *Quia certam cōditionem habuit stipulatio, quam mutare non potuit stipulator.* l.Aliud cod.tit.l.Si post mortem.§.vlt.ff.de bonorum possess.contra tab.

Ad istam controuersiam dirimendam non desunt, qui

distinguendum putauerint inter feuda hæreditaria, & A
ex pacto & prouidentia, vt patet ex Pistorio, loco proximè citato. nu. 43. Sed illa distinctione valere missa, aduersus quam suprà cap. 3. nominatim disputatum est, magis mihi probatur eorum sententia, qui putant licere patri feudum alienare, in præiudicium etiam filiorum. Et moueor potissimùm hoc argumẽto, quia filij plerunque sunt hæredes patris, vt notum est, & consequenter factũ eius impugnare non possunt. l. Cum à matre. C. de rei vend. l. Ex qua persona. de reg. iuris. Et in feudis vsque adeò hæredes patri filios existere perspicuũ est, vt hæredis appellatio ipsos filios masculos duntaxat complectatur, cap. 1. §. Et si clientulus. de alien. feud. & alibi. Nec possint filij patris hæreditatem repudiare, & feudum retinere, vt in cap. 1. An agnatus vel filius. Sed & abstrahendo hanc disputationem ab ea hypothesi, in qua filius hæres est, existimo nihilominus idem respondendum esse; quia cùm pater stipulatur, & acquirit sibi feudum, & liberis suis, ita prius ac principaliter sibi illud stipulari, & acquirere B
intelligitur, vt possit de eo pro suæ arbitrio voluntatis disponere, atque adeò illud alienare. Id confirmo hoc argumento. Nam quilibet non solùm sibi, etiam hæredibus suis stipulari intelligitur. l. Veteris. C. de contrah. & committ. stipul. l. Si pactum. ff. de probat. Et tamen nemo dixerit patrem disponere non posse, alienare & vendere rem, quam sibi & suis hæredibus acquisiuit. Filij enim viuente patre nullum ius habent. Eadem ratio est in hac stipulatione, per quam filij post mortem patris ad feudũ inuitantur; quia id non impedit patrem, quo minus de feudo sibi principaliter acquisito, eum consensu domini disponere illud alienando possit: nisi à domino feudum æquè principaliter filijs donatum esset, fortè propter eorum merita, eorumque speciali contemplatione, tunc enim aliter esset respondendum.

Et ideo illud argumentum quod pro contraria sententia adfertur, non licere parentibus ius filiorum auferre, & illis præiudicare, locum habere potest in ea specie, qua C
filijs æquè principaliter feudum est concessum; & eorum ipsorum contemplatione & meritis. Cæterùm si patri principaliter concessum sit, & ipse stipulando etiam filijs suis (vt plerunque fit) cauere voluerit, aut pater feudum emerit, non præstat aliquod impedimentum alienationi patris inter viuos, ipsorum filiorum præiudiciũ, ac ius post patris mortem cõpetens; quia patris ius, quod est principale, illud absorbet, & extinguit.

Ad textus iuris feudalis allegatos, ad probãdum filios post mortem patris ius habere in feudo alienato, respondeo, id non dicere. Non obstat si dicatur eos à contrario sensu hoc velle, quatenus scilicet dicunt, feudum ad dominum reuerti, si hæredes, id est, filij non extiterint, quia non rectè hoc infertur. Etsi enim feudum ad dominum non reuertatur eo in casu, quo filij extant, non tamen efficitur, ipsos filios alienationem reuocare, & feudum vindicare posse. Tunc enim dominum impediunt quidem, ne feudum consequatur, tanquam eo potiores, eique me- D
ritò præferendi, veruntamen ipsi feudum vendicare non possunt à patre alienatum. Simile exemplum est, cùm agnatus alienationi feudi consentit; tunc enim possessore defuncto feudum vendicare non potest. cap. 1. §. Præterea si ille. quib. mod. feud amittatur, sed domino tamen obstat, quo minus feudum consequatur vasallo defuncto. Neque enim viuente agnato feudum domino aperitur. Ita igitur & in specie nostra, viuentibus filijs, domino feudum aperiri non potest, sed ea res non facit, vt filij vendicare feudum à parente alienatum possint.

CAPVT IX.

Quomodo accipiendum sit quod dicitur in cap. 1. §. Titius. si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agna. vasalli.

VN titulo, si de feudo defuncti controuers. sit inter dom. & agnatos vasalli, ita scriptũ est: *Titius filios masculos non habens partem suã feudi Seio, partem eiusdem feudi possidenti agnato suo concessit. Sempronius proximior agnatus mortuo demùm Titio partem illius feudi nullo dato precio recuperare potest. Quod si Titius filios proprios haberet, precio reddito etiam viuo Titio. Quod si consensit alienationi, vel per annum ex quo sciuit, tacuit, omnino remouebitur.*

Magna profectò controuersia est de vera huius loci interpretatione & sententia. Nullum me operæprecium facturum putaui, si huc adferrem omnes doctorum virorum interpretationes ac sententias, & confutatis alijs, eam confirmarem, quę mihi probabilior videretur; nam Pistorius id egit accuratè. Ne tamẽ in tam graui disputatione studium desideretur meum, breuiter & perspicuè, quæ mihi videatur sententia huius loci aperiam, & mox causas indicabo, cur cæteras opiniones repudiauerim. Ordinem hac in re, & lucem ex me lector habebit, ego ex alijs verum sensum mutuatus sum.

Sententia igitur huius loci facti specie proposita statim elucebit. Meuius feudum habens mortuus est duobus filijs relictis, Caio, & Seio: quorum alter, nempe Caius, feudum paternum cũ fratre diuisit: deinde mortuus est relictis duobus filijs, Sẽpronio & Titio, ad quos pars feudi auiti peruenit, quam scilicet Caius pater eorum ex diuisione accepit. Hæc pars feudi ex diuisione facta inter ipsos Titium & Semproniũ Titio obuenit. Hic nullos habens liberos, eam concessit Seio agnato remotiori, possidenti aliam partem eiusdem feudi. Poterit Sempronius, qui est proximior agnatus Titij, (est enim frater eius) mortuo Titio, partem illius feudi recuperare etiam nullo precio dato. Quod si Titius filios proprios haberet, eo etiam adhuc viuente, precio reddito partem feudi prædictam recuperare potest, nisi alienationi à Titio factæ in remotiorem agnatum consenserit, vel per annum, ex quo alienationem factam sciuit, tacuerit.

Hæc igitur ita ordine sunt notãda. Primùm, agnatum proximiorem reuocare posse feudum alienatum mortuo agnato, qui illud alienauit, etiã nullo precio reddito. Ratio est, quia proximiori agnato ius competit in feudo, ex antiquis concessionibus; quòd per alienationem factam ei auferri non potuit. Quapropter precium non restituit, cum suo iure feudum vindicet, ad quod vocatus est ex antiquis inuestituris & concessionibus.

Secundò notandum, eundem agnatum proximiorem viuente agnato, qui alienauit feudum, illud recuperare posse restituto precio. Ratio est, quia iure prothimiseos siue retractus id facit, & ideo precium restituere debet. Ponitur autem casus quando Titius, qui alienauit feudũ, filios habet, quia si filios non haberet, non est verisimile proximiorem hunc agnatum feudum recuperaturum (licet possit) iure retractus, sed potius expectaturum mortẽ Titij, qui alienauit, quo tẽpore nullo precio restituto fundum recuperare posset. Et rursus ibi notandum est, agnatum proximiorem habere ius retractus, & redimẽdi feudum etiã existentibus filijs agnati, qui alienauit. Ex quo patet filios reuocare non posse alienationem à patre factam, feudum ipsum iure retractus redimendo, qua de re nominatim differetur infra, cap. 20.

Tertiò notandũ, ius prothimiseos siue retractus agnato proximiori non competere, quoties alienationi factæ consensit, vel lapsus est annus intra quem tacuit, & feudum precio restituto recuperare neglexit. Iustum enim est,

est, & moribus consentaneum, vt certum aliquod tẽpus iuri prothimiseos constitutum sit.

Hæc interpretatio mihi certissima videtur, verbis textus consentanea, rationi conueniens, & nullam continens absurditatem, ideo eam amplector & sequor.

Contrà, aliæ interpretationes videntur mihi incongruæ, & nullius momenti. Prima est, Titium partem feudi vendidisse Seio extraneo, partem agnato remotiori, ita Baldus, Beluisius, Andr. Isern. Aluarotus & multi alij. Non rectè, quia textus ita dicit: *Titius filios masculos non habens, partem suam feudi Seio partem eiusdem feudi possidenti, agnato suo concessit.* Sensus est, Titium vendidisse suam partem feudi Seio agnato suo possidenti partem eiusdem feudi. Etenim ex verbis illis, *partem suam*, apparet, Titium nõ habuisse totum feudum, sed partem duntaxat: & verba illa, *partem eiusdem feudi possidenti*, referenda sunt ad Seium, hoc est, Seio vendidit agnato suo possidenti partem eiusdem feudi: erat enim Seius agnatus remotior, & possidebat partem eiusdem feudi.

Secunda est interpretatio Iacobi Cuiacij: *Titius filiũ masculum non habens, partem feudi paterni vendidit Seio agnato suo, qui & eam possidet modo, non tamen proximiori agnato.* Non rectè, quia non dicit textus, Seium possedisse post concessionem factam, eam partem, quam Titius illi concessit, sed loquitur de alia parte, quam possidebat ipse Seius, eo tempore, quo Titius eidem suam partem concessit: Sic enim ait: *Titius partem suam feudi Seio partem eiusdem feudi possidenti agnato suo concessit.*

Tertiò, multi existimarunt, hunc esse sensum huius textus, agnatos reuocare posse alienationem post mortẽ Titij nullo precio restituto, filios autem Titij reuocare posse etiam Titio viuente, sed precio tamen restituto, ita post alios Zasius, parte 9. nu. 30. vers. Septimo principaliter. Pinellus ad l. 1. 3. parte, nu. 95. C. de bonis mater.

Non rectè, mea quidem sententia, & multorum aliorum, quia de reuocatione duntaxat agnati ibi agitur, non autem filiorum, nec aliter intelligi, salua ratione recti sermonis, potest, & ita rectè illum textum acceperunt Albertus Brunus consil. 80. Hieron. Schurff. inter consilia feudalia, cons. 123. Eguinarius Baro, Cuiacius & H. in commentarijs dicti loci, Pistorius d. q. 5. nu. 10.

Quartò, Iacobus Cuiacius legit aliter hunc textum, nempe, *quod si Titius filium haberet*, malè & contra omnium exemplarium fidem.

Postremò, multi ita vltima verba textus accipiunt, vt sententiam hanc inducant, agnatum reuocare non posse feudi alienationem, siue post mortem alienantis, nullo restituto precio, siue eo viuente, precio restituto, quoties vel alienationi consensit, vel annus lapsus est. Nõ rectè, quia illa exceptio refertur ad vltimum duntaxat casum, quo scilicet iure prothimiseos seu retractus alienatio reuocatur, & sensus est, agnatum proximiorem excludi si consensum præstiterit, vel per annum tacuerit. Ita interpetanda sunt illa vltima verba, propter duas causas. Altera est, quia tempus certum præfigitur, cùm agitur de retractu, & iure ipso prothimiseos, vt notum est, vt habetur in cap. 1. §. Sed etiam res, per quos fiat inuestit. & in c. 1. §. Porro. Qualiter olim feudum poterat aliena. Qđ autem præfigatur certum tempus ad reuocandum alienationem, cum Iure suo post mortem alienãtis agnatus proximior eam reuocat, nullo precio constituto, nec iuri satis consentaneum, nec rationi videtur, quia agnato tũc ius competit ex antiquis inuestituris, ideo non est iuris regulis consonum, vt ad tempus anni restringatur, & eo elapso expiret: etenim ad tollendam temporis præscriptione actionem 30. anni requiruntur. l. Sicut. l. Omnes. C. de præscript. longiss. tempor. & ad inducendam vsucapionem notum est decem annos requiri inter præsentes, & viginti inter absentes, ex Instit. de Vsucap. Altera est ratio, quia si exceptio illa referenda esset ad eam alienationis reuocationem, quæ fit post alienantis mortem nullo precio restituto, & annus esset præscriptus ad hu-

A iusmodi reuocandam alienationem, aut incipere deberet ex die alienationis factæ, data scilicet scientia agnati proximioris, & id iniquum esset, & contra iuris regulas. Cur enim tp̃s curreret in præiudicium agnati, qui viuente agnato, qui alienauit feudi alienationem reuocare nõ potest? Certè nõ valenti agere, præscriptio tp̃is non currit. l. 1. §. vlt. C. de annali excepr. & cur agnati ius ad tp̃s vnius anni concluderetur, quod ei competit ex antiquis inuestituris, nec nisi lapsu 30. annorũ perimitur vt dixi: Aut annus incipere deberet post mortẽ agnati, qui alienauit feudum; & hoc similiter iniquum esset ex ratione proximè allata: & par erat, vt in textu id exprimeretur, agnatũ. s. excludi, si per annũ tacuerit ẽt post mortẽ agnati, qui feudũ alienauit, at nõ hoc ibi dr̃, sed simpliciter ait textus, *si per annum ex quo sciuit tacuit, remouebitur*, qđ proinde referendum est ad ius retractus, vt dictum est.

CAPVT X.

B *Possitne agnatus feudum antiquum alienare agnato remotiori, in præiudicium proximioris.*

EX vera interpretatione textus in c. Titius, si de feudo fuerit contentio inter dom. & agnatos vasalli, secundùm ea, quæ in capite præcedenti disputata sunt, perspicuum euadit, agnatum proximiorem posse reuocare alienationem feudi in remotiorem factam, s. post mortem agnati, qui alienauit nullo restituto precio, vt ibi clarè dicitur; & ita rectè docuerunt Andr. Iser. Bald Aluarotus, Martinus Lauden. Præpositus, & Afflictus in d. cap. Titius. Bald. in cons. 16. lib. 1. Romanus cons. 22. in fine multos alios citat Siluanus latè disputans in cons. 15. nu. 31. & post eum Pistorius quæstionum iuris, lib. 2. parte 1. cap. 6. post num. 20.

Cæterùm contrariũ rñdisse Collegium Mediolanense, Bartholomæum Salicetum, & Christophorum Castilioneum, testantur Martinus Laudensis, & Præpositus
C in d. cap. Titius. eandem stiam nonnulli alij sequuntur à Siluano relan d. cons. 15. nu. 30. vers. Sextodecimo. & post alios ita rñdit D. meus Cephalus in cons 307. lib. 3.

Operæ precium igitur erit, argumenta eorũ sigillatim refellere, vt eò magis confirmetur supradicta sententia, quam nos absq; vlla prorsus hæsitatione amplectimur.

Primum argm̃ sumitur ex c. 1. de alienatione feudi, circa finẽ, in illis verbis: *Si verò cum domini voluntate totum, vel medium alienauerit, stabilis permaneat alienatio: Fratri verò, vel nepoti per libellum facta alienatio, etiam sine voluntate domini.* Es his verbis apparet, alienationẽ factam stabilem remanere, atque adeò reuocari nõ posse, siue in proximiorem agnatum facta sit, qualis est *frater*, siue in remotiorem, qualis est *nepos* ex fratre.

Respondeo, illa verba ita esse accipienda, vt tunc demùm nepoti ex fratre liceat alienare feudum, vel refutare, cùm frater, qui proximior est, non extat, non autem si frater extiterit; non enim requiritur, vtrumque superstitem esse.
D Sic in c. 1. de success. feudi, dicit textus, Filius, vel nepotes ex filio succedere loco sui patris, quod tamẽ intelligitur, quando filius non superest, si enim superfit filius, & ex eo nepos, non admittitur nepos, sed solus filius, tanquam proximior, quæ responsio est Pistorij.

Secundum argm̃ sumitur ex c. 1. §. Sed etiam res. per quas fiat inuestitura, in illis verbis, *nisi tibi, vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volenti, &c.* Vr̃ enim ex his verbis colligi, alienationẽ fieri posse tam proximiori, quàm remotiori: Etenim illa verba, *vel alij proximiori* indicant alium, cuius fit mentio, esse remotiorem, vel si ille est prosimior, alius erit necessariò remotior.

Respondeo, omissis aliorum rñsionibus, hanc esse sententiam dictorum verborum, sicuti ex præcedentibus verbis patet, rem quæ alienari non potest, nec in feudum dari posse: excepto vno casu, cùm videlicet duo extant fratres, & ad alterum eorum res ex cõi parente peruenerit: illa

rit: illa potest in feudum dari, nisi fiat in fraudē legis, &c. Eadem tameo res vendi non potest extero, sed fratri, aut alteri qui secundum frattem sit proximior, si fortè fratre emere recusante alter qui post fratrē est proximior, pro æquali precio accipere voluerit. Non potest autē talis res extero vendi, quia agnato proximiori eā retrahere & reuocare concedebatur, secundum antiquam consuetudinem. Quo ita posito, apparet, textum illum ad quæstioné nostram non pertinere; neq; enim ex eo infertur, alienari posse feudum ab agnato, in remotiorem agnatum ad exclusionem proximioris agnati: quoniam, vt iam patet, alius est sensus illorū verborū, *Vel alij proximiori.* Hūc autem esse verū sensum, patet ex ipsis verbis præcedētibus quæ sic se habēt: *Sed etiam res, cuius alienatio prohibetur, nec per beneficium dari cōceditur, nisi in casu, vt ecce si quis, ex agnatis suis rem, quæ à communi parente per successionē ad eum peruenerit, alienare voluerit, nō permittitur ei; etiā secundùm antiquam consuetudinem alij eam vendere, nisi ti-* B *bi, vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volenti. Per feudum tamen cuilibet dare potest, nisi fiat in fraudem, &c.*

Tertium argumentum est ex c. 1 §. & licet. de alienatione feudi paterni, verba hæc sunt: *Alienatio feudi paterni non valet, etiam domini voluntate, nisi agnatis consentientibus, ad quos beneficium quandoq; sit reuersurum.* Et paulò pòst: *Et licet prohibeatur beneficij alienatio inter agnatos, tamen si paternum fuit, concederetur.*

Respondeo, textum hoc non velle, feudum antiquum alienari posse in agnatū remotiorem, cū præiudicio propinquioris: hoc, inquam, nō dicit, sed alienationem inter agnatos concessam esse, licet aliàs sit prohibita sine consensu domini: neq; enim postrema verba, ita sunt ad præcedentia referenda, vt repetant omnia, quæ in præcedentibus cōtinentur, quasi sit sensus, feudū alienari nō posse etiam domino cōsentiente, sine consensu agnatorū proximiorum, nisi alienatio inter agnatos etiā fiat, quasi tūc necessarius non sit, nec domini, nec agnatorū consensus. C Hæc, inquam, interpretatio locū habere non potest, quia etsi alienatio facta sine cōsenso agnatorum, ad quos feodum reuersurum est, reuocari possit, tamen non dicitur esse prohibita, imò valet, sed tamen reuocari potest. Cæterùm, si absque domini consensu fiat, illa prohibita esse dicitur, sed inter agnatos tamen concessa est, vt habetur in textu, cuius hæc est sententia vera, ac genuinus sensus.

Quartum argumentum est. Nam res alienari prohibita fauore personarum, ad quas est reuersura, ex voluntate testatoris non potest in earum præiudicium alienari, nisi eis cōsentientibus. l. Quoties. C. de fideicommiss. Potest tamen vni ex illis concedi, & alienari, etiam cæteris non consentientibus. l. Pater. §. Quindecim. de leg. 3. l. Voluntas. C. de fideicommiss.

Respondeo, hæc esse dissimilia, quia in vltimis voluntatibus omnia pendent ex volūtate testatoris: Voluntas autem testatoris est, vt non extra familiā res alienetur; quare si fiat alienatio vni ex familia, meritò illa valet, & D subsistit, quia voluntati testatoris nō repugnat. Alia ratio est in feudis, in quibus proximioribus agnatis ius cōpetit ex antiquis inuestituris, quod per alienationé auferri nō potest sine eorum cōsensu. l. Id quod nostrū. de reg. iuris.

Cætera argumenta leuissima sunt, & refutantur à Siluano in dict. cons. 15. ego actum nō agam, nec vbi non expedit, tempus teram inutiliter.

CAPVT XI.

Quanto temporis spacio tollatur ius reuocandi alienationem feudi, competens agnatis proximioribus.



Oueniunt in hanc sententiā interpretes omnes, vt si feudi antiqui alienatio facta sit extraneo, tunc ad eam reuocandam post mortē ipsius alienantis agnatis proximioribus triginta anni concedantur: quæ communis sententia regulis A iuris omnino est consentanea, quibus cōstitutum est, ad tollendam actionem temporis præscriptione requiri annos triginta l. omnes. l. sicut. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Quare cùm agnatis actio competat ex iure descendente, ex antiquis inuestituris & concessionibus, quibus ipsi ad feudum sunt vocati, meritò non nisi triginta annorum præscriptione excludi poterunt.

Cæterùm, si non extraneo, sed agnato remotiori facta sit alienatio, in aliam sententiam abierunt, etenim anni duntaxat spatium ad eam reuocandam concedi existimarunt, decepti vltimis verbis c. 1. §. Titius. Si de feudo defuncti cōtentio sit inter dom. & agnatos vasalli; Ea enim verba referenda esse putarunt tam ad proximum casum, quo de feudo redimēdo agitur precio reddito ex iure retractus, quàm ad alterū casum, quo de reuocatione alienationis factæ post mortem alienātis agitur ex iure ipsis agnatis competente. Non rectè, quia verba illa vltima d. §. Titius. referri non possunt salua iuris ratione & æquita- B te ad alterum illum casum, vti etiam supra c. 9. circa finē latius deduxi. Iniquum enim est anni spacio actionē concludere agnatis competentem ad reuocādam alienationem feudi: illam, inquā, actionem, quam ipsi habēt agnati ex antiquis concessionibus, ac inuestituris: cui adstipulantur, & concedentis domini volūtas, & Primorum acquirentium & stipulantium consensus, legumq; feudalium præcepta. Non illam, quæ agnatis datur ex iure retractus: illa enim meritò anni spacio restringitur, cùm iuris regulis aduersetur. l. Dudum. C. de contrah. empti.

Illud parum mouet, quod adferri solet ad eam sententiam iuuandam; anni spatium constitutum esse ad petendum inuestituram. c. 1. quo tempo. miles. c. 1. quæ fuerit prima caus. benefic. amitten. Ergo nil mirum, si & annus hic sit constitutus. Nam vt maximè id æquum sit, in vasallo feudum possidēte, vt tanquā nouus vasallus quamprimum domino suo fidelitatem iuret, & ab eo inuestituram capiat, eumq; in dominum agnoscat, ac reuereatur; C seque eius vasallum profiteatur, cum feudum teneat & possideat. Certè nulla est ratio, actionem agnatorum intra tam modicum tempus concludendi: cùm ij feudum alienatum & penes emptorem existens, vel penes alios, ad quos peruenit, non possideant: & ad illud vendicandum triginta annos ex iuris regulis obtineant: Quemadmodum neque tempus ad inuestituram petendam anni spacio terminatur, quoties vasallus feudum nō possidet, sicuti tradunt omnes in cap. 1. de capitulis Corradi, & in c. 1. quæ fuerit prima caussa benefic. amitten.

Denique aduersus alios hanc sententiam optimè tuetur Pistorius q 8. lib 2. quæst. iuris, quem sequor in hac parte rectè monentem.

CAPVT XII.

An si proximior agnatus feudum alienatum spatio 30. annorum reuocare neglexerit, eiusdem feudi possessor tutus sit præscriptione aduersus alios agnatos, qui post illius mortem sunt gradu proximiores.

D



Vnc congrediar in hanc aciem cum Pinello acutissimo sanè Iurisconsulto, arma mihi suppeditante Hartmano Pistoris, qui licet rem feliciter confecerit, reliquit tamen alijs locum, huius disputationis illustrandæ magis, magisq; exornandæ. Communis est sentétia Doctorum, cui & ipse calculum præbeo. Si proximior agnatus viuens intra annos 30. feudum alienatū reuocare & vendicare neglexerit, post illius mortem, agnato, qui secundùm eum proximior est, licere feudum vendicare, neq; præscriptionis exceptione repelli posse. Ita docent Isernia, Aluarotus, Præpositus, & Afflictus in c. 1. §. Quid ergo, de inuestitura de re aliena facta, Paulus Castrensis

cons.

conf.44.ad finem, lib.2. Iason conf.7.col.pen.libro 3. Decius conf.208.nu.9. & 445. nu.47. Parisius conf.23.nu. 119.lib.1. Crauetta conf.67. nu.9. Natta conf.437. nu.6. Cacharanus decis.177.numero 3. Hippolytus Riminald. conf.339.nu.145. lib.3. Hartmanus quæst.iuris, libro 2. par.1.quæst.8.

Fundamentum est, quia huic agnato ius quæsitum est antiquis concessionibus ac inuestituris, quod per feudi alienationem ei auferri non potest absque eius consensu.c.1.de aliena.feudi paterni, ibi: *Nisi agnatis consentientibus, ad quos beneficium quandoq; fit reuersurum.* Et multò minus per negligentiam proximioris agnati, qui viuens feudum non reuocauit, ne industria pœnas desidię soluat.l.vlt.C.depo.l.si non expedierit. §. Si pupillus. ff. de bonis autho.iud.possid. Nec præscriptio, qua possessor munitus est temporis annorum XXX. illi obesse potest, quia viuente agnato proximiore agere non potuit: Non valenti enim agere, præscriptio non obest, quia præscriptio tunc incipit, quando actio iam nata est.l.Sicut.vers. quæ ergo.ibi: *Ex quo iure competere cęperunt, &c.* l.Cùm notissimi. §.Quamobrem. & §. Illud. C. de præscript.30. vel 40.anno.l.1.§.Ad hæc. C. de annali except. Authen. Nisi tricennale. C.de bonis maternis.l.In rebus dotalib. C.de iu.do.l.contra maiores.C.de inoff.testam.

At contra Pinellus (loquens tamen de maioratu, sed eadem est ratio in feudo) in d.Auth.Nisi tricennale.nu. 55.C.de bonis mater. *Sed contra tot grauissimos patres videtur tentandum, quod habens titulum & bonam fidem, præscribensq; contra præsentem possessorem securus maneat, etiam quoad successorem eius, contra quem pręscripsit. Quod primò iuuatur ex ratione legis inducentis vsucapionem, quæ non minus militat hoc casu, quàm in alijs, ne dominia rerum sint incerta, ne etiam lites suscitētur.l.vlt. ff. de vsucap. & deniq; ratio publicæ vtilitatis.l.1. ff. eod.tit. quæ singulorum vtilitati præfertur, &c.*

Respondeo, nihil aliud probat hoc argumentū, quàm præscriptionem locum habere etiā in rebus feudalibus, quia ratio publicæ vtilitatis, & fauor litium finiendarū, locum habeat etiam in istis: quod nemo negat, sed Doctores dicunt, non currere præscriptionem priusquam actio sit nata, & competat ijs, aduersus quos præscriptio allegatur. qua de re argumentum hoc non loquitur.

Secundò inquit Pinellus: *In subiectis restitutioni, secundùm communem opinionem, requiritur longissima præscriptio, nec breuior sufficit. Post longissimum autem tempus, execratur lex inquietare possessorem, vt in Nouella. Hæc constitutio. innouat constitutionem, &c.*

Respondeo, hoc argumento probari, præscriptionem longissimi temporis locum habere etiam in feudis, quæ restitutioni subiacent post mortem aliorum, quod nemo negat, sed dicunt, præscriptionem obesse quidem ijs, qui extant, & agere possunt, non autem alijs, quibus actio nō competit, nisi post aliorum, qui nunc viuunt, mortem: Ita, inquam, in rebus restitutioni ex fideicommisso subiectis, communi Doctorum sententia receptum est. Vide Alciatum ad l.filiusfamil.§.Diui.nu.48.de leg.1. Decium conf.38. Nattam conf.437.nu.5.& seq.

Tertiò subdit Pinellus: *Nam Doctores in proposito argumentantur ex multis, quæ contra eos retorquentur; quòd ostendo, quia adducunt pro regula. Prohibita alienari, prohibentur vsucapi, cuius contrarium probatur ex l.Sticho.ff. de vsufr.lega.*

Respondeo, nihil valet hoc argumentum, quia non illud est fundamentum communis sententiæ, quod prohibita alienari prohibeātur vsucapi. Nec tex.in d l.Sticho. locum habet inspecta Iustiniani.l.vlt.§.Sed quia.C.commu.de lega.

Quartò sic pergit: *Quia siue dicas maioratum* (eadem ratio est de feudo) *fuisse institutum in contractu, siue in testamento, non est potestas in testatore, nec in contrahente, ad tollendam vsucapionem tertio habenti titulum, & bonam fidem.*

A Respondeo, legem esse, quæ hoc facit, vt non valenti agere non noceat vsucapio, vel præscriptio, itaque frustrà id testatori adscribitur, vel contrahenti.

Quintò: *Nam effectus*, inquit, *& natura vsucapionis est reddere pręscribentem tutum in futurum.l.1.& 3.ff.de vsucap. Ergo non tantum cōtra præsentem possessorem, sed etiam contra successores.*

Respondeo, concedo hunc effectum esse vsucapionis aduersus eos, qui agere possunt, aduersus autem eos, quibus actio nondum competit, nego.

Sextò: *Ex communi opinione*, inquit, *hoc in casu resultat absurdum, cùm Doctores concedunt, vt præscriptio effectum habeat contra præsentem possessorem, non contra successorem: Esset enim diuidere effectum præscriptionis, contra l. Eum qui ædes.ff.de vsucap.*

Respondeo: *Absurdum esse, nec iuri ciuili conueniens, vt vna res diuersis temporibus vsucapiatur, vt puta cùm ædes ex duabus rebus constent, ex solo & superficie*, non po-B test superficies vsucapi eo tempore, quod vsucapioni rerum mobilium constitutum est, solum autem ampliori tempore, quod constitutum est rebus immobilibus. Hæc est sententia d.l.Eum qui ædes, quæ proinde ad rem istā non pertinet: in qua de diuersis personis agitur; & dicitur vsucapionem nocere ijs, quibus actio competit, illis non nocere, qui agere non possunt.

Septimò subdit Pinellus: *Concessa vsucapione contra possessorem, conceditur præscribentem effici dominum rei: Dominium autem semel quæsitum, non potest sine facto partis auferri l.Id quod nostrum, de reg iuris.*

Respondeo, non cōcedimus hoc in casu absolutè vsucapionem locum habere, quia nunc dominium acquireretur.l.3.ff. de vsucap. Et argumentum rectè procederet; quod autem illa noceat possessori, istud est, quia omnis actio tollitur præscriptione 30.annorum, nec propterea infertur eam alijs etiam nocere, quibus præscriptio nocere non potest, quia actio nondum competere cœpit.

C Octauò: *probatur*, inquit, *hæc opinio in feudalibus, authoritate Glos. in c.1.§.Præterea, de capitulis Corrad. dum enim Glos. asserit, in rebus feudi dari præscriptionem 30. vel 40. annorum, planè sentit, effectum præscriptionis fore perpetuum, non tantùm contra præsentem possessorem, & regulariter opinio dicta Glos. receptior est, &c.*

Respondeo, præscriptionē quidem locū habere in feudalibus, vt glos.dicit, sed nocere non posse successoribus, quibus actio, donec alij supersunt, nequaquam competit, vt communiter Doctores explicant superiùs allegati.

Postremò, Pinellus fundamentum communis sententiæ euertere conatur. Illud enim est in eo positum, quòd non valenti agere non noceat præscriptio.l.1.C.de anna. excep. *Responderi posse videtur*, inquit, eam legem & similes loqui, *quādo in initio ipsius præscriptionis datur tale obstaculū. At in feudis præsens possessor censetur dominus, & conferendo ius suū ad spem successorum, longè plus habet præsens successor, quàm quilibet futurus successor. Atque ita ni-*D *hil est, quod obstet initio præscriptionis, cuius finis à lege inducit firmū perpetuumq; effectum, vt præscribēs securus reddatur contra præsentē possessorem, & inde contra successorem in consequentiam ex natura vsucapionis. Nec nouum est, vt quod separatim & principaliter fieri nequit, fiat in cōsequentiam l.quædam.ff.de acq.rer.dom.l.1.ff.de autho.tutor.*

Respondeo, hoc in casu obstaculum dari ab initio præscriptionis, quantum attinet ad successorem, cui actio nondum competit. Nec obstat, quod dicitur, præsentem possessorem dominum esse, præsertim conferendo ius suum cum spe successoris, quia id negatur; nam si hæc vera essent, præsens possessor alienare posset feudum, & præiudicare futuro successori agnato, quod tamen falsum est, quia successor alienationem reuocare potest.c.1.de aliena.feudi pater. Ex quo illud corruit, quòd aliqua in consequentiam sint permissa, quæ principaliter non permittantur: Nam si huc illud axioma pertinet, facilè præiudicium successori fieret agnato, per alienationem

tionem præsentis possessoris; quasi ipse principalis diceretur: sed non est ita; Possessor.n.præsens non est magis principaliter ad feudum vocatus, quàm alij successores, sed eos præcedit gradu duntaxat; eo defuncto feudũ æquè principaliter ad alios proximiores agnatos pertinet, sicut pertinuit ad ipsum possessorem.

His refutata sunt argumenta Pinelli, quæ cùm essent non parum probabilia, nó videbantur mihi omittenda.

CAPVT XIII.

Vtrum agnatus, qui est hæres alienantis feudum antiquum, illud reuocare possit?

INgens controuersia est, vtrum agnatus, hæres alienantis feudum, ad quod ipse vocatur ex antiquis inuestituris & concessionibus, illud reuocare possit. Etenim sunt quinque discrepantes Doctorum sniæ: Prima affirmat agnatum posse reuocare feudum alienatum, licet hæres sit alienantis. Altera negat. Tertia distinguit feudum hæreditarium, quod scilicet pro hæredibus cócessum est, à feudo ex pacto & prouidentia, quòd pro liberis concessum est, vt priore casu reuocare agnatus feudum alienatũ nequaq̃ possit, posteriori autem possit. Quarta distinguit vtrum agnatus hæres ex bonis hæreditarijs tm̃ consequatur, quãta est feudi ęstimatio, vel minus, priore casu reuocare nequeat feudum alienatum, posteriore autem possit. Quinta distinguit, vtrum hęres inuentarium confecerit, vel absq; inuentario hęreditatem adierit. Priore casu reuocare possit feudum alienatum, posteriore non item.

Indicabo prius authores, ex quibus sententiarum hæc varietas colligitur. Deinde tres conclusiones statuam, ex quibus apparebit huius disputationis & controuersiæ vera, vt mihi videtur, definitio. Tertiò, argumenta, quę obstare videntur, confutabo.

Authores sunt isti. And. Isern. Bald. Martinus Laudẽ. Præpositus, Aluarotus & Afflictus, in c.1.§. Hoc quoq;. de success. feudi. Iacopinus, in Inuestitura feudali. verb. & cum pacto de non alienando. Curtius iunior de feudis, parte 4.nu.148.& in cons.138.nu.20.& 155.num.2. Zasius de Feudis, parte 9.nu.27.28. & in cons.18.nu.22. lib.1.Bald.cons.215.nu.12.lib.2.Ias. cons.56. lib.3. Dec. cons.185.& 445.Rubeus cons.84.Gratus cons.91.num. 36.lib.1. Natta cons.476.nu.16.lib.2. Grammaticus decis.93.Castrensis cós.207.lib.2.Alex.cons.28.lib.5. Ruinus cons.1.nu.2. & 42.nu.12. lib.1. Afflictus decis.112. Loffredus cons.1.nu.169.Socinus iunior cós.112.nu.14. lib.2. Parisius cons.2.nu.52.cons.10. num.6. & cons.16. nu.43.lib.3.Alciatus cons.160. Siluanus cons.30 nu.33. 34.Crauetta cons.256.nu.3.Pinellus ad l. Primam. in 3. parte, nu.92.C. de bonis maternis. Rolandus à Valle de confectione inuentarij in 4.parte.§.Nunquid hæres. Menochius cons.89.lib.1. Pistorius lib.2. quæst.iuris, par.1. q.9.& q.14.vbi multos alios citat. Primum ergo, quod pollicitus sum, his præstiti allegationibus.

Iam secundum aggredior. Prima conclusio hæc est. Feudum alienatum, hæres alienantis, qui nullum confecit inuentarium reuocare nõn potest, siue sit hæreditarium, siue ex pacto & prouidentia, vt vocant.

Probatr̃ hæc conclusio, quia hæres tenetr̃ præstare factum defuncti.l. Ex qua persona. de reg.iur.l.Cùm à matre.C.de rei vend.l.Si ab eo.C.de neg.gest.l.Si patri tuo. C.de dona.l.Successores.C.de solutio.l.Si vxor.C.de bonis autho.iud.possid.l.Si fundum.C.de rebus alien. non alienan. Hęres.n.& defunctus vna eademq; persona reputantr̃, vt habetur in Nouella.de iureiur. à morien.præstito. Nec debet esse melioris conditionis, quàm defunctus.l.In omnibus.§.Non debet.l.Hæredem.de reg.iur.

Secunda cóclusio. Hæres alienantis feudum, si inuentarium confecerit, illud reuocare non potest, quatenus se vires hæreditatis extendunt.

A Probatur hæc conclusio. Primùm, ea ratione, quia ex qua persona quis lucrum sentit, eius factum præstare debet.l.Ex qua persona de reg.iuris. Hæres autem, qui inuentarium confecit, eatenus lucrum ex persona defuncti sentit, quatenus est aliquid in hæreditate: ergo vsque ad bonorum quantitatem in hæreditate existentem, tenetur præstare factum defuncti.

Secundò probatur hac ratione, quia hæres, qui fecit inuentarium, repræsentat defunctum, & succedit in locum eius, teneturq; eisdẽ obligationibus, quibus defunctus erat obstrictus, non quidem in solidum, sed quatenus vires hęreditatis patiuntur, vt patet ex l.vlt.C.de iure delib. in §. Etsi præfatam. Igitur non potest defuncti contractum impugnare ac reuocare.

Tertia conclusio. Hæres, qui fecit inuentariũ, reuocare potest feudum alienatum, quatenus æstimatio illius vires bonorum hæreditariorũ excedit, aut quatenus eius interest feudum potiùs, quàm hæreditatem habere.

B Probatur hæc conclusio. Nam inuentarij confectio hæredi hoc beneficium tribuit, vt nullum incurrat damnum, & vt non confundantur actiones, quas habet.l vlt. §.Etsi præfatam.& §. In computatione. C. de iure delib. Sed si non possit hoc in casu feudum reuocare, damnum sentiret, & actiones suas amitteret. Ergo reuocare feudum poterit, quatenus illud æstimationem excedit bonorum hæreditatis.

Assumptio clara est, quia plus valet feudũ quàm hæreditas, Ergo si propter hæreditatem non possit feudum vendicare, damnum sentit. Declaro, Feudum æstimatur ducentis aureis. Hæreditas verò centum, hic hæres incurrit damnum centum aureorum, nisi feudum reuocare possit. Ergo illud eatenus reuocabit, ne iacturam sentiat centum aureorum.

Hæc satis plana sunt atque perspicua, sed iam argumẽta dissoluenda sunt. Primum argumentum, Hæres potest reuocare id, quod à defuncto in fraudem eius alie-
C natum est.l.2.C.si in fraudem patroni à libertis alien. facta sit. Sed feudum alienatum esse videtur in fraudem eius, quia post mortem alienantis ad eum peruenire debet, Ergo illud reuocare poterit.

Rñdeo, cùm alienatur feudum ab agnato cum consensu domini (in quibus terminis quæstio accipienda est) nullam fraudem committi, sed in eo tantùm peccari, qđ alienatio fieri debet cum consensu etiã agnati, vt in c.1. de alien feudi pater. qui consensus non adhibetur. Quare meritò feudum agnatus reuocare potest, nisi hæres alienantis sit. Alia ratio est liberti alienantis bona sua, vt patronum excludat à legitima portione, de qua facti specie loquitur lex in argumento allata.

Secundum argumentum sumitur ex l.vlt. C. de Euiction. in illis verbis: *Factum eius cui successit, ex sua persona dominium vendicare non impedit.*

Rñdeo, hanc legem non loqui de hærede alienantis, sed de hærede fideiussoris, qui se obligauit de euictione
D pro venditore. Is.n.non impeditur rem vendicare iure proprio, quia si de euictione conueniatur, actionem habet aduersus venditorẽ, & eius hæredem. Hæres autem alienantis, de quo nos loquimur, rem vendicare non potest, quia doli exceptione repellitr̃, l.Seia.ff.de Euiction.

Tertium argumentum est, quia alienatio feudi facta sine consensu agnati proximioris, ad quem feudum peruenire debet, non valet, cap.1.de alien.feudi pater. Ergo agnatus, etiamsi hęres sit alienantis, feudũ reuocare pót. Nam id quod nullum est rescindi potest etiam ab eo, qui illud gessit. Bart.in l. Post mortem.ff.de adopt.l.Quemadmodum.C.de Agricolis & Censitis lib.11.

Respondeo, argumentum vires habere in alienatione facta contra legis prohibitionem: ita enim loquitur l. Quemadmodum. Feudi autem alienatio, licet absq; consensu agnati non valeat, non tamen iure fieri prohibetur, imò verò valet & confirmatur, si agnatus alienanti præmoriatur, vel taceat longissimo tempore, vt saltem

donec

donec alienans viuit, valere non dubitatur.

Quartum argumentum sumi potest ex eo, quòd plurimi interpretes in d.l vlt.§.In cõputatione.C.de iure deliber. dixerunt, inuentarij confectionem id operari, vt hæres in eo statu sit, in quo esset, si non adiuisset hęreditatẽ. Iason.ibi.nu.4.& multi alij, sed si hæreditatẽ agnatus nõ adierit, certum est, feudum reuocare posse, liberè & absolutè, quia nullum est impedimentum, Ergo idem respondendum est hæreditate adita, sed inuentario confecto.

Respondeo, propositionem illam tam generalem verã non esse. Si enim in eo statu hæres esset, qui inuentarium confecit, in quo est hæreditate non adita, non teneretur creditoribus, & legatarijs satisfacere, etiã intra vires hæreditatis, quia certum est, eum hæreditate non adita non teneri. Hoc autem est absurdum, & cõtra legem expressam, vt patet ex l.vlt. §. Et si præfatam. C. de iure delib. Propositio igitur illa accipienda est hoc modo, vt hæres in eodem statu sit, &c. quantum ad hunc effectũ, vt nullum ex hæreditate detrimentum patiatur, vt non teneatur vltra vires hæreditatis, vt suas non amittat actiones, ita etiam loquitur textus in d.§.In computatione. in §.Et si præfatam. & alibi in tota ferè illa lege; nec alia fuit mens doctorum, qui propositionem illam induxerunt.

CAPVT XIV.

Sitne concedenda actio de euictione emptori, aduersus hæredes eius qui feudum alienauit, quod ab agnato euictum est?

SI emptor ignorauerit rem feudalẽ esse, quæ ab agnato venditoris post illius mortẽ euincitur, explorati iuris est, hęredem alienantis euictionis nomine conueniri posse. c.1.§. Si vasallus. si de feudo defuncti contentio sit inter dom.& agnat.vasalli. Cæterùm si id non ignorauerit, aliter est respondendum: tum quia res euincitur hoc in casu ex natura sua, quo casu euictio præstanda non est. argum.l.Si seruus.ff. de Euictio. l. Si quis domũ.§.vlt.ff. loca. Tum quia euictio non est ex causa venditionem antecedente. l.3.l.Lucius. ff. de Euict.l.1. C. de periculo & commo.rei vend. Tum deniq; quia ita iure constitutum est, vt qui scienter emit rem alienam, vel alteri obligatã, de euictione agere nõ possit. l. Si fundũ. C. de Euiction. l.Si Fratres.C.commu. vtriusque iud. nisi euictio specialiter promissa sit, vt in dictis legibus. Scire autem rẽ alienam esse, & euictioni obnoxiam emptor videtur, qui sciuit feudalem esse; aut certè id scire debuit, quod sufficit, argum.l.Quod te. ff. si cert.pet.l.Si duo.ff.de acq.hæred. l.Si Titius. ff.de fideiuss.l.pen.ibi: *qui sciuit aut scire potuisset*.ff.ad Macedon.

Sed quæritur, an hoc in casu saltẽ ad precij restitutionẽ agere emptor possit? Affirmãt Isernia in c.1.§ Rursus. quib.mod.feud.amitt.in vers.Vel postquã ad libellũ dedit.nu.29. vers.Quærit Glos. & ibi Afflictus.nu.14. alios citat Pistorius quæst.iuris, lib.2.par.1.c.10.nu.31.

Sed hanc sententiam ego sic excutio, vt locũ habeat, quando de euictione promissum est; tũc enim agi potest, saltem ad precij restitutionem. Cæterùm si nulla fuerit euictio promissa, non puto agi posse etiam ad precij restitutionem, quam sententiam meã, vbi confirmauero, tum argumenta refutabo, quibus simpliciter, & nulla distinctione adhibita Pistorius vtitur in sua sentẽtia adstruẽda.

Probatur igitur hæc sententia ex d.l.Si fundum. C.de Euictio ibi: *Si fundum sciens alienum, vel obligatum comparauit Athenocles, neque quisquam de euictione conuenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poscit rationem.*

Sed hic emptor scit feudi naturam, aut scire debet (Paria enim hæc sunt scire, vel scire debere, vt dixi) & consequenter scire debuit reuersurum ad agnatum mortuo vẽditore; Ergo quod eo nomine dedit, nempe *precium*, contra iuris poscit rationem.

A Secundò probatur ex l.Si fratres.C.commu. vtriusque iud.ibi: *Nam si feudi scientes obligationem, dominium suscepistis: tantùm euictionis promissionem, solennitate verborum, vel pacto promissam probantes, eos conueniendi facultatem habebitis, &c.*

Tertiò ex l.vlt. §.vlt. C. commu. de lega. ibi: *Emptor autem sciens rei grauamen, aduersus venditorem actionem habeat tantum ad restitutionem precij, neque dupla stipulatione, neque melioratione locum habente, cùm sufficiat ei saltem pro precio, quod sciens dedit pro alienare, sibi satisfieri.*

Sententia legis hæc est, si fuerit promissa euictio per stipulationem, agi non posse ad id quod interest: sed tantùm ad precij restitutionẽ. quod videtur repugnare alijs legibus, quas proximè adduxi, ex quibus apparet, si promissa sit euictio, eam esse præstandam. Euictionis autem nomine actio datur, nõ solùm ad precium, verùm etiam ad id quod interest. Respondeo, euictionem promissam
B præstari pleno iure, quoties res aliena venditur, vel alteri obligata: neque enim res aliena vendi prohibetur à lege, imò valet venditio rei alienæ. l.Rem alienam. ff.de contrahen.empt. Cæterùm præstandam non esse pleno iure euictionem, sed quoad precij restitutionem duntaxat, quoties alienatur res prohibita alienari, absque consensu alterius, veluti res restitutioni ex fideicommisso subiecta dicta.l.vlt.§.Sed quia.C.commu.de legat.& §.sequen. Et idem in feudo antiquo: *nam alienatio feudi paterni non valet, etiam domini voluntate, nisi agnatis consentientibus*, verba sunt textus in c.1.de alien.feudi pater. Hoc in casu emptor precium quod soluit recuperat, & hoc est quod dicit textus in d.l.vlt.§.vlt.C.commu.de leg. *neque dupla stipulatione, &c. locum habente, cùm sufficiat ei saltem pro precio, &c. sibi satisfieri.*

Quartò probatur, quia hoc in casu euictio sequitur ex natura rei, quia hæc est natura feudi, vt ad successorem agnatum transeat, ergo non debetur euictio, nisi fuerit
C promissa, sicut declarat Glos. communiter recepta in l. Si familiæ. C. fam. hercis. & dixi lib.6. Controuers.cap. 68.in 8.conclus.

Quintò, quia non est euictio præstanda, nisi oriatur ex causa antecedente venditionem, vt suprà dixi, l.3.l.Lucius.ff.de euict.l.1.C.de periculo & comm.rei vend. Sed hoc in casu non oritur ex causa antecedente venditionem, sed subsequente, nimirum ex morte alienantis, relicto agnato successore superstite. Ergo euictio non debetur; præsertim quia hoc euenire posse, emptor prospicere poterat, vt dixi. Quod si euictio sit promissa, tunc nihil obstant quæ dicta sunt, quia contractus, ex conuentione legem accipiunt, l.1.§ Si conueniat.ff.depo.

Ex his patet responsum ad argumenta Pistoris. Primum enim argumẽtum sumit ex d.l.vlt.§.vlt. C. commu. de legatis & fideicommiss. vbi probatur, actionem dari ad precium, ei, qui sciẽter emit rem fideicommisso subiectam. Non obstat hoc argumentum, quia loquitur quan-
D do euictio promissa est, vt patet ex verbis illis, *neque dupla stipulatione, &c. locum habente.* Nam si nulla esset euictio promissa, certè non competeret actio ad precium, vt patet ex l.Si fundum.C.de Euictio.

Secundum argumentum est, quia hoc in casu ratio cessat, propter quam is agere nõ potest ad restitutionem precij, qui scienter rem alienam emit. Illa enim est ratio, quia precium donare videtur. Non præsumitur autem emptor precium donare voluisse, sed potius emisse ea spe fretus, vt feudum non euinceretur.

Respondeo, non hanc esse caussam, cur agi non possit ad precium; nulla lege id probari potest, nulla ratione persuaderi: Nam cùm nemo præsumatur donare velle ac suum iactare, semper emens rem alienam scienter, precium repeteret: quia non præsumeretur donare illud emptori voluisse: Neque huc pertinet regula illa: *Cuius per errorem soluti repetitio est, eius sponte dati, donatio est*, quia emptor non soluit precium, tanquam indebi-

tum, imò tanquam debitum pro re empta.

In eo est emptor culpandus, quòd sponte se conijcit in periculum precij amittendi, emens rem cuius grauamen non ignorat: vt proinde conqueri non possit, neq; enim scienti & volenti dolus fit vel iniuria.

Tertium argumentum est ex æquitate rei, ne venditor locupletetur cum aliena iactura. Potest in hanc sententiam adferri text. in l. Emptorem. §. Qui autem. ff. de act. empt. in illis verbis: *Ibidem ait, idem esse dicendum, & si apertè in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine præstitum iri, precium quidem deberi re euicta, vtilitatē non deberi. Neque enim bona fides contractus hanc patitur conuentionem, vt emptor rem amitteret, & precium venditor retineret.*

Rndeo, textum non loqui eo in casu quo quis scienter rem alienam emit; tunc enim precium amittit, nec illud re euicta à venditore reposcit, vt in d. l. Si fundum. C. de Euiction. nisi de euictione præstanda sibi prospexerit, vt ibi. Loquitur ergo ille textus quando quis ignorans rem alienam esse, emit: tunc licet pactum fecerit cum venditore, vt de euictione non teneatur; tamen re euicta, precium restituere tenebitur: Aliud est igitur, aliquē de euictione agere nō posse ex legis dispositione, quia scienter emit rem alienam, vt in casu nostro, & tunc non agit ad precij restitutionē. Aliud verò, agere non posse aliquē de euictione ex pacto, siue ex cōtractu ea lege inito, & tūc agere poterit ad precium, ita declarat Paulus Castrensis in d. l. Emptorem. §. Qui autē circa finem. ff. de act. empt. Decius cons. 411. nu. 4. Crauetta cons. 211. nu. 6.

Porro, quòd de æquitate dicitur, non parui est momēti: sed hæc sit pœna vel negligentiæ, vel malitiæ ementis rem alienam, aut restitutioni subiectam, & non sibi de euictione prospicientis. Nam ita lex scripta est, vt quod eo nomine soluit, repetere aliequi non possit, d. l. Si fundum. C. de Euict. d. l. Si fratres. C. comm. vtriusque iud. Atque ita sentio, saluo meliori iudicio.

CAPVT XV.

Possitne agnatus ex iure retractus, vt vocant, feudum antiquum alienatum ab agnato, cum consensu domini, eo viuente soluto precio reuocare?



TRes sunt doctorum sententiæ, hac de re. Prima, agnatos feudum reuocare nō posse viuente agnato, sed filios alienantis posse, precio soluto; atque in hoc plus iuris eos habere, quàm agnatos. Ita docet Isernias in c. Titius. si de feudo defuncti fuerit conten. inter do. & agnatos. in vers. Quod si Titius. Aluarotus ibidem. Martinus Laudēsis & Afflictus, nu. 6. Iacobinus à S. Georgio, in inuestitura feudali. in verb. Et cum pacto. de nō alienando, num. 44. Curtius senior, cons. pen. Clarus. §. Feudum. quæst. 42. in principio. & hanc sententiam commu nem dicit Albertus Brunus, cons. 80. num. 11.

Secunda est sententia, agnatum posse reuocare feudū precio tñ soluto, ita Bald. in d. c. Titius. si de feudo defuncti fuerit controuersia inter do. & agnat. vasalli. & ibid. Eguin. Baro, & Cuiacius. Idem sentiunt Isernia & Afflictus in c. 1. §. Sed & res, nu. 8. 9. per quos fiat inuestitura. Albertus Brunus d. cons. 80. num. 2. & 12. Hieronymus Schurfius inter consilia feudalia, cons. 123. & cons. 143. Pistorius quæstionum iuris, lib. 2 par. 1. cap. 11.

Tertia est sententia, adhibendam esse distinctionem, vtrum feudum in extraneum alienatum fuerit, an verò in agnatum remotiorem. Priore casu agnato proximiori licebit precio refuso feudum reuocare. Posteriore non item. Ita Sonsbecius in vsus feudor. par. 13. nu. 117. Thomas Marinus, lib. 2. tit. de feudo ex pacto & ꝑuid. nu. 68.

Ego puto agnato ius retractus competere intra annū, nisi alienationi consenserit, & ideo soluto precio eū posse feudum reuocare, non dubito, siue in extraneum, siue

A in agnatum remotiorem alienatum sit. Mouet me textus in c. Titius. Si de feudo defuncti fuerit controuersia inter dom. & agnat. vasalli, in illis verbis: *Quod si Titius filios proprios haberet, precio reddito, etiam viuo Titio. quod si consensit alienationi, vel per annum ex quo sciuit, tacuit, omnino remouebitur.*

Hic enim est verus sensus illius loci; sicuti latius explicaui superiùs, c. 9. circa finem, & loquitur de alienatione facta in agnatum remotiorem. Ex quo confunditur illa distinctio, quam commemorauimus. Quamobrem non dubito, quin contraria sententia ex praua illius textus interpretatione originem habuerit.

Huc etiam pertinet text. in c. 1. §. Sed & res. per quos fiat inuestitura. in illis verbis. *Non permittitur ei etiam secundum antiquam consuetudinem, alij eam vendere nisi tibi, vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volenti, &c.* Frustrà enim ita constitutum esset, vt non posset feudum alijs vendi, sed proximiori agnato deberet vendi, pro æquali precio emere volenti, nisi agnatus proximior precio oblato & soluto, feudum ipsum alijs venditum reuocare posset: quod & manifestum est ex uerbis sequentibus illius tex. ibi. *Reddite, &c. Precio, &c. compellatur tibi restituere.* Et ex cap. 1. §. Porro. quali olim feudum poterat alien. ibi: *Prohibendo autem vel redimendo, &c.*

B

Fundm porrò contrariæ snīæ valde est infirmum: Nā positum est primò in c. 1. §. Hoc quoque. de success. feudi, quatenus ibi df. Si is, qui feudum alienauit, moriatur absque hærede, illud reuerti ad proximū agnatū. Scdò, in d. c. Titius. de quo iā diximus. Tertiò, in hac rōne. Nā agnatus, dum uiuit, ius habet in feudo, consequenter potest illud alienare, & donec uiuit ipse agnatus, non uidetur posse reuocari, sed eo mortuo duntaxat, quasi tunc resoluto iure datoris, resoluať ius acceptoris. iuxta l. Qui tabernas. ff. de contrah. empt. l. Puto. §. Prædium. de leg. 2. l. Lex uectigal. ff. de pigno. cum alijs similibus.

C Respondeo ad primum, nihil obstare, quia loquitur de reuocatione feudi, quæ ex iure proprio agnatis conceditur: de qua nostra nunc disputatio non est: Nos enim fatemur agnatis ius competere reuocandi feudum, alienatum post mortem alienantis, nullo etiam soluto precio, sed non ꝑpea inferri potest, illud ius non competere etiam viuente agnato qui alienauit, si agnati nitantur iure retractus, ac proinde precium soluere parati sint.

Ex quibus etiam intelligitur rationem illam, quæ tertio loco adducebatur, nullius esse momenti, quia hoc tantùm probat, feudum, viuente agnato qui alienauit, reuocari non posse ab agnatis ex iure quod habent, nullo scilicet precio soluto; Cæterùm si vti velint iure retractus, quod eis conceditur, poterunt precio soluto feudum reuocare, etiam viuente eo qui alienauit.

CAPVT XVI.

D *Vtrum agnato competat ius retractus, si feudum alienatum dixerit se nolle emere.*



NOn assentior Tiraquello, de retractu consanguineorum. §. 1. Glos. 9. nu 145. concedenti, ius retractus agnato, qui feudum, qd agnatus vendidit, emere recusauit: ea ratione, ꝗ non videatur sibi præiudicare voluisse, sed maluisse venditionem expectare, ac intra annū sibi concessum, redimere; vt interim pecunias in id necessarias sibi colligeret, & compararet. Non, inquam, placet hæc snīa, licet nonnullis placuisse non ignorem; quia id non est bona fide agere, sed astutè, & venditoris aguati & emptoris contractū impedire: Cur enim dum emere recusauit, non addidit eam protestationem, velle se redimere ex iure sibi competente, intra annū velle se vti iure protimeseos? Non ita sunt verba intelligenda, sicuti is, qui ea protulit, desiderat, sed vt æquitas, & iuris ratio postulat.

Postulat. Et plerunque contra eum interpretantur, qui poterat apertius respõdere. l. Veterib. ff. de pactis. Nemo decipi alterius verbis, vel responsione debet; si dixerit se nolle emere, videtur cõsentire, vt feudum alteri vendatur; aut certè venditionem impedire, reuocare nõ potest, argum. l. Qui Romæ. §. Cohæredes. ff. de verb. oblig. l. vlt. C. de iure emph. Et hanc sententiam probat textus in c. 1. §. Sed & res. Per quos fiat inuestitura ibi. *Non permittitur ei, etiam secundum antiquam cõsuetudinem, alij eam vendere, nisi tibi vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volenti.*

Ergo si nolis emere, si nolis accipere, permissum est alij vendere. Dices permissum quidem, sed agnato proximiori redimere permissum quoque est eodem precio: Concedo id verum esse, quando agnatus vendidit absq; consensu proximioris, aut proximiore non requisito, an vellet emere: sed si requisitus dixerit se nolle emere, iam ipse videtur consentire, vt alij vendatur liberè & irreuocabiliter.

Replicabis, alijs quidem vendi posse, sed saluo iure retractus, quia proximior habet ius prohibendi ne feudum alij vendatur. Item habet ius illud ipsum redimendi. c. 1. § Porro. quibus modis olim feudum poterat alien.

Rñdeo, proximiorem agnatum hoc iuris obtinere, vt si venditionẽ non impediat, possit redimere; nisi dixerit se nolle emere. Cur em̃ ei liceat voluntatem in alterius præiudicium mutare? l. Nemo potest mutare. de reg. iur. Neq; verò dici potest, mutatam hic voluntatem non esse; quid enim est aliud feudum redimere precio soluto, quàm illud emere? Atque ita sentio vnà cum Baldo in d. c. 1. §. Sed & res. & ibid. Afflict. nu. 8. vers. Et si ille proximior. latius Pistorius quæst. iuris, lib. 2. par. 1. quæst. 12.

CAPVT XVII.

Quid iuris si proximior agnatus vti nolit iure retractus, possitne eo vti sequens in gradu?

NOn assentior Pistorio lib. 2. quæst. iuris, parte 1. q. 12. nu. 65. neganti ius retractus in feudis alienatis competere agnato remotiori, quando proximus negligit eo vti, eo argumento, q̃ ius retractus dicatur competere agnato proximiori, & nulla alterius remotioris, qui in gradu sequitur, mentio in vsibus feudorum habeatur, vt in c. 1. §. Sed & res. Per quos fiat inuestitura. in c. 1. §. Porro. qualiter olim feudũ poterat alien. in c. Titius. Si de feudo defuncti fuerit controuersia inter dom. & agnat. vasalli, ac proinde non sit hoc ius temerè producendum, præsertim cùm repugnet regulis iuris. l. Dudum. C. de contrah. empt. Et denique nulla ferè sit in eo vtilitas agnati remotioris, quandoquidem proximior feudum reuocare possit, mortuo eo qui alienauit, etiam nullo precio restituto.

Non, inquam, mihi placere potest hæc sententia, quia ius retractus in feudis introductum fuisse credendũ est, vt feuda in agnatione & familia remanerent, neque ad extraneos transirent: Et ideo & in Constitutione Friderici Imperatoris, & in alijs legibus, quæ de iure retractus conscriptæ sunt, ea facultas omnibus agnatis & consanguineis cõcessa est, vt fatetur ipse Pistorius, quod ego non vrgeo, vt hoc testimonium extra ius positum, loco legis habeatur, sed vt ex eo colligere valeamus mentem ac rationem legis, quæ ius retractus inducit.

Deinde quia is dicitur proximus, quem nemo antecedit. l. Proximus. de verb. signif. Hinc hæreditas soli proximo agnato, id est, ei, quem nemo antecedit, deferri dicitur. l. Post consanguineos. §. Hæreditas. & §. Legitima. ff. de suis & legit. hæred. quod ideo declaratum est, vt intelligatur recusante adire proximiore, eum qui in gradu sequitur adire posse, quasi iam proximior sit. Vlpianus: *Si quis igitur proximus agnatus, dum heredes scripti deliberant, diem suum obierit, sequens quasi proximus ad-* A *mittetur.* l. 1. §. Proximus. ff. vnde cognati.

Igitur eadem interpretatio adhibenda est in feudis, vt is dicatur proximus, quem nemo antecedit. Quare si proximus feudum redimere neglexerit, sequens quasi proximus redimere poterit.

Huc accedat quod negari nõ potest, excluso post mortem alienantis proximiore, eum qui sequitur in gradu, feudũ reuocare posse, ita vt præscriptionis exceptio, quæ proximiori obstabat, non obstet sequenti. sicut latè disputatum est suprà, cap. 12. Ergo idem statuendum est, & in iure retractus, vt scilicet excluso proximiore sequens admittatur. Nam & simili modo proximior duntaxat vocatur tam post mortem alienantis ad reuocãdum feudum nullo precio soluto, quàm viuente ipso alienante, ex iure retractus precio soluto, vt in d. c. Titius. si de feudo defuncti controuersia fuerit inter do. & agna. vasalli. Sicut ergo in vno casu proximiore excluso sequens admittitur, ita & in altero casu admitti debet.

B Quod verò Pistorius affert nullam fore vtilitatẽ agnati sequentis in gradu, nihil sanè mouet, quia fieri potest, vt transigat cum proximiore, ne mortuo alienatore quæstionem ei moueat. Fieri etiam potest, vt sequens agnatus in gradu proximiori superuiuat: denique vt nihil timeatur à proximiore, propter eius decrepitam ætatem, fortè etiam & incapacitatem, aut culpam.

Et hanc sententiam amplexi sunt Afflictus in cap. 1. §. Donare. nu. 81. qualit. olim feud. poterat aliena. Sonsbechius, part. 13. nu. 119.

Pistorius autẽ citauit Cuiacium tit. 4. lib. 2. feud. quasi ambigentem, an vlteriori agnato ius redimendi concedatur. Sed in eo offendit (& quis est qui aliquando non offendat?) Nam Cuiacius non de eo dubitauit, sed an domino competat ius redimendi, si feudũ, nõ proximiori, sed vlteriori agnato vẽdatur. Sic enim ait: *Si in iure protimeseos concurrãt agnatus & dominus feudi, vel emphyteuseos, vel cẽsus, agnatus præfertur. Ergò & cùm agnato proximio-* C *ri venditur, meritò dicemus domino non competere ius protimeseos. An & si vlteriori? non ausim affirmare, cũ agnato proximiori, siue agnato, siue extero vendiderit competere ius protimeseos, probat. 4. tit. 14.* Hactenus ille.

CAPVT XVIII.

Possitne filius reuocare antiquum feudum à patre alienatum, cum consensu domini post mortem ipsius patris?

INgens controuersia est de filio, an possit feudum antiquum, siue paternum appellatum, à patre alienatum, post mortem patris reuocare. Tres sunt præcipuæ Doctorum sententiæ. Quarum duæ versantur in aliquo extremo: tertia verò, quæ mihi maximè probatur, mediam ingreditur viam. Prima hæc est, filium reuocare posse feudum à patre alienatum, siue sit hæres patris, siue non sit D hæres. Altera, non posse reuocare, siue hæres sit patris, siue non sit. Tertia, quæ mediam tenet viam, distinctionem adhibet, vt siquidem filius hæres patris non sit, reuocare possit feudum à patre alienatum; si verò hæres patris existat, non possit; quod si inuentarium confecerit, quatenus erit in bonis hæreditarijs, eatenus factum patris præstare tenebitur, nec reuocare poterit, vt fusè explicatum est suprà cap. 14. Nõ inde tamen colligi potest, filium posse patris hæreditatem repudiare, & feudum reuocare. Id enim ei non licere palàm est ex cap. 1. An agnatus vel filius. de quo suprà cap. 5.

Prioris sententiæ author est Pinellus in l. 1. in 3. part. nu. 95. C. de bonis mater post alios. quos suprà cap. 13. citauimus, non procul ab initio; Omnes enim qui putarunt, agnatum hæredem alienantis reuocare posse feudum alienatum, multò magis idem iuris filio concesserunt: imò multi ex ibi citatis expresè loquuntur de filio hærede patris.

Secundæ opinionis author est Pistorius, de filio nominatum disserens lib. 2. quæst. iuris, par. 1. quæst. 13. vbi citat eiusdem sententiæ authores, Baldum & Beluisium in c. 1. §. Hoc quoque. de success. feudi. Cuiacium & Baronem in c. Titius. Si de feudo defuncti fuerit controuersia inter do. & agnat. vasalli; Sed certè Baldus ibi, nu. 20. contrarium mihi videtur scribere. Cuiacius autem apertè loquitur de filio, qui sit hæres patris, vt patet ex eo, quod adducit. l. Seia. ff. de euict. & tit. 70. lib. 4. feudorum, qui textus loquitur de filio hærede patris. Eguinarius autem Baro nihil dicit hac de re quod viderim.

Tertia autem opinio, quam diximus esse mediam, in ea parte qua docet, filios qui non sunt hæredes patris reuocare posse antiquum feudum à patre alienatū, authores habet omnes, qui id agnatis permissum esse voluerunt; nam idem multò magis filijs concedunt Isernia., Aluarotus, Præpositus in d. c. Titius. Afflictus in c. 1. §. Hoc quoque, nu. 55. 56. de success. feudi. & alij, quorum facit mentionē Pistorius in d. q. 13. nu. 18. In altera verò parte, qua docet, filios patris hæredes feudum reuocare non posse, authores habet Bald. in d. c. 1. §. Hoc quoque, num. 20. de success. feudi. Ruinum cons. 25. nu. 10. lib. 2. Martinū Silimanū de feudis, nu. 169. & omnes alios, qui negant, agnatis hæredibus ius competere feudum alienatum reuocandi, quos adduxi suprà, c. 13. vers. Verum quamplurimi. Eadē enim ratio est in filio, q̄ in agnatis.

Rectè igitur ordineq; facturus videor, si sententiam hanc prius confirmauero, deinde argumenta confutauero, quibus aliæ nituntur sententiæ.

Hæc itaque sententia duas habet partes, quarum illa prior est, filium hæredem patris sui reuocare non posse feudum à patre alienatum. Posterior autem filium, qui patris hæres non sit reuocare id posse. Prior pars probatur ex ijs legibus quibus cauetur, hæredem præstare debere factum defuncti, & non posse illud impugnare aut reuocare. l. Cùm à matre. C. de rei vend. l. Venditrici. C. de reb. alie. non alien. cum alijs multis, quas commemoraui suprà hoc eod. lib. c. 13. quibus adde text. pulchrum, in c. 1. §. Item hæredes, tit. de Notis feudorum.

Posterior aūt pars probat tribus argumentis. Primū est, quia iure feudali expressè cautum est, agnatos reuocare posse feudum alienatum ab agnato, vt in c. 1. de aliena. feudi paterni. c. Titius. Si de feudo fuerit controuer. inter do. & agna. vasalli. Ergo & filius illud reuocare pōt. Nam filius dr̄ esse agnatus pri. l. Filius. ff. de suis & legi.

Secundum argm̄ sumitur ex ratione iuris. Nam aut filijs ius quæsitum est ex antiquis maiorum suorū inuestituris & acquisitionibus, aut ius quæsitum non est. Si nullum ius quęsitum esse dicamus, inanis erit disputatio nostra, nec in ijs terminis procedere poterit. Sin aūt ius quæsitum est, absq; vlla difficultate efficitur, patrem non posse illud eis auferre alienando feudū, arg. l. 1. C. de bonis matern. l. Id qđ nostrū de reg. iur. Et ideo filius iure proprio bona alienata vēdicare potest. l. Seia. ff. de Euict. l. Venditrici. C. de reb. alie. non alien. l. vlt. C. de Euict.

Tertium argumentum est ex alia iuris ratione. Nam ea, quæ filius non habet à patre suo, sed aliunde, ex culpa & facto patris amittere non debet. l. Eum qui ff. de interd. & releg. Feudum autem, de quo nostra est disputatio, non à patre, sed aliunde habet, nimirum ab auo, vel proauo, & alijs maioribus, vel ascendentibus suis: Ergo non potest illud amittere facto, id est, alienatione patris.

Nunc argumenta, quibus contrariæ sententiæ nituntur, dissoluenda sunt.

Imprimis ad probandū, filiū posse feudum indistinctè reuocare, sic Pinellus argumentatur; *In iuribus feudalibus sæpe legimus factum vnius vasalli vel possessoris sibi soli, nec successori, nec domino nocere posse. c. 1. §. Quid ergo. de inuest. de re alie. facta c. 1. de success. feud. ibi, nulla ordinatione defuncti in feudo valente, &c.*

Respondeo, istud argumentum probat filium reuocare posse feudum alienatum, vbi non est hæres alienan- **A** tis quod & nos concedimus: Sed non probat reuocari posse ab eo qui hæres sit alienantis.

Secundò ita pergit. *Iuuatur, inquit, hæc opinio ex l. 1. §. Titius. Si de feudo defuncti controuersia sit inter do. & agna. vasalli, dupliciter inducendo. Primò, dum loquatur de proximiore agnato, quem inquit reuocare posse alienationem feudi mortuo alienante. Verisimilius autem est, quod proximior agnatus hæres erit defuncto, & ita frequentius contingit, suadetur q; ex l. Conficiuntur ff. de iure Codi. Cùm ergo textus ille indistinctè loquatur de agnato proximiore, qui sæpius ex testamento, semper autem ab intestato hæres est, si velit, eundemq; dicat posse alienationem feudi reuocare, absurdum & diminutorium esset, restringere textum ad casum insolitum, nec tam verisimilem de proximiore non hærede. Inducitur secundò textus ille, dum loquatur de filio, & inquit etiam viuo patre alienante posse filium reuocare alienationem, vbi expendenda est implicatio verbi, Etiā: innuit enim mortuo patre planè admitti filium, & ideo exprimitur* **B** *ibi casus maioris dubij, vt etiam viuo patre filius admittatur. Nec sanum esset intelligere casum patris mortui in filio non hærede, cum id ferè nunquam contingat, manifesteq; iura repugnent. l. Cùm ratio. ff. de bonis damn. &c.*

Respondeo, quod attinet ad text. in d. c. Titius. videnda esse ea, quæ posui suprà, cap. 9. ex quibus perfacilè erit intelligere, id quod Pinellus dicit de filio reuocante feudum alienatum, non esse consentaneum verbis illius loci, & à sententia eius longè alienum esse: quia loquitur de agnato reuocante feudum alienatum, non autem de filio. Veruntamen, quia & nos cōcedimus, & verum esse profitemur, agnatum filiumq; feudum reuocare posse: tam ex textibus iuris feudalis, quàm ex ratione iuris, respondemus ad istud argumentū, negando, id accipiendum esse de agnato & filio hæredibus: Eo enim casu, quo hæredes exstant alienantis, repræsentāt defunctū, & eius factum præstare tenentur, nec vlla ratione possunt illud impugnare: Non obstat id quod dicitur, ple- **C** runque agnatum & filium hęredem esse, quia nos loquimur, quando hæredes non sunt; licet enim rarò id accidat, vt hæredes non sint, accidere tamē multas ob caussas potest; Vnde satis est in ea hypothesi, nostram sententiam locum habere, in qua hæredes non sint. Quod si nullæ erant statuendæ leges in illis casibus, quibus filij hæredes non sunt parentum suorum, quia rarò id cōtingat, non erat opus de inofficioso testamento cauere, de legitima, de repletione eius, & de alijs capitulis ad eā rem pertinentibus, quæ sanè non pauca sunt, nec parui momenti. Sicut ergo nemo dixerit, inanes esse tot constitutiones, quæ ad hunc casum respexerunt, quo filius hæres non sit patris, ita nec inanis erit conclusio nostra, qua asserimus, filium qui hæres non sit parentis sui feudum antiquum à parente alienatum reuocare posse, & dicta iuris testimonia accipienda esse de filijs, qui hæredes patris non sunt.

Roboratur tertiò (inquit Pinellus) *vrgenti ratione; quia* **D** *feudum censetur honor familiæ, qui citissimè aboleretur, si proximioribus hæredibus & successoribus ius reuocandi negaretur, fieretq; inutile primò acquirenti, cui posteriores omnes successionem feudi debent, &c.* Cætera enim, quæ subijcit, ad eum casum pertinent, quo dominus alienationi non consensit, de quo nostra non est disputatio.

Respondeo, hoc argumentum probare, filium reuocare posse feudum alienatū, quod nos etiam defendimus: Verùm non pertinere ad eum casum, quo filius hęres est patris alienantis, qui casus nunc controuertitur.

Iuuatur quartò, inquit Pinellus, *hæc opinio contra Doctores ex altera parte communis opinionis; de feudo concesso alicui & liberis, quo casu concedunt omnes, vt saltem confecto inuentario possit hæres reuocare alienationem. Patride enim & absurdum videtur, totū huius rei effectum pendere à leuissima verborum differentia, contra l. 2. C. comm. de lega. &c.*

Respondeo, nos non recipere traditionem illam, de

feudo

feudo concesso alicui & liberis, vt hæres reuocare possit alienationem, quod verò dicit, saltem facto inuentario hæredem posse reuocare, à nobis disputatum est superiùs c. 14. nunc de hærede simpliciter nobis instituta disputatio est: quid de hærede, qui inuentarium fecit, statuendum sit, ibi explicatur, atque hoc in loco repetendum non est.

Post hæc Pinellus respondet ad reg. l. Cùm à matre. C. de rei vend. dicens, non habere locum quando alienatio nulla est, quem articulum expendimus iam cap. 11.

Sequitur vt refellamus argumenta Pistorij. Primũ est; *quod perlectis ac diligenter consideratis omnibus iuris feudalis capitibus, nullibi, ne vno quidem verbo cautum reperiatur filios feudum à patre alienatum reuocare posse, &c.*

Respondeo, satis cautum id esse, cùm filius agnatus sit. l. Filius. ff. de suis & legitim. hæred. Agnatos autẽ posse feudum reuocare constitutum sit. Cùm eadem ratio sit, & multò maior in filijs, quàm in agnatis. Cùm pater non possit ius quæsitum filijs suis aliunde, quàm ab ipso auferre, l. 3. ff. de interd. & releg. vt suprà disputauimus.

Secundum argumentum est, quia ingenuis hominibus, atque adeò parentibus, libera esse debet rerum suarum administratio. l. 2. ff. si à parente quis fuer. manu. l. In re mandata. C. mand. Nec potest filius in irritum deducere ea, quæ à parentibus gesta sunt. l. Ea quæ à patre. C de restit. mili. nec eo quidem prætextu, quod res alienatæ ab auo & familia descenderint. l. Si auia. C. de donat.

Respondeo, istud argumentum locum sibi posse vendicare in ijs rebus, quæ proprij iuris sunt parentis, ita vt filius in eisdem nullum habeat ius: Et ideo dicit tex in d. l. si auia. *Si auia vestra propriæ res, &c.* In istiusmodi rebus nemo negat liberam esse facultatem parentibus concessam alienandi, sed loquimur iam de feudo, in quo ius quæsitum est filijs, post mortem patris sui ex antiquis inuestituris & concessionibus: illud ius non potest ei pater directè auferre, nec indirectè alienando feudum.

Tertium argumentum est, quia *iura feudalia quæcunque de facultate reuocandi feudum alienatũ disponunt, de solis agnatis loquuntur, nulla facta mentione filiorum. c. 1. de aliena. feud. pater. c. 1. §. Porro. qualiter olim feudum poter. alien. et alibi. Cùm tamen è contrario quotiescunque de iure pertinente ad filios agitur, de ijs diserte etiam disponatur c. 1. de success. feudi: Quin etiam vbicunque tam de filijs, quàm de agnatis est agendum, nunquam sub vno agnatorum nomine vtrique comprehenduntur, sed filij ab agnatis manifestè distinguuntur, & illorum ab ijs separata semper habetur ratio. c. 1. In princip. & §. His verò deficientibus. de gradibus succeden. in feudo c. 1. §. Hoc quoque. de success. feudi, &c.*

Respondeo, licet expressè mentio facta non sit de filijs, sicut de agnatis, id tamen non obstare. Primò, quia appellatione filij venit etiam agnatus vt dictum est: Et licet aliquando fiat mentio nominatim filiorum, & agnatorum, non tamen inde sequitur, agnati nomen eò minus filijs conuenire, quod illis à iure tributum est; & nullo textu iuris feudalis conuenire negatur, nisi quando eodem in loco aliud statuitur de filijs, aliud de agnatis; tũc enim apparet sub nomine agnatorum filios non contineri. Exemplum est in cap. 1. An agnatus vel filius.

Secundò, quia eadem ratio est in filijs, quæ in agnatis, vt meritò idem iuris esse debeat.

Tertiò, quia iuribus feudalibus nullibi contrariũ constitutum est, vt nimirum filij reuocare non possint feudum à patre alienatum: Ergo id erit secundum iuris cõmunis regulas definiendum. ca. 1. de feud. cogn. Docent autem iuris communis regulæ, filium reuocare posse res proprias à patre alienatas, si non sit hæres patris, l. 1. C. de bon. mater. l. Cùm à matre. C. de rei vend. cum alijs superiùs adductis.

Quartum argumentum est, quia *in multis iuris feudalis capitulis, in quibus de reuocando feudo alienato agitur, licet simul etiam filiorum quandoque fiat mentio, non ta-*A *men propterea hoc ius reuocandi ipsis conceditur, sed huic iuri tum demum locus relinquitur, si is qui alienauit feudum, sine filijs decesserit, vt in c. 1. §. Si aliquis de capitaneis apud quem vel quos controuers. feud. finiat. in cap. 1. §. Si verò vel totum. qualiter olim feudum poterat alien. in cap. 1. §. Hoc quoque de success. feudi.*

Respondeo, hæc iuris feudalis testimonia ad rem istã non pertinere. Nam quod attinet ad primum, verba textus hæc sunt: *Si aliquis de capitaneis, vel de maioribus Valuasoribus, vel de minoribus suum beneficium, siue totum, siue partem alienauerit, & ipse, vel heres eius sine herede decesserit, quia beneficium senioribus aperitur, totum quod fecit reuocari debet.*

Ex hoc textu non probatur, filium reuocare non posse feudum alienatum, sed probatur, feudum alienatum domino, qui senior appellatur aperiri, si alienans sine hærede, hoc est, filio decesserit. Ratio est, quia si filius extet, ille potest feudum reuocare, si antiquum sit, & ideo in B causa est, vt feudum non aperiatur domino.

Eadem ferè responsio valet ad tex. in cap. 1. §. Si verò vel totum, & in d. cap. 1. §. Hoc quoque Nihil enim aliud dicitur, nisi feudum ad dominum reuerti, vasallo decedente absque hærede, vel feudum ipsum refutanto in manu domini, vel illud ob aliquam culpam amittente. Ex quo non rectè infertur, filium non posse feudum reuocare alienatum: licet enim text. id non dicunt, non tamen id negant: Quare ad hanc quæstionem nostram nequaquam pertinent.

Quintum argumentum sumitur ex ratione, quæ in causa est, vt agnati feudum alienatum reuocare possint. *Si enim rectius quis secum perpenderit, animaduertet, hoc inde potissimùm descendere, quoniam agnatus collateralis feudum non ab eo, qui alienauit, obtinet, neque vllam causam habet, cur ipsi hac in re quicquam acceptum ferat, sed potius per inuestituram eius, a quo tanquam à communi stipite feudum ad alienatorem peruenit, succedere videtur, vt* C *disertè probatur in cap. 1. §. His verò deficientibus. de Gradibus succeden. in feud. cap. 1. §. Si capitanei. de feudo Marchiæ. in c. 1. de eo qui sibi vel hæredibus suis mascul. Non mirum igitur, cur ipsi inuito ius hoc aliunde quæsitum auferri nequeat. Hæc verò ratio in filio & cæteris descendentibus penitus cessat. Nam in feudo non tam beneficio primi acquirentis, quàm mediante persona patris sui succedit, & ab ipso patre capere videtur, vt probatur in d. §. Si capitanei, & notat Bald. & Doct. in ca. 1. an agnat. vel filius, vbi Cuiacius eius manifestam affert rationem, quoniam si filius censeretur feudum non a patre proximè defuncto, sed ab auo obtinere, tum sane patruus filij, qui auo proximior est gradu, potius succederet in feudo, excluso filio: sed cùm patruũ in successione feudi excludat, palam est illum, feudum non ab auo, sed a patre suo nancisci. Non igitur reuocandi ius agnatis concessum, ad filios pertinere debet, non solùm quia cessat ratio, ob quam agnatis hoc ius indultum est; sed etiam quia* D *alia succedit, quæ in persona filiorum longè aliud suadet, nimirum hosce factum eius præstare debere, à quo lucrum capiunt, & cuius beneficio ad feudi successionem perueniunt.*

Respondeo, animaduertendum esse, maiorem quidem propositionem veram esse; Ex qua persona quis lucrum sentit, eius factum præstare debet. l. Ex qua persona. de reg. iur. Cęterum alia propositio, quę assumitur, vera non est, nimirum filium ex persona patris lucrum capere in proposito casu, quo feudum pater alienauit. Nam aut dicimus, filium ex persona patris lucrum sentire, quia sit hæres eius, & successor in cæteris bonis, & hoc certissimum est, sed in hoc casu locum non habet conclusio nostra, quia nos quoque asserimus filium hæredem patris, feudum alienatum reuocare non posse. Aut volumus filium sentire lucrum ex persona patris respectu feudi; quia videlicet illud ex patre ipso habere videatur; Et hoc nequaquam locum habere potest, nisi filius feudum alienatum reuocare possit. Quo enim pacto lucrum sentire poterit filius, si illud reuocare nõ pos-

sit? Ex quibus patet non rectè applicari, quod Cuiacius dixit, & ante eum Baldus & alij, filium videlicet, patris hæreditatem sibi delatam repudiare non posse, & feudum retinere. Nam cùm feudum ex patre suo habere videatur, & quasi hæres patris, non est consentaneum iuri, vt eius hæreditatem repudiare possit, eamque à feudo separare. Hic sermo est de feudo non alienato, sed à patre possesso, & relicto inter alia bona patris eo in casu, quo filius ad hæreditatem vocatus est. Nostra autem quæstio est de feudo alienato, & de filio qui hæres non sit patris. Vnde res est planè dissimilis, & diuersam habet rationem vt patet.

Sextum argumentum est; *quia filij in materia feudali plerunque hæredes patris appellantur. cap. 1. §. Etsi clientulus. de alienat. feudi, &c. Non enim id frustra factum esse, sed hoc ipso significari videtur, filios ad feudum non nisi ex persona patris peruenire, atque adeò ipsi in feudo hæredes esse, & feudum illi acceptum ferre, factumq́ parentis præstare debere.*

Respondeo, si filius sit hæres patris, me non confutare hoc argumentum, sed ei acquiescere. Cæterùm, si hæres non sit, non video cur non possit feudum alienatum reuocare, ad quod est inuitatus ex antiquis concessionibus ac inuestituris. Quod enim filius in feudo succedere videatur, tanquam hæres patris, verum est, & locum habet, quando feudum reperitur in hęreditate patris: Tunc illud ita coniunctum est cum reliqua hæreditate, vt non liceat filio separare hæreditatem ab eo, & retento feudo, eam repudiare: sicut nemo potest secundum iuris regulas partem hæreditatis accipere, & partem repudiare. l. 1. & 2. ff. de acq. hæred.

Sed aliter dicendum est, vbi feudum alienatum est, nec extat inter bona paterna: Certè ad illud reuocãdum filius actionem habet, quia illi debetur ex antiquis inuestituris, vt dictum est, si non sit hæres patris.

Septimum argumentum sumitur ex cap. 1. An agnatus vel filius. & c. 1. §. Filius de Capitaneo qui curiam vendidit. *Nam cum ibi manifesta constituatur differentia inter agnatum & filium, & huic iniungatur, vt vnà cum feudo simul hæreditatem paternam adeat, & de feudo etiam debita hæreditaria persoluat, quis negare ausit, magnam esse inter filios & agnatos diuersitatem, & filios factum patris in feudo, longè magis quam agnatos capèscere debere, neque propterea feudum à patre alienatum reuocare posse? Cum regulariter hæres factum defuncti præstare teneatur. l. Cum à matre. C. de rei vend. Si enim filius de feudo tenetur luere debita parentis, etiam eo in casu, in quo de mente patris non satis constat, filio in feudo præiudicium generare voluisse, vtique multò magis factum parentis præstare tenebitur, quando ex alienatione facta certum est, eum feudum ad alium magis quàm ad filium, transmittere in animo habuisse, &c.*

Respondeo, negando consequẽtiam illam. Filius non potest feudum retinere, nisi simul etiam accipiat hæreditatem patris. Item tenetur ex feudo soluere debita patris, ergo etiam eo in casu, quo hæres esse non potest (de eo enim casu iam disputamus) non potest feudum à patre alienatum reuocare. Licet enim in hoc differat ab agnato, quia agnatus potest feudum retinere, & hæreditatem repudiare, non tamen efficitur etiam in eo de quo agitur, quod longè diuersum est, differre: Factum patris præstat filius quoties hæres est. Id non nego. Tenetur etiam tunc debita patris soluere ex feudo cùm hæres est. Cæterùm si non sit hæres, non quia nolit, neque enim potest hæreditatem repudiare & feudum retinere, sed quia non est delata ei hæreditas, vel aliam ob causam, tunc non tenetur præstare factum eius, & potest meritò ex iure sibi competente feudum vendicare.

Octauum argumentum ex illis iuris capitulis sumitur, *quibus docetur, quod etsi delictum vasalli agnatis nocere nequeat, filijs tamen eius idem obsit, vt in cap. 1. Si vasallus feudo priuetur, & in cap. 1. §. Vasallus, si de feudo de-*
A *functi, &c. & in cap. 1. §. fin. quæ fuerit prima causa benef. amitt. & in c. 1. An ille qui interfecit fratrem domini sui. Nam vel ex hoc ipso manifestum est, filios in feudo non eodem cum agnatis iure vti, sed eos factum parentis magis luere ac præstare debere: neque vlla probabilis potest reddi ratio diuersitatis, quam ob causam vasallus quouis modo amittendo feudum, possit præiudicare filijs, alienando verò, hoc ipsi integrum esse non debeat.*

Respondeo, delictum patris filijs in feudo antiquo nõ nocere, quod videlicet non ex patris beneficio, sed aliunde filijs defertur, in quo feudorum genere nostra versatur disputatio. argum. l. 3. ff. de interd. & releg. l. 1. §. vlt. l. 3. §. Si emancipatus. ff. de bonor. possess. contra tab: l. Si necem §. Si deportatus. ff. de bonis liber. l. Cognouimus cum auth. sequenti. C. de hæreticis, ita omnium primus docuit Cynus, quem refert & sequitur Bar. in d. l. 3. ff. de interd. & releg. Alex. in l. Si finita. §. Si de vectigalibus. nu. 29. ff. de damno inf. Zasius de feudis, par. 16. num. 96.
B Clarus. § Feudum. q. 66. vers. Sed quæro hoc casu.

Et licet Pistorius in hoc articulo contrariam habuerit sententiam, q. 16. nos tamen inferiùs, cap. 21 argumenta eius confutabimus: & ex ijs, quæ ibi adferemus, perspicuum erit, hanc responsionem bonam esse & idoneam.

Nonum argumentum est, *quia ex parte domini iure feudorum expressò cautum est, hæredes eius teneri rata habere ea, quæ inuestiendo gessit. c. 1. qui successo. tenean. cap. 1. §. Idem sciendum. de notis feudor. Si enim filius domini inuestientis tenetur præstare factum eius, sanè non video, cur non in persona vasalli idem ius esse debeat, cùm vtrobiq́ eadem subsit ratio.*

Respondeo, hoc argumentum obstare sententiæ, quã secutus est Pinellus. Is enim existimauit filium licet hæres sit patris, reuocare posse feudum à patre alienatum. Nobis autem non obstat, quia fatemur, si filius sit hæres patris, præstare debere factum eius, nec reuocare posse quæ pater fecit.

C Decimum argumentum sumitur ex c. Titius. Si de feudo fuerit controuers. inter dom. & agnat. vasalli, vbi extantibus filijs, solis agnatis ius reuocandi feudum conceditur, quod argumento est, filios feudum reuocare non posse. *Cur enim quæso,* inquit Pistorius, *agnati refuso precio reuocarent feudum, si integrum esset filijs defuncto parente feudum sine precio recuperare & agnatis, qui caro emerunt, id iterum auferre? Nam omnem laborem in reuocando frustrà ponerent, omnemque pecuniam profunderent; quod quia verisimile non est eos commissuros. l. Cùm de indebito. ff de probat. ideo minimè credendum eo in casu, in quo extantibus filijs iura feudalia de agnatorum reuocatione solicitè agunt, filijs ius reuocandi compesere; sed potius ex hoc ipso statuendum est, eos feudum alienatum reuocare non posse.*

Respondeo, verisimile, esse, agnatum refuso precio feudum ex iure retractus redempturum etiam filijs extantibus, licet filijs post mortem patris competat ius ad feu-
D dum vendicandum, si ei de euictione promissum, & cautum sit, & patris alienantis bona pro indemnitate suffectura sint; ita vt verisimile sit filium patris hæredem futurum, quo casu ille à reuocando feudo excluditur, aut certè in ipsis bonis Patris agnato sit prospectum filio feudum reuocante. Et cùm verisimile id sit, & plerunque contingat, vt ad aliud propositum dicebat ipse Pistorius, filium patri hæredem futurum; Hinc efficitur haud quaquam verisimile esse agnatum à reuocando feudum retardatum ac deterritum iri, eam ob causam, quòd metuat filium post mortem patris feudum recuperaturum, siquidem vt dictum est, Filius hæres patris non potest illud reuocare.

Vndecimum argumentum est, quia hæc videtur esse mens, tam acquirentis quàm concedentis feudum, *vt tum demùm ad filios transire voluerint, si in eadem voluntate perseuerantes illud non alienauerint, atque inde hanc ipsam conditionem contractui inter dominum*

& va-

& vasallum inito tacitè inesse, vt docuit Isernia in cap. 1. §. Et si libellum. col. 3. de alien. feud. patern. Eadem igitur lege atque conditione ad descendentes suos feudum transmisisse censebitur acquirens, vt tum demùm ad filios eorum deuoluatur, si ipsimet non alienàuerint. Nam regulariter conditio quam ab initio ex conuentione recepit contractus, ad hæredes etiam transmitti solet. l. 2. §. Ex his. ff. de verb. oblig. &c.

Respondeo, hanc quidem conditionem inter dominũ & acquirentem interpositam videri, & ideo acquirens feudũm potest illud cum consensu domini alienare, etiã in præiudicium filiorum, vt suprà disputatum & conclusum est, cap. 8. Cæterùm inter dominos & alios, qui primi non acquisiuerunt, videri non potest illa cõditio concessioni inesse, vt & ipsi qui non acquisiuerunt feudum, sed acquirentibus primis successerunt, alienare illud possint in præiudicium, quibus ex prioribus ipsis acquisitionibus & concessionibus ius quæsitum est: Imò verò ea primorum acquirentium intentio fuisse præsumitur, vt feudum quod ipsi acquisiuerunt & non alienarunt, perueniat ad filios & nepotes, aliosq́ue agnatos, qui ex inuestituris vocantur, & comprehensi sunt, vt in familia & agnatione conseruetur.

Duodecimum argumentum sumitur ex §. Si alter ex fratribus. in capitulis extraordinarijs, quẽ Cuiacius inter cætera iura feudalia retulit, tit. 83. lib. 4. *Si alter ex fratribus*, inquit text. *qui paternum habeat beneficium, suam portionem dederit domino, vel alicui extraneo, dominus vel extraneus tandiu teneat sine præiudicio, quàm diu ille qui dedit hæredem masculum habuerit, si verò sine hærede decesserit, alter frater si vixerit, vel eius hæres, sine vllo obstaculo & temporis præscriptione beneficium quod hæreditarium est, vindicet à quocunque possidente: Ecce* (verba sunt Pistorij) *his verbis disertè asseritur, eum in quem feudum alienatum est, istud tam diu tenere, quamdiu is qui alienauit hæredem masculum, id est, filium habeat. In aperto igitur est, filium feudum alienatum reuocare non posse, cùm alioqui non tamdiu, quamdiu alienator hæredem habeat, teneret, sed quàmdiu hæres non reuocaret.*

Respondeo, textum hunc non esse authenticum, cùm inter ordinarios textus non cõtineatur. Præterea locum habere posse eo casu, quo filius sit hæres patris, tũc enim is reuocare non potest feudum à patre alienatũ. Et ideo quamdiu alienator hæredem habet, tamdiu is in quem alienatum est, feudum illud retinere potest: quia filius & hæres patris, non potest quidem feudum reuocare, sed impedit agnatum, ne illud reuocet: Neque enim agnatus filio existente in medio, qui est gradu proximior, & ideo præfertur alijs, potest feudum vendicare.

Postremum argumentum est, quia si filij feuda à parentibus alienata reuocare possent, *bona feudalia omni commercio eximerentur, neque quidquam certi de illis posset constitui. Nam etsi omnes agnati, qui tempore alienationis superstites sunt, consentirent, filiorum tamen consensus impetrari non posset, cùm illi vel nondum in viuis, vel in minori adhuc ætate constituti essent, atque propterea nunquam ita de feudo posset contrahi, quin contractus ille progressu temporis in irritum reuocaretur, &c. quàm autem id absonum sit, nemo est qui non videat.* Et post pauca: *Vt interim omittam opinionem illam, quæ filijs ius reuocandi concedit, nec pietatis quidem rationi satis conuenire. Honor enim ille, quem vt parentibus liberi exhibeant diuina sanctione seuerè adiguntur, à filijs hoc exigit, ne ea quæ pater ipsorum gessit & contraxit, cum dedecore ipsius in irritum reuocent; sed potius, vt ea quæ ipsi placuerint, pro debita reuerentia rata habeant, & suo etiam consensu approbent, &c.*

Respondeo, negando impediri feudorum cõmercia & alienationes, licet filijs competat ius reuocandi. Primò, quia emens sibi potest consulere, exigendo etiam filiorum consensum. Secundò, quia potest sibi de euictione stipulatione interposita idoneè, & sufficienter cauere.

A Tertiò, quia filij non habent ius reuocãdi feudum, quoties patris sunt hæredes, quod frequentissimè contingit. Quartò, quia emptor potest sibi cauere in ipsis bonis alienantis feudum, vel si non habet, in precio quod soluit ita paciscendo, vt illud cõuertatur in emptorem rerum immobilium, vel aliter vt euictione secuta ipsi consultum esse possit.

Porrò, quæ de reuerentia parentibus à filijs exhibenda dicuntur, verissima sunt, sed ad eum casum non pertinent, quo parentes de rebus filiorum disponunt; tunc. n. quæ à parentibus gesta sunt, reuocari possunt à filijs, lege id permittente. l. 1. C. de bonis mater. nisi sint hæredes patris. l. Cùm à matre. C. de rei vend. Quare nullam filius videtur iniuriam patri facere, dum suo iure vtitur. l. Nullus videtur, de reg. iuris.

CAPVT XIX.

B *Possitne filius feudum à patre alienatum, eo viuente, precio restituto redimere.*

Similiter in controuersia est, an possit filius vti iure retractus, & precio restituto feudũ à patre venditum redimere eo viuente. Nã ex c. Titius. si de feudo defuncti fuerit controuer. inter dom. & agnat. vasalli, non rectè intellecto, plurimi interpretum eo in loco tradiderunt, posse filium vti iure retractus patre viuente: A quibus tamen recessit Baro Schenck. in suis commentarijs, nec non Pistorius quæst. iuris, lib. 2. par. 1. q. 13. eo fundamento nixus, quòd filius nec viuente, nec mortuo patre feudum reuocare valeat. quod sanè infirmum esse patet ex dictis in præcedente capite. Cæterùm præfatus Baro Schenck ita ratiocinatur. *Vnde obsecro viuente patre filijs nummi & pecunia, quibus hoc precium emptori refundãt? non enim semper castrense, vel quasi castrense peculium liberi possident.*
C *Item cùm filij in patria consistant potestate, quomodo eis hanc reuocationem facere integrum erit viuo patre? Quantam porrò existimes inter patrem liberosq́; exorituram contentionem, aut si forte colludant, quàm futuris indecorum, si quod hodie cum domini consensu alienauit pater, id protinus in irritum filij reuocare voluerint. contra l. Ea quæ à patre. C. de restit. milit.*

Ego puto verissimam esse hanc sententiam, quæ negat filios vti posse iure retractus. Primò, quia nullus ex iure feudali locus proferri potest, ex quo istud ius competere filijs demonstrari possit: Nam quod attinet ad dictum c. Titius. ibi non agitur de filijs reuocantibus feudum alienatum mortuo vel viuente patre, sed de agnato, vt suprà latè explicauimus, cap. 9.

Secundò, quia in eodem c. Titius. habetur, agnatum posse feudum soluto precio reuocare ex iure retractus, etiam filijs extantibus, ex quo intelligi potest, filijs id ius non competere, quia alioqui agnatus tanquam remotior
D in gradu excluderetur.

Tertiò, quia si ad ius commune recurramus, quod seruatur in feudis, vbi deficit ius feudorum, cap. 1. de feudi cogn. constat non competere ius retractus ex l. Dudum. C. de contrah. empt.

Quartò, nam in hoc aperta est ratio differentiæ ac diuersitatis inter filios & agnatos. Etenim agnatis competit ius retractus, quia ipsi eodem precio, quod ab alijs offertur, possunt à principio feudum emere, aut certè redimere eodẽ precio restituto, c. 1. §. vlt. qualiter olim feud. poterat alien. c. 1. §. Sed & res. per quos fiat inuest. sed filij non possunt. Nam inter patrem & filium emptio & venditio non consistit, præterquam in castrensibus. l. 2. ff. de contrah. empt.

Igitur nisi filius pecuniam habuerit castrensem, vel quasi, emere non poterit. Nam si profectitiam habeat, illa est patris, quia in profectitijs nihil immutatum est, si verò aduentitiam, illius administratio, & vsusfructus

ad patrem fpectat. l. 1. C. de bonis mater. confeqnenter A non pôt eo authore contractus fieri. l. 1. ff. de autho. tuto.

Quòd fi filius emancipatus fit, vel pecuniam habeat caftrenfem, vel quafi caftrenfem, hæ quidem rationes ceffant, veruntamen non crediderim ei concedendum effe ius retractus abfque iuris feudalis authoritate: Eft enim hæc res ftrictè potius quàm latè interpretanda, quoniam iuris regulis maximè aduerfatur ius retractus. d. l. Dudum. C. de contrah. empt.

CAPVT XX.

Publicatis bonis vafalli propter delictum ab eo commiffum, vtrum feudum publicetur.

INfignis controuerfia eft. Vafallus delictum commifit, propter quod eius bona, fiue ex iure communi, fiue ex ftatuto confifcāda funt, vtrum feudum confifcari debeat. Variæ fue- B runt noftrorum interpretum fnīæ. Prima fuit, feudum confifcari, quantum ad vtile dominium vafalli. Sed quia fifcus illud retinere non poteft, nec enim expedit domino feudi habere principem in vafallum: nec etiam id decet, idcirco feudum vendendum effe, & principem, fiue fifcum partem precij pro æftimatione vtilis dominij cõfequi debere, dominum verò feudi alteram partem pro æftimatione directi dominij, aut vtile feudi dominium vendendum effe alicui, qui velit & poffit feruire domino ipfius feudi. Ita docuit Spec. in tit. de feudis. §. Quoniam, quæft. 40. Eiufdem fententiæ alios commemorat Marcus Antonius Peregrinus, de iure & priuilegijs fifci, lib. 5. tit. 1. nu. 110. verf. Sciendum tamen eft. vbi citat Socinum feniorem, & Socinum iuniorem, in aliquibus confilijs nihil hac de re dicentes, quantum mihi videre licuit accuratè quærenti.

Sed huius fententiæ nullum fundamentum inuenio. Nam text. in l. Si finita. §. Si de vectigalibus. ff. de damno infecto, quem Speculator adducit, nihil commune C cum quæftione noftra habet.

Secunda eft opinio, feudū hoc in cafu confifcari, quantum ad commoda & fructus, qui ex eo percipiuntur, vt fcilicet ad fifcum pertineant, donec vafallus vixerit: ita docuerunt Albertus Gandinus, & Guido Suzarius, quos refert & fequitur Albericus in 3. par. ftatutorum, q. 16. & in Authen. Item fi dominus temporalis. C. de hæreticis. Baldus in c. 1. §. fi. in fine. Per quos fiat inueftitura. Afflictus decif. 282. nu. 14. Boerius decif. 264. Ægidius Bellamera decif. 725. Peregrinus vbi fuprà, nu. 115.

Fundm̄ eft primò, in l. Statius Florus. §. Cornelio Felici. ff. de iure fifci. Secundò in l. Si poftulauerit §. Iubet. ff. ad leg. Iul. de Adult. vbi in vfufructuario ita conftitutum eft, *vt vfusfructus percepto ad publicum incipiat pertinere*. Tertiò, in c. 1. §. vlt. de capitulis Corradi. ibi *Eo vrmente, &c. ad regem pertineat*. Quartò, quia id videtur rationi confonum, quandoquidem refpub. læfa eft ex delicto vafalli, vt princeps pœnę commodum confequatur. D

Sed hoc fundamentum re vera non eft folidum, quia leges allegatæ nõ loquuntur de feudo, fed de alijs rebus, quas certum eft confifcari poffe propter delictum poffefforis: tunc enim ratio poftulat, vt apud fifcum tamdiu maneant, quamdiu apud ipfum delinquentem manfiffent, fed non loquuntur de feudo, quod ob certas quidem caufas amittitur, fed vtrum amittatur propter omne delictum, ob quod bona confifcantur, valde dubium & incertum eft: Et text in d. c. 1. §. vlt. de Capit. Corrad. loquitur quandn vafallus feudum amifit propter culpam fuam, vt patet ibi. *Ipfum propter fuam culpam perdat, &c.* Ratio denique illa locum habet, in alijs rebus, quas certum eft confifcari ob delictum, non in feudo, quod ex certis duntaxat caufis amitti poteft.

Tertia eft fententia, diftinguēdum effe, vtrum bonorum confifcatio fiat propter delictum, ob quòd vafallus etiam feudo priuatur, & tunc feudum ad agnatos pertineat, vel ad dominum fecundum iura feudalia; an verò propter aliud delictum, & tunc ad fifcum peruenire debeat, & apud eum manere donec vixerit vafallus. Ita poft Iferniam docuit Martinus Frecia de authoritate & poteftate Baronis, lib. 2. authorit. 29. fequitur Hartmanus Piftorius, quæft. iuris, lib. 2. parte 1. quæft. 15. nu. 8.

Fundamentum eft, quia hoc pofteriore cafu vafallus feudum non amittit, ergo ius quod ipfe habet, ad fifcum, qui in omnia eius iura fuccedit, ex generali bonorū confifcatione pertinere debet. Exemplum adferunt de vfufructu, quem pater habet bonorum filij. Nam fi patris bona confifcata funt, eam ob caufam ex qua etiam patria poteftas amittitur, tunc fifcus in vfufructu non fuccedit. Si verò eam ob caufam, quæ patriam non aufert poteftatem, bona fint confifcata, tunc fifcus in eo vfufructu fuccedit, eodemque iure vtitur, quo pater vteretur, ita Salicetus in l. Si quis poft. C. de bonis damnator. de quo Alexander latè in l. Si finita. §. Si de vectigalibus, nu. 51. ff. de damno infecto.

Sed hoc fundamentum valde eft infirmum. Nam illa confequentia non eft bona. Vafallus hoc in cafu feudum non amittit, ergo ad fifcum tranfit. Imò verò dicendum eft, fi vafallus feudum non amittit, quia videlicet nõ cõmifit culpam propter quam feudo priuari debeat, ipfum retinere feudum, non autem ad fifcum tranfire: licet em̄ reliqua bona confifcari debeant propter vafalli delictū, non tamen fequitur, feudum confifcari, quia aliter iure cautum eft de feudo, aliter de cæteris rebus. De feudo cautum eft, vt ob certas caufas amitti debeat. toto tit. quib. mod. feud. amittatur. & tit. quæ fuerit prima caufa benef. amitten. & alibi, Ergo extra dictas caufas nõ amittetur, licet cætera bona amittantur ob delictum, propter quod bona publicari debēt. Quare non pertinet ad rem esemplum quod affertur de vfufructu, quia vfusfructus quem pater habet in bonis aduentitijs filij, eodem iure cenfetur, quo cæteræ res, quæ in confifcationem bonorum veniunt.

Quarta eft fententia, feudū confifcari, quoties ita conceffum eft vafallo, vt etiam ad hæredes extraneos peruenire poffit, Ita docuit Boffius tit. de bonor. publicatione, nu. 5. vbi tamen dicit, hoc procedere donec durat vita delinquentis: fed tamen abfolutè hoc in cafu confifcari, etiam poft mortem delinquentis, refpondit Crauetta in conf. 128. nu. 7. Eandem fnīam, quod feudum veniat in publicatione bonorum, quando ad hæredes extraneos tranfire poteft, amplexi funt Iacopinus in verf. dictique vafalli promiferunt non cõmittere feloniam, nu. 61. Curtius iunior conf. 4. nu. 20. Roland. à Valle. conf. 29. nu. 17. lib. 3. Menoch. de recup. poffeff. remedio 9. nu. 251. Profper Farinac. lib. 1. q. crim. q. 25. nu. 71. verf. Vnde fecus.

Fundamentum eft, quia fifcus habetur loco extranei hæredis. l. 2. C. ad l. Iul. de vi. l. j. C. de bonis libert l. Eorū. ff. ad l. Iul. Maieft. Ex quo regula hæc conficitur, Ea quæ ad extraneos hæredes peruenire poffunt, etiam ad fifcū tranfire. latè Farinacius loco proximè annotato, nu. 51.

Sed vt liberè dicā id quod fentio, nullius momēti hoc fundamentum mihi vr̄, quia licet feudum ita fit conceffum, vt ad quofcunque tranfire poffit, non tamen fuam in reliquis naturam amittit: præfertim quantū ad caufas quibus amittit. ita docet text. in c. de feudo non habente propriam naturam feudi. in illis verbis: *Licet propriā feudi naturam non habeat, iure tamen feudi cenfebitur, vt ex ijs caufis ipfum amittat quibus & verum feudum.*

Hoc ita pofito, ego fic argumentor. Si feudū ita conceffum, vt ad extraneos hæredes tranfire poffit, iure feudi nihilominus cenfet, & non amittitur nifi ex ijs caufis quibus verū feudum amittitur, ergo nõ ftatim dicendū eft, tale feudum ad fifcum tranfire propter delictum vafalli, cuius caufa bona eius publicata funt. Ratio eft, quia fieri pôt, ut eiufmodi delictū non fit iufta caufa amiffionis feudi: Et dato quod fit iufta caufa amiffionis feudi, quia

quia iure feudi censetur, sicut verum feudum non transibit ad fiscum, sed ad eos, ad quos feudū pertinet, quòd vasallus propter culpam amisit.

Quinta igitur est opinio, quæ mihi verissima videtur, feudum non pertinere ad fiscum publicatis bonis vasalli propter delictum, sed ad dominum, vel ad agnatos pertinere; addo ego, & aliquando ad ipsum vasallum. Ita docuerunt Bartolus, Castrensis, Imola, Alexand. & cæteri ad l. Si finita. §. Si de vectigalibus. ff. de damno infecto. Decius in cons. 252. Clarus §. Feudum. quæst. 84. Rolandus à Valle cons. 1. num. 31. lib. 3. alios citat Farinacius d. quæst. 25. nu. 62. & nu. 68.

Fundamentum est firmissimum hoc, sententia mea. Nam aut tale delictum vasallus cōmittit, propter quod non priuatur feudo, & tunc nulla est ratio, cur feudum ipse non retineat, si videlicet domino seruitium præstare possit, vel per se, vel per substitutum, vt declarat Alexander in d. § De vectigalibus. nu. 26. & post eum Ruinus cons 23. nume. 31. lib. 5. Nec enim rectè infertur, vt etiam superius dixi, ex eo, quòd fiscus ex publicatione bonorum succedit in delinquentis iura, etiam succedere in feudo, quia licet vasallus cętera bona amittat propter delictum, nō tamen feudum amittit, nisi tale sit delictum, quod inter causas numeretur, quibus feudum amittitur. Si non sit tale delictum propter quod feudum amittitur, ergo illud vasallus retinet, non fiscus: alioqui propter illud delictum amitteretur, propter quod de iure amitti non potest, quod repugnantiam quandam atque absurditatem continere videtur.

Nec obstat si dicatur, licet delictum non sit caussa immediata amissionis feudi, tamen est caussa publicationis bonorum; qua bonorum publicatione, veluti vniuersitate quadam, etiam feudum contineri videtur; quia multa cum vniuersitate transeunt, quæ alias non transirent. Nam respondetur, caussam quidem publicationis bonorum esse delictum, sed non feudi, sicut aliorum bonorū confiscationem inducere: Et in generali bonorum dispositione feudum non contineri. c. 1. § In generali. si de feudo defuncti conten. fuerit inter do. & agna. vasalli, laudè Dom. meus Cephalus cons. 29. nume. 12. lib. 1. Roland. à Valle cons. 39. lib. 3. Deniq; leges, quę bonorum publicationem inducunt, nequaquam pertinere ad feuda posse, quia suis legibus reguntur feuda, nō iure communi; consequenter cum bonorum vniuersitate, feuda, hoc in casu in fiscum transire non possunt.

Aut verò tale est delictum à vasallo perpetratum, ob quod feudū secundùm ipsas leges feudales amittere debet; & tunc cùm eisdem legibus cautum sit, ad quos feudum peruenire debeat, rectè infertur ad eos pertinere, nō autem ad fiscum. Porrò alijs feudum applicari, quàm fisco, vasallo culpam committēte, propter quam feudum amittere debeat, palam est, ex c. 1. Si vasallus feudo priuetur cui deferatur. c. 1. §. vlt. quæ fuerit prima causa ben. amitten. ex c. 1. an ille qui interfecit fratrem domini sui, & alijs in locis. Atque ita sentio: sed melius sentientis iudicio me submitto.

CAPVT XXI.

Quomodo accipiendum quod dicitur, vasallo delinquente extra personam domini, feudum ad agnatos pertinere, an pertineat ad eos tantùm qui sunt in quarto vel vlteriori gradu?

FEudum ad agnatos pertinere vasallo delinquēte extra personam domini, ita vt feudo priuandus sit, extra omnem controuersiam est. Sed variæ sunt sententiæ, quomodo id accipiendum sit, id est, vtrum ad eos duntaxat agnatos pertineat, q sunt in quarto vel vlteriori gradu, an verò, etiam ad eos qui sunt in proximiori, puta se-

A cundo vel tertio. Etenim authores sunt multi ijque grauissimi, ad eos solùm pertinere qui sunt quarto vel vlteriori gradu agnationis coniuncti. Ita censuerunt Iacobus Beluisius & Baldus, & D. Baro Schenck in c. Si vasallus culpam. tit. si de feudo defuncti cōtentio sit. Iacopinus à S. Georgio in inuestitura feudali, vers. *Dictiq; vasalli promiserunt*. nu 53 Curtius iunior de feudis, par. 5. num 10. vers. *Tertia principalis conclusio*. Zasius in Epitome de feudis, par. 12 nume. 103. 104. & sequentibus. Franciscus Duarenus de Feudis, c. 17. num. 3. Sonsbecius in vsus feudorum, par. 13. num. 8. vers. *Secunda regula generalis*. Clarus §. Feudorum. q. 66. Ruinus cons. 23. num. 32. lib. 5. Rubeus cons. 76. nu. 3. Socinus iunior cons. 68. nu 28. lib. 3. Alciatus cons. 180. num. 4. Alexander de Neuo cons. 98. nu. 18. Berous cons. 77. num. 7. lib. 1. Menochius cons. 99. nu. 147. lib. 1. Bursatus cons. 148 nu. 7.

Sed contrarium respondit Aluarotus in c. 1. §. vlt quæ fuerit prima caussa beneficij amitten. conclus. 12. quem
B sequitur ibi Pręposítus col 4. & nonnulli alij, quos refert & probat Pistorius quæstionum iuris lib. 2. parte 1. q. 35. nu. 12. cum pluribus sequentibus. Isti responderunt, feudum ad proximiorem agnatum pertinere, nulla quarti gradus restrictione facta.

Prioris sententiæ argum. hæc sunt. Primum ex c. 1. §. Si vasallus. Si de feudo defuncti contentio sit inter do. & agna. vasalli, vbi tex. ita dicit: *Si vasallus culpam commisit, propter quam feudum amittere debeat, neque filius, neque eius descendentes ad id feudum reuocabuntur, sed agnati, qui quarto gradu sunt, dummodo ad eos perueniat*.

Secūdum est ex c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Verba hæc sunt: *Vasalli delinquentis feudum licet ad agnatos quandoq; pertineat, filius tamen ad id nullatenus aspirabit, nisi id iterum a domino licitè acquirat, sibi gratiam faciente, verbi gratia, si non sunt alij ex latere, quibus aperiatur, ad eius petitionem admittuntur, qui quarto gradu sunt remoti ab eo, qui illud acquisiuit, & etiam vs-*
C *que in infinitum, dum tamen hoc constet, ab eo per masculos descendisse.*

Tertium argumentum est ex ratione petitum. Nam agnati, qui intra quartum gradū sunt, quantò proximiores, tantò magis similes vasallo delinquenti præsumuntur, argum. l. Quisquis C. ad legem Iuliam Maiest. l. Quod si nolit. §. Qui mancipia. ff. de ædil. Edi. quæ suspicio non ita remotiores attingere videtur, ac proinde illi à feudo submouendi sunt, qui proximiores sunt, remotiores autem admittendi.

Posterioris autem sententiæ fundamētum est primò in c. 1. An ille, qui interfecit fratrem domini sui, in illis verbis: *Quia tamen erga dominum non fuerit facta* (scilicet felonia) *ad agnatum proximiorem feudum pertinebit, si paternum fuerit, eodem prorsus obseruando, quantum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus*. Secundò in c. 1. §. vlt. quæ fuerit prima causa beneficij amittendi, in illis
D verbis: *Si verò non in dominum, sed alias grauiter deliquerit, vel graue quid commiserit, sicut ille, qui fratrem suum interfecit, vel aliud graue crimen (quod parricidij appellatione continetur) commiserit, feudum amittit, & non ad dominum, sed ad proximos pertinet, si tamen beneficium fuerit paternum, sic enim sæpe pronunciatum scio*. Tertiò, in ratione ista, quia videtur iniquum esse, vt agnati, quibus ius quæsitum est, propter delictum vasalli damnum patiantur. Nemo enim odio & delicto alterius prægrauari debet. l. Crimen. ff. de pœnis. l. Sancimus. C. eod. tit. l. Tutorem. ff. de his quib. vt indig. l. Non debet. de reg. iur.

His argumentis respondent prioris sententiæ authores, textus feudales, qui proferuntur pro posteriori sententia, ex alijs textibus declarandos esse, qui adferuntur pro confirmatione prioris sententiæ, vt nimirum proximiores, siue proximi in hoc proposito intelligantur, qui sunt in quarto, vel vlteriori gradu.

Quæ responsio repugnat verborum naturæ. l. 1. §. Proximus. ff. Vnde cognati. l. Proximus. de verb. sig.

Sed

Sed & ad prioris sententiæ argumenta respondetur, non hunc esse sensum textuum, qui adferuntur, vt ij duntaxat agnati hoc in casu admittantur, qui sunt in quarto, vel vlteriori gradu; sed quod attinet ad textum in d. §. Si vasallus, sensus est, agnatos vsque ad quartum gradū admitti, quia vlteriores olim non admittebantur, vt patet ex c. 1. §. Hoc quoque, de success. feud. & ex c. 1. §. Hoc quoque, qui feudum dare possunt. Quod verò attinet ad textum in c. 1. Si vasallus feudo priuetur, & c. Sensus est, admittit eos, qui sunt in quarto gradu, & etiam vsque in infinitum; non quia ij qui sunt in proximiori gradu excludantur; sed vt determinetur vsque ad quem gradum agnati admittantur; & textus dicit vsque in infinitum.

Et quod maximè obseruandum est, non dicit textus eos admitti, qui sunt in quarto gradu coniuncti vasallo, qui delictum commisit, sed ei, qui feudum acquisiuit; ex quo fieri potest, vt à Vasallo delinquente, nō distet quarto gradu, sed alio proximiori gradu; ex quo tota ratio prioris sententiæ euanescit.

Ego video hanc litem ortam esse partim ex repugnātia textuum feudaliū, partim ex obscuritate. Quid enim magis repugnat, quàm agnatos admitti, qui sunt in quarto gradu. Item admitti vsque in infinitum? Aut quid magis obscurum esse potest, quàm dicere, agnatos admitti, qui sunt in quarto gradu remoti ab eo, qui feudum acquisiuit, siue sensus sit, eos qui sunt in proximiori gradu nō admitti, siue sensus ille sit, admitti vsque ad quartum gradum? Priorem sensum si author habuisset, id debebat exprimere, addita distinctione exclusiua eorum, qui sunt in propinquiori gradu: Si posteriorem, illa dictio *vsque* adijcienda fuerat, hoc modo, agnati admittuntur vsque in quartum gradum.

In hac igitur obscuritate & repugnantia, mihi magis placet eorum sententia, qui agnatos admittendos putant vsque in quartum gradum, ita tamen vt non excludantur qui sunt in secundo, siue in tertio, nec qui sunt vasallo proximiores; atque adeò posterior sententia mihi magis probatur.

Primò, quia textus quibus nititur, sunt magis clari & perspicui, ac proinde æquius est obscuriores ex illis declarari, quàm è contrario.

Secundò, quia responsio, quę adfertur, textibus istis posterioris sententiæ non est satis idonea, cùm verborū naturæ & significationi minus consentanea sit.

Tertiò, quia prioris sententię textus sans obscuri sunt, & non incommodè ita accipi & interpretari possunt, sicut authores posterioris sententię eos interpretantur.

Quartò, quoniam hæc posterior sententia magis rationi consonat, & æquitati. Quid enim magis iniquum & contra iuris rationem esse potest, quàm propter culpam & delictum vasalli alios excludere innoxios? Auferre illis ius quęsitum ex antiquis inuestituris? Vocare remotiores exclusis propinquioribus? Alia est ratio in crimine læsę maiestatis, vbi meritò in filijs delinquentis exempla metuuntur paterni sceleris, vt in l. Quisquis. C. ad legem Iuliam Maiest. Sed quid, quæso, hoc cum agnatis? ad quos nec ipsum læsę maiestatis crimen vindictam extendit suam?

CAPVT XXII.

Vasallo delictum committente aduersus dominum, cui feudum aperiatur, domino an agnatis?

CVm vasallus in dominum delinquit, & propterea priuandus est feudo, disputari solet, cui feudum aperiatur, atque applicetur. Et quantum mihi diligenter inquirenti intelligere licet, tres existunt Doctorum sententię. Prima, domino feudū aperiri. Secunda, ad agnatos pertinere. Tertia, feudū pertinere quidem ad dominum, donec vasallus vixerit, qui eū offendit, cęterùm defuncto vasallo feudū agnatis restituendum fore, & ad eos spectare. Primò, authores adferemus. Secundò, argumenta. Tertiò, quæ sententia nobis videatur magis consona veritati adijciemus.

A Priorem sententiam amplexi sunt. Gloss. in cap. vlt. in verbo *ad proximos*, q̄ fuerit prima caussa beneficij amitten & alibi, Iacobus Beluisius & Baldus in d. c. vlt. Iacopinus in Inuestitura feudali in verb. *Dictiq; vasalli promi ferunt*, nu. 58. Curt. iun. de feudis, par. 5. nu. 2. vers. Prima itaque erit conclusio. Zasius de feudis, par. 10. vers. 4. cōclusio. Duarenus de feudis, cap. 17. num. 2. Sonsbecius de feudis, par. 12. nu. 1. Alexander in consi. 30. num. 9. lib. 6. Ioan. de Anania consi. 32. nu. 5. Decius consi. 544. nu. 30. Gozadinus consi. 84. nu. 3. Rubeus consi. 76. nu. 4 Parisius consi. 21. nu. 52 lib. 1. Gratus consi. 2. num. 15. lib. 1. Socinus iunior consi. 168. nu. 126. lib. 3. Berous cōsi. 144. num. 28. & 58. lib. 1. Menochius consi. 99. num. 144. lib. 1. Bursatus consi. 148. nu. 9.

B Secundę autem opinionis authores sunt Gloss. in cap. 1. in §. Hoc quoque, vers. partem suam, de success. feudi, & in cap. 1. si vasallus feudo priuetur, in fine. Hostiensis in summa. tit. de feudis. Isernia in c. 1. §. Denique, nu. 49. quæ fuerit prima caussa benef. amitten. & in c. Imperialem. §. Firmiter, nu. 30. de prohibita feudi alien. per Fridericum, & in c. 1. nu. 4. de capitulis Corradi. Clarus in §. Feudum, quæst. 66. vers. *Sed si feudum.*

Tertiæ opinionis authores sunt Isernia in c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Iacobus Ardizo. de feudis, cap. 135. vers. *Ita sciendum est.* Afflictus in d. c. vlt. quę fuerit prima causa benef. amitten. nu. 2. & in c. 1. nu. 6. Si vasallus feudo priuetur. Baldus in l. lege 12. tabularum. C. de legiti hęred. Marinus Frecia de authoritate & potestate Baronis, authoritate 29. nu. 1. Cuiacius de feudis, lib. 3. tit. 2. & lib. 4. tit. 78. Crauetta consi. 859. nu. 13. lib. 5. Pistorius alios citans, & hanc sententiam latè desendēs quæstionum iuris, lib. 2. parte 1. quæst. 15. num. 32. vsque

C ad finem. Menochius consi. 304. num. 35. lib. 4. & 534. num. 14. lib. 6.

Fundamentum prioris sententiæ positum est in duobus textibus, qui hoc expressè dicere videntur. Primus est in c. 1. §. vlt. quę fuerit prima causa benef. amitten. verba hæc sunt: *Denique sæpe quæsitum est, vasallo propter suam culpam à feudo cadente, vtrum ad dominum, an ad successorem vasalli beneficium pertineat, sed hac distinctio tam ratione, quam moribus comprobata est, vt siquidem vasallus in dominum peccauerit, vt feudum amittere debeat, non ad proximos, sed ad dominum beneficium reuertatur, vt hanc saltem habeat suæ iniuriæ vltionem.*

Alter locus est in c. 1. an ille, qui interfecit fratrē domini sui, in illis verbis: *Cùm autem ad dominum respicit felonia, tunc feudum domino aperitur.*

Fundamentū autē secūdę opinionis positū est in ijs locis, quibus dicitur, vasallo culpam committente, propter quā feudo priuari debeat, feudū ad agnatos pertinere. c. 1.

D si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Itē, quia iniustū esset, vt agnati, quibus ius quęsitū est, feudo priuarētur ex delicto vasalli: siquidē culpa & pœna suos obligat authores. l. sancimus. C. de pœnis, & alter ex alterius delicto pregrauari non debet. l. Nō debet de reg. iu. Ergo ad textus, qui pro priori snia adferuntur, rńdent, hoc modo, videlicet, textum in d. c. 1. §. vlt. quę fuerit prima causa benef. amitten. accipiendū esse de filijs vasalli delinquētis, vt scilicet sensus sit, feudū nō pertinere ad proximos, id est, ad filios vasalli: q̄m in filijs metuūtur exēpla paterni sceleris, & ideo eos nō posse ad feudum aspirare inquit tex. in c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Quòd verò attinet ad textū in c. 1. An ille, qui interfecit fratrem dn̄i sui, illū accipiendū esse docent, deficientibus agnatis, vt. sensus sit, feudum domino aperiri, si nulli extent agnati.

Tertiæ denique opinionis argumēta hęc sunt. Primū est, quoniam agnatis nocere non debet culpa vasalli, vt iam dictum est; & ideo post mortem vasalli, qui culpam commisit, meritò feudum ad eos pertinet, qui post vasallum

ſum ex inueſtituris ſunt vocati. Interea verò, cum vaſallus vixerit, dominus feudum retinebit in vltionem iniuriæ ſuæ; Et hoc modo accipienda ſunt illa iuris feudalis loca, quibus dicitur, feudum domino aperiri, *vt hanc ſaltem habeat ſuæ iniuriæ vltionem*. Hęc enim verba *hanc ſaltem, &c.* ſignificare videntur vltionem aliquam, non autem magnam, qualis eſſet, ſi etiam agnati, qui non deliquerunt, excluderentur. Et eadem hæc ratio, vt hanc ſaltem vltionem dominus habeat ſuæ iniuriæ, attingit ipſum vaſallum delinquentem, non autem agnatos, qui nihil peccarunt; Ergo ne agnati damnum iniuſtè patiantur, ita hanc rem interpretari debemus, vt feudum poſt vaſalli mortem ad agnatos pertineat.

Præſertim, quia nullibi expreſſim dicitur, agnatos iure ſuo priuari. Ergo priuatio non eſt à nobis inducenda. argum. §. Cùm igitur, in Authent. de non eligendo ſecundo nuben.

Secundũ argumentũ eſt ex l. Statius florus. §. Cornelio felici. ff. de iure fiſci, & ex l. Cùm pater. §. Hæreditatē. de leg. 2. Sicut enim res reſtitutioni ex fideicõmiſſo ſubiecta manet interim apud fiſcũ, donec viuit grauatus, qui delictũ cõmiſit; ita etiã de feudo videtur eſſe ſtatuendũ; quia poſt vaſalli delinquentis mortē agnatis reſtituēdũ eſt. Etenim etiam in feudis iuris cõmunis deciſiones locũ habent, vbi deficit ius feudorum. c. 1. de feudi cogni.

Tertium argumentum ſumitur ex c. vlt. de capitulis Corradi, vbi text. ita dicit: *Item, ſi clericus veluti Epiſcopus, Abbas, beneficium habens à Rege datum non ſolummodo perſonæ, ſed Eccleſiæ, ipſum propter ſuam culpam perdat, eo viuente, & Eccleſiaſticum beneficium vel honorem habente, ad Regem pertineat: Poſt mortem verò eius ad ſucceſſorem reuertatur.*

Quartum argumentum ſumitur ex aliquibus capitulis extraordinarijs feudorum, quæ ſunt apud Cuiacium, lib. 4. tit. 78. & 79.

Mihi prior ſententia magis probatur. Primò, quia nititur textibus valdè perſpicuis, vt patet. Secundò, quia dicti textus aliam interpretationē recipere non poſſunt, quàm hanc, vt feudum liberè ad dominum reuertatur, & abſolutè. Hoc patet ex eo, quòd textus illi negant ad proximos feudum pertinere: ſi enim ſaltem poſt vaſalli mortem pertineret ad agnatos, non rectè diceretur ad proximos nõ pertinere, imò pertineret, vt patet. Quòd ſanè textus illi nõ reticuiſſent, quia ex profeſſo declarãt, ad quos feudũ deuoluantur, vaſallo culpã committente, diſtinctione adhibita, vt ex eis patet. Hoc autē erat potiſſimum diſtinctionis membrũ, & nullo modo omittendum, ſcilicet feudum vaſallo defuncto ad agnatos redire.

Tertiò, quia hæc ſententia eſt communior, vt conſtare poteſt ex authoribus, qui eam ſecuti ſunt, & cùm habeat tam bonum fundamentum in textibus prædictis, videtur certè præferenda alijs opinionibus, quę nullo ſatis firmo nituntur fundamento.

Etenim quod attinet ad fundamentum ſecundæ opinionis, ex textibus, qui dicunt, vaſallo culpam committente, propter quam feudo priuari debeat, feudũ ad agnatos pertinere, illud eſt valde infirmum; quoniam textus illi declarandi & interpretandi ſunt ex alijs textibus, qui diſtinguunt, vtrum vaſallus in dominum peccauerit, vel in alios, vt priore caſu feudum domino aperiatur, poſteriore autem agnatis.

Interpretatio verò, quæ adfertur ad tex. in cap. 1. §. vlt. quæ fuerit prima cauſa benef. amittendi, nullius eſt momenti, quia text. negat feudum ad proximos pertinere: Et proximi ſunt quos nullus antecedit. l. 1. §. Proximus. ff. Vnde cogn. l. Proximus, de verb. ſign. & conſequenter ſiue ſint filij, ſiue agnati, dicuntur proximi: Ergo cùm proximi excludantur, cenſentur excluſi omnes agnati & ſucceſſores, qui alioqui feudum obtinerent.

Quæ verò adfertur interpretatio ad text. in c. 1. An ille qui interfecit fratrem domini ſui, &c. nimirum, accipiendum eſſe, deficientibus agnatis, prorſus eſt inepta,

A quoniam tex. ille duos caſus continet. Primus eſt, quando felonia à vaſallo commiſſa dominum non reſpicit; tũc ait feudum ad proximiorem agnatum pertinere. Alter caſus eſt, quando felonia reſpicit dominum, & tunc dicit, feudum domino aperiri: ex quo colligitur, feudum hoc ſecundo caſu non pertinere ad agnatos, etiam ſi extent, ſed ad dominum. Et cùm ex hoc textu agnati excludãtur hoc in caſu, hinc etiam apparet *proximos* & ſucceſſores, quorum fit in hoc propoſito mentio in d. §. vlt. quæ fuerit prima cauſa benef. amittendi, accipiēdos eſſe tam pro filijs, quàm etiam pro agnatis proximioribus, qui ſcilicet alioqui ſuccederent in ipſo feudo.

Quod verò dicitur iniquum eſſe, agnatos excludi propter culpam alterius, nimirum vaſalli, ſine dubio verum eſt regulariter, ſed in feudis obſeruandum eſt, id locum non habere. Nam filij vaſalli excluduntur propter culpã parentis etiam in alios commiſſam, quàm in dominum: & tamen nemo dixerit iuſtum id eſſe, & æquitatis rationi
B ni conſentaneam, aut iuris regulis, ſi quidem id tantummodò cõſtitutum eſt in crimine læſæ maieſtatis. l. Quiſquis. §. Filij. C. ad leg. Iul. Maieſt. ſed ſcilicet in feudis hęc ita conſtituta ſunt, ſpeciali quadam ratione: & omiſſis filijs: quantum ad agnatos, & alios proximiores, qui excluduntur ob culpam à vaſallo commiſſam in dominũ ſuũ, ratio adfertur illa, *vt hanc ſaltem vltionem ſuę iniurię dominus habeat*. Nam cùm vaſallus ei maximè adſtrictus ſit fidelitatis iuramento, illa tacita cõditio ineſſe videtur feudi conceſſioni, & beneficio, vt vaſallus fidelis ſit, & nullæ ingratitudinis cauſam committat. Quod ſi commiſerit, feudum amittat.

Quod ſi hæc pœna vaſalli, & delictum iſtud etiã alijs, nimirum proximis ſucceſſoribus noceat, id verò ſpectari non debet, nec abſurdum videri: quoniam hæc eſt natura feudi: & ſicut vaſallus ille dominum offendit, aut feloniam commiſit, ſic iuſtè timeri poteſt, ne cæteri etiam ſucceſſores & proximi agnati illum imitentur: Et ius a-
C gnatis quæſitum quidem eſt ad feudum obtinēdum, ſed non abſolutè & ſimpliciter, verùm iuxta naturam feudi, & regulas, & obligationes eius, quæ ſunt iſtæ, vt certis ex cauſis feudum amittatur, & ad dominum reuertatur, qualis eſt cauſa de qua nunc agitur.

Ad argumenta verò tertiæ opinionis ita reſpondeo, ad primum non obſtare illud, quod dicitur abſurdum & iniquum eſſe, vt agnati excludantur propter culpam vaſalli; quia vt iam dictum eſt, illud ſpeciali quadam ratione in feudis non reputatur abſurdum ac iniquum. Deinde non eſſe ſatis idoneam illam interpretationem, quæ adfertur ad textum in ca. primo. §. vltimo, quæ fuerit prima cauſa benef. amitten. vt nimirum, dominus hanc ſaltem habeat vltionem iniuriæ ſibi illatæ, retinendo feudum donec vixerit vaſallus, qui eum offendit, etenim textus dicit, feudum amitti, & ad dominum reuerti, nec addit illam reſtrictionem, ſcilicet donec vaſallus vixerit. Rectè ſanè, quia non diceretur amitti propriè feudum,
D & ad dominum reuerti, ſi dominus illud agnatis reſtituere deberet. Deinde, quia textus negat feudum pertinere ad proximos & ſucceſſores vaſalli: Hæc autem expoſitio contrarium vellet, nimirum pertinere ſaltem poſt mortem vaſalli.

Nec ille modus loquendi, *vt hanc ſaltem vltionem, &c.* dictæ ſuffragatur expoſitioni, quia ſenſus eſt, cùm dominus ſit offenſus, & ſine dubio ex ea offenſione dolorem ſentiat, & moleſtè ferat ſe beneficium ingrato homini contuliſſe, neque eum punire aliter forſan poſſit, ſaltem hanc iniuriæ ſuæ vltionem habere debet, vt feudum ad eum reuertatur: Neque eſt tam magna vltio, ſicut videtur, licet agnati maneant excluſi; quoniam vaſallus ex beneficio commodum ſenſit vſque ad illud tempus, quo culpam commiſit: quod ſanè commodum præteritum, & fructus perceptos ei dominus auferre non poteſt; Nec fortè ipſum feudum æquiualet iniuriæ ipſi domino illatæ, habita ratione qualitatis

eiuſdem

eiusdem domini,& fidelitatis, qua eidem vasallus ei obstrictus erat, & grauitatis offensæ ac iniuriæ.

Ex his patet illud etiam non obstare, quod in argumento dicebatur, agnatos expresse non excludi, imò verò diserte excluduntur, dum ita constitutum est, feudũ non ad agnatos & proximos, sed ad dominum pertinere: Equidem non dicitur, agnatos à successione excludi, etiam post mortem vasalli, id enim tolleret omnem dubitandi ansam, sed dicitur ad agnatos feudum non pertinere, sed ad dominum reuerti, quod sufficit ad hoc, vt intelligantur, agnatos exclusos fore etiam post mortẽ vasalli, quia si post vasalli mortem succederent, illud erat exprimendum, vt dictum est suprà.

Ad fm rñdeo, argumentum non rectè sumi ex dictis legibus, quia in feudis aliter est cõstitutum, vt nimirum feudum ad dominum reuertatur, quoties culpa eum respicit. idque absolutè accipiendum est, ex his quæ superiùs dicta sunt, non autem ad tempus vitæ vasalli.

Ad tertium rñdeo, illum textum qui adfertur, loqui de feudo Ecclesiæ concesso, in quo speciali quadam ratione meritò constitutum est, vt clerico culpam committente, feudum ad successorem pertineat, quia delictũ clerici non debet nocere Ecclesiæ. Adde quod nec textus loquitur quando culpa clerici, qui feudum habet, dominum respicit, licet negari non possit, quin cùm generaliter textus ille loquatur, etiam ad eum casum pertineat, in quo culpa in dominum commissa est: sed, vt dixi, specialis ratio id facit, in eiusmodi feudo, quoniam nõ tantùm clerico, verùm etiam Ecclesiæ concessum est. Et idem in casu nostro huius quæstionis dicendum esset, si feudum æquè principaliter agnatis concessum esset, atq; ipsi vasallo delinquenti (quam vulgò simultaneam inuestituram appellamus) tunc enim viderentur esse diuersi vasalli; vnde factum vnius alijs non noceret, sed nos loquimur, quando feudum antiquum ad vasallum, qui culpam commisit, pertinebat, & post mortem eius ad agnatos & proximos, ordine quodam successorio, vt fit regulariter in feudis, & secundum regulas, & naturam feudorum, non autem cùm agnati sunt principaliter inuestiti, tanquam principales, alijque, & diuersi vasalli à primis vasallis: ita vt in persona cuiusq; videatur quodammodo esse noua concessio, vt declarat Curtius iunior de feudis, parte 5. num. 3. vers. Limitare nunc. & alij, vt per Bursatum cons. 225. nu. 187. lib. 2.

Ad quartum respondeo, capitula illa extraordinaria, esse apocripha, & non loqui de culpa à vasallo in dominum commissa.

CAPVT XXIII.

Delictum vasalli an & quando filijs noceat in feudo.

VAria ac diuersa Iurisconsultorum placita ac responsa de hac quæstione, ad quinque sententias reuocari possunt, quarum quarta & quinta mihi verissimæ videntur, aliæ verò minus ꝓbabiles, minusq; iuri cõsentaneæ.

Prima hæc est, distinguendum esse inter feudum antiquum & nouum; Feudum antiquũ vasallo delinquente, seu culpam committẽte, propter quam priuandus sit, ad filios transit. Nouum verò non æquè, sed in eo patris culpa filijs nocet.

Secunda, distinguendũ esse, vtrũ feudum concessum sit filijs, *vt filijs*, an verò, *vt hæredibus*, primo casu, patris culpa & delictũ filijs non obest, posteriori autem obest.

Tertia, distinguendum esse, vtrum filijs, vt filijs, ius competat ex antiquis inuestituris maiorum suorum, & tunc patris delictum eis nõ noceat, an verò ex ipsius parentis acquisitione, & tunc noceat.

Quarta, distinguendum esse, vtrum vasallus delictum committat, ꝑ quod principaliter feudo priuari debeat, vt puta si contra dominum suum delinquat, vel contra

A conuentionem feudalem aliquid faciat: & hoc in casu delictum vasalli filijs noceat: an verò sit tale delictum, propter quod non debeat principaliter feudo priuari, & hoc in casu vasalli culpa filijs non obsit.

Postrema sententia est, siue delictum sit contra dominum, aut conuentionẽ feudalem, siue aliud delictum, ꝑ quod vasallus ex iure feudali nominatim feudo priuandus est, eo in casu vasalli delictum filijs obesse. Si verò non sit tale delictum, secus: quę sententia ferè eadem est cum quarta, sed tamen dilucidior est & plenior.

Videndi sunt Dynus in c. Non debet aliquis, de reg. iur. lib. 6. Cynus & Salicetus in l. 2. C. de libertis & eor. liber. Bart. in l. Eum qui. ff de interd. & releg. Paulus Castrensis in cons. 311. nu. 3. lib. 1. & in l. Adoptiuum. §. vlt. nu. 4. ff. de in ius vocan. Iacopinus in verbo, *Dicti q. vasalli*, nu. 60. Alex. cons. 30. nu. 4. lib. 6. & in l. Si finita. §. Si de vectigalibus, col. 12. uers. Adde etiam fm Immolam, & ibid. Romanus, nu. 19. Immolensis in c. ex parte, nu.
B 18. de feudis, Curtius senior, cõs. 48. col. antepenult. Ruinus cons. 23. lib. 5. Berous cons. 77. nu. 21. & 78. num. 13. lib. 1. Alex. de Neuo, cons. 91. nu. 6. Zasius de feudis, par. 10. §. *Nunc ad secundum huius tituli caput*. in prima conclus. Clarus, §. Feudum, q. 66. D. meus Cephalus in cons. 241. nu. 77. lib. 1. Rolandus à Valle, cons. 28. nu. 11. & 29. nu. 33. lib. 3. & cons. 1. nu. 30. & cons. 60. num. 3. eod. lib. Bursatus cons. 225. nu. 185. lib. 2. & cons. 148. nu. 6. Sonsbecius de feudis, parte 13. nu. 6. Natta cons. 593. num. 4. Menoch cons. 99. Io. Baptista Feretus cons. 395. num. 5. lib. 2. Pistorius lib. 2. parte 1. quæst. 16.

Prior sententia quæ distinguit inter feudum antiquũ & nouum, ideo uera non est, quia repugnat tex. in c. 1. Si uasallus feudo priuetur, cui deferatur, & in c. 1. §. Si uasallus culpam. si de feudo defuncti cõtentio sit inter do. & agna. defuncti. quibus in locis dicitur, si uasallus culpã commiserit, propter quam feudo priuari debeat, filios ac descendentes eius non admitti, & loquuntur text. citati
C tam de nouo, quàm de antiquo feudo, quod ex eo patet; quia dicunt, *feudum ad agnatos pertinere*, si enim feudũ nouum esset, ad dominum reuerteretur, non autem ad agnatos. neque enim in feudo nouo agnati succedunt, ut notum est.

Secunda autem opinio, quę distinguit utrum feudum sit concessum filijs, *ut filijs*, an uerò, *ut hæredibus*, atque adeò inter feudum, quod uocant ex pacto & prouidentia, & feudum hæreditariũ, ideo uera non est, quia illa distinctio iuri feudali non est satis consentanea, quo uerbum *Heres*, de filio intelligitur, ut dictum est à nobis latiùs suprà hoc eod. lib. cap. 3. Secundò, quia dicti textus non distinguunt, sed absolutè filios excludunt, agnatosque admittunt, ut patet ex d. cap. 1. Si uasallus feudo priuet. ibi. *Filius tamen ad id nullatenus aspirabit, &c.*

Tertia sententia confutatur eisdem rationibus, quoniam textus præallegati loquuntur de feudo, etiam antiquo, & consequenter de eo, ad quod filij ex maiorũ suo-
D rum acquisitionibus ac inuestituris uocantur, & tamen absolutè eos excludunt, ut dictum est.

Quarta denique ac postrema sententia ideo mihi uerissima uidetur, quia iuri feudali & rationi æquitatis consentanea est. Etenim cùm uasallus culpam cõmittat, propter quam feudo priuari debeat, siue illa sit contra dominum, siue contra alios, dummodo sit talis, ob quam ex iure feudali indicta sit pęna priuationis feudi, perspicuum est, filios ad feudum aspirare non posse, ut disertè loquitur text. in d. c. 1. Si uasallus feudo priuet. cui deferatur, & in d. §. Si uasallus culpam.

Si uerò delictum uasalli, siue culpa non sit talis, ut feudo priuari debeat, secundum iura feudalia, tunc alia est ratio: neque enim ad feudales constitutiones eo casu recurrendum est, quoniam non de hoc loquuntur. Sed alia ingrediendum est uia; ista nimirum; si uasalli bona confiscata sint, feudum tamen non confiscabitur, sed ad eos pertinebit, qui post uasalli mortem succedunt, ex iure

compe-

competenti, ex antiquis inueſtituris: Etenim patris delictú non nocet filijs in ijs, quæ filius habet aliunde quàm à patre. l. 3. ff. de interd. & releg. ibi. *Quæ verò nō à patre, ſed à genere, à ciuitate, à rerum natura tribuerentur, ea manere eis incolumia.* l. 1. § vlt. l. 3. §. Si mancipatus. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab. l. Si necem §. Si deportatus ff. de bonis libert. l. Cognouimus, cū Auth. ſeq. C. de hereticis.

CAPVT XXIIII.

Feudum à vaſallo alienatum abſque domini conſenſu, an domino aperiatur vel agnatis.


Xiſtimo feudum, ſiue nouum, ſiue antiquū, à vaſallo alienatum abſque conſenſu domini, liberè domino aperiri, ita vt nulla ratione ad agnatos pertinere poſſit, quanquam non ignoro, de hac quæſtione varijs diſceptatum eſſe ſententijs. Proferam in medium prius argumenta, quibus hæc ſententia liquidò demonſtratur, tum authores eius. Tertiò quid alij ſenſerint. Poſtremò argumenta eorum confutabo.

Quod attinet ad primum: hæc ſententia probatur primò authoritate textus in c. 1. de vaſallo, qui contra Conſtitutionem Lotharij Regis feudum alienauerit: *Si vaſallus (ait textus) contra conſtitutionem Lotharij Regis beneficium alienauerit, ſi totum, perdat totum, ſi partem, partem perdat, & ad dominum reuertatur.*

Secundò, authoritate textus in cap. 1. Quibus modis feudum amittatur, in illis verbis: *Si libellario nomine amplius medietate in feudum dederit, aut pro pignore plus medietate obligauerit, ita vt tranſactum permittat vel dolo hoc egerit, amiſſione feudi mulctabitur.* Et hoc in caſu intelligitur, feudum ad dominum reuerti, ex ijs quę paulò inferius textus ſubijcit, in exemplis amiſſionis feudi, in quibus ſemper feudum ad dominum reuertitur: Et licet non loquatur textus de amiſſione totius feudi, nil refert, quia medietatem feudi antiquo iure vaſallus abſque domini conſenſu poterat alienare, quod poſtea nouo iure immutatum eſt.

Tertiò, authoritate tex. in c. 4. Quid iuris, ſi poſt alienationē feudi vaſallus id recuperauerit, verba hęc ſunt: *Si vaſallus ante conſtitutionem Lotharij Regis feudū alienauerat (quod in quibuſdam curijs pro parte, in quibuſdam pro toto olim licebat) & ipſum poſtea recuperabat, pro feudo ſibi retinebat, hoc eſt, in cauſam feudi recidebat. Hodie autem ſi ipſum alienauerit, ſi quidem illicitè, licet poſtea recuperauerit, tamen penes eum non remanebit, vtpote domino, ad quemcunque peruenerit, apertum.*

Quartò, authoritate c. Imperialem. § Callidis, de prohibita alienatio. feudi per Frideric. ibi. *Pœna authoritate noſtra imminente, vt venditor & emptor, qui tam illicitas alienationes reperti fuerint contraxiſſe, feudum amittant, & ad dominum liberè reuertatur.*

Quintò, authoritate c. 1. § vlt. quæ fuerit prima cauſa benef. amitten. vbi text. ita dicit: *Si vaſallus contra conſtitutionem bonæ memoriæ Lotharij Imperatoris beneficiū alienauerit, quia dominum contemnere videtur, ad dominum beneficium pertineat. Scriptum eſt enim, vt precio ſe cariturum agnoſcat.*

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores, hæc teſtimonia accipienda eſſe de feudo nouo, non autem de feudo antiquo; Itē accipienda de feudo ſimpliciter cōceſſo, non autem de feudo conceſſo alicui pro ſe & filijs, quod appellatur vulgò ex pacto & prouidentia. Nō rectè, quia repugnant verba textuum, quæ generalia ſunt, & omne feudum tam antiquum quàm nouum complectuntur. Repugnat etiam ratio, propter quam feudorū alienatio fuit prohibita, quā adfert tex. in d. c. Imperialem. Etenim illa pertinet ad feuda omnia tā noua, quā etiā antiqua. Denique repugnat rō illa, propter quam feudum vaſallus amittit, illud alienādo abſque conſenſu dñi, quia ſcilicet *dominum contemnere videtur*, illa enim ratio æquè locū ſibi vendicat in feudo antiquo, atque in feudo nouo.

Hanc veriſſimam ſententiam amplexi fuere olim Petrus Ceruotus à Baldo relatus in cap. 1. § vlt. quæ fuerit prima cauſa benef. amitten. Franciſcus Aretinus cōſi. 14. nu. 11. verſ. Venio ad ſecundum. Sonsbecius de feudis, parte 13. num. 78 H. conſilio tertio. Piſtorius lib. 2. p. 1. quæſt. 17. qui declarationem addit, quę mihi non probatur, vt paulò poſt dicam.

Iam quid alij exiſtimauerint paucis explicabo. Prima eſt ſententia eorum, qui dixerūt, feudum hoc in caſu ad filios pertinere, ſi extent, vel ſi nō extent, ad agnatos: ita Glo. in c. 1. §. Hoc quoque, de ſucceſſ. feudi, & ibi Baldus; Iſernia in §. vlt. quę fuerit prima cauſa benef. amitt. & ibidem Aluarotus concl. 26. & Afflictus nu. 7. Iacopinus in inueſtitura feudali verſ. Et cum pacto de non alienādo, nu. 30. Io. Imolenſis in c. Ex parte, nu. 12. de feud. Curt. iunior de feudis, par. 5. nu. 11. verſ. Quarta ſit principalis concluſio. Zaſius in 10. par. nu. 94 & 104. Clarus. §. Feudum. q. 66. Alex. conſi. 30. nu. 17. lib. 1. & conſi. 30. nu. 9. lib. 6 Curt. ſen. conſi. 48 col. antepenult. Ruinus conſi. 7. nu. 12. lib. 1. Decius cōſi. 208. n. 9. & 544. nu. 31. Albertus Brunus cōſ. 36. nu. 3. Gratus cōſi. 2. nu. 15. lib. 1. Marianus Socinus conſi. 77. nu. 121. lib. 1. & 101. nu. 6 lib. 2 & 112. nu. 2. eo. Siluanus conſi. 15. Rolandus à Valle, conſi. 60. nu. 9. lib. 3. Hippolytus Riminald. cōſi. 339. nu 122. lib. 4.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex §. Porrò, qualiter olim feudum poterat alienari: vbi dicitur, feudum alienatum redimi poſſe tam à domino, quàm ab agnato, ſed tamen agnatum domino præferri.

Reſpondeo, textum illum loqui ſecundum ius antiquum, quo licebat vaſallo vſque ad medietatem feudum alienare, abſque conſenſu domini, reſeruato tamen redemptionis iure tam domino, quàm agnatis, meritò vaſallus feudum non amittebat, vt in c. 1. de alie. feud c. 1. §. Item ſi fidelis, quib. mod. feud. amittitur. c. 2. §. Sed etiā res, per quos fiat inueſt.

Alia ratio eſt ſecundum noua iura, quibus feudi alienatio prohibita eſt abſq; conſenſu domini, & apertè conſtitutum, feudum alienatum ad dominum reuerti.

Secundum argumentum eſt ex cap. Titius, ſi de feudo defuncti contentio fuerit inter dom. & agnatos vaſalli defuncti. Reſpondeo, illum textum ſimiliter loqui in eo caſu, quo alienatio erat permiſſa abſque conſenſu domini, nimirum medietatis feudi, ſecundum antiquas leges feudorum, conſequenter non habere locum inſpecto nouo iure, quo alienatio eſt prohibita.

Tertium eſt ex eo, quòd tunc feudum domino aperitur, cùm vaſallus in dominum peccauit, vt in §. vlt. quæ fuerit prima cauſa beneficij amitt. & in cap. 1. an ille qui interfecit fratrem domini ſui, &c. Sed vaſallus qui feudū alienat, abſque conſenſu domini, non videtur in dominū peccare, ergo, &c. Reſpondeo, negando aſſumptionem. Nam vaſallus hoc in caſu dicitur dominum contemnere, vt habetur in d. §. vlt. in uerſ. Si uaſallus, & ſuprà dictum à nobis eſt in quinto argomento.

Quartum eſt ex eo, quod pœna debet eis imponi, qui peccant, non alijs. l. Sancimus C. de pœnis. Ergo uaſalli culpa feudum alienantis, non debet agnatis & alijs eius nocere. Reſpondeo, in feudis receſſum eſſe ab hac regula propter culpam uaſalli, illa enim facit, vt filij excludantur, c. Si uaſallus feudo priuetur cui deferatur: & hoc in caſu etiā, ut agnati excludantur, quia uidetur eſſe in dominum culpa cōmiſſa, quem uaſallus dicitur contēnere. Habet enim feudi conceſſio hanc legem, ut uaſallus ſit fidelis, & non delinquat, ſi deliquerit ille priuatur feudo principaliter, & in conſequentiam filij & agnati.

Non obſtat ſi dicatur ex hoc ſequi, quod in poteſtate ſit uaſalli, culpa ſua inferre alijs præiudicium. Nam iſtud nō eſt abſurdum in feudis. Quid enim ſi uaſallus à dño uocatus in expeditionem, ire recuſauerit, nonne feudum

amittit,

amittit, illudquo in suos vsus redigendi modis omnibus facultatem dominus habet, vt in §. Firmiter, de prohibit. alien. feud. per Fridericum ? Et tamen hoc ipso ipsius facto alijs præiudicat successoribus.

Quintum argumentum sumitur ex doctorum sententia in d. c. Titius, qui dixerunt feudum alienatum absque domini consensu redimi posse ab agnatis, etiã ante mortem vasalli alienantis. Respondeo, nec iuri, nec rationi satis consentaneam videri eam doctorum sententiam, ac proinde prius probari debere, deinde opponi.

Secunda est sententia eorũ, qui dixerũt, hoc in casu feudũ ad filios quidẽ vasalli, qui illud alienauit, nõ pertinere, sed tñ ad agnatos pertinere. Ita Iacobus Beluisius in §. vlt. quæ fuerit prima causa benef. amit. & ibid. Bald. Baro Schenck in d. c. Titius, si de feudo defuncti fuerit contẽtio, & c. Ruinus consi. 214. nu. 16. lib. 1. & 112 n. 10. lib 4.

Fundamẽtum est in cap. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui pateat: vbi patet, vasallo culpam committente propter quam feudo priuetur, filios non admitti, sed agnatos.

Verùm responderi potest: id non procedere, quando in dominum culpa committitur, tunc enim agnati etiam excluduntur, vt in §. vlt. Quæ fuerit prima causa benef. amitten. Hoc autem in casu culpa est in dominum commissa, quia vasallus dicitur contemnere ipsum dominum vt ibi.

Postrema est sententia Pistorij, loco proximè citato, existimantis, feudum quidem domino aperiri in hac facti specie, de qua nunc disputamus: sed tamen id accipiẽdum esse, donec vasallus vixerit, qui dominum contempsit feudum alienando: Eo enim mortuo putat agnatis restituendum esse, sicut restituendum est quando vasallus culpam in ipsum dominum committit. Sed quoniam hæc sententia in præcedente capite à nobis cõfutata est, non possumus ei nunc vllo pacto adstipulari.

CAPVT XXV.

Si vasallus intra annum & diem non petierit inuestituram, ad quem feudum pertineat?

SI vasallus intra annum & diem inuestituram nõ petierit, feudum amittere, & domino aperiri, non autem filijs vel agnatis, de iure respondendum esse non dubito, motus primò authoritate text. in c. Imperialem. §. Præterea si quis, de prohibita feudi alienatione per Fridericum, vbi ita dicitur: *Præterea si quis infeudatus, maior quatuordecim annis, sua incuria vel negligentia, per annum & diem steterit, quod feudi inuestituram à proprio domino non petierit, transacto hoc spatio feudum amittat, & feudum ad dominum redeat.*

Secundò, authoritate cap. 1. quæ fuerit prima causa benef. amittendi, vbi ita dicitur: *Prima autem causa beneficij amittendi hæc fuit, & adhuc est in plerisque curijs, sed in nostra curia Mediolanensi non obtinet, quod si Vasallus per annum & diem domino suo mortuo steterit, quod hæredem domini sui inuestituram petendo, fidelitatem pollicendo non adierit, tanquam ingratus existens beneficiũ amittit.* Si dr̃ esse ingratus erga dominum, Ergo feudum quod amittit ad dñm reuertitur, sicut aliàs regulariter, quoties in dominum culpa est commissa, vt in §. vlt. eiusdem tituli.

Atque ita docuerunt Bald. in c. 1. col. 2. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Alexander consi. 30. num. 17. lib. 1. & consi. 10. nu. 8. lib. 3. Paulus Castrensis ad l. Adoptiuum. §. Paternum. ff de in ius vocan. Iacopinus in verbo, *qui quidem inuestiti*. nu. 46. Pract. Papiensis in forma libelli, quo agitur ad reuocationem feudi, in verbo, nec superstitibus, col. 9. vers. *Tertio casu*. Decius consi. 144. nu. 6. Curt. iun. consi. 47. col. pen. Io. de Anania consi. 32. in 2. dubio, & ibi Bologninus in additionib. Sonsbecius de feudis, par. 13. nu 13. vers. Prima erga conclusio. Pistorius alios citans lib. 2. quæst. iuris, par. 1. quæst. 18.

A Contrariã sententiam, feudũ hoc in casu ad agnatos pertinere, amplexi sunt Andr. Isern. in c. 1. Si vasallus feudo priue. & in cap. 1. de capitulis. Corrad. Aluarotus in §. vlt. conclus. 2. quę fuerit prima caus. benef. amitten. & in c. 1. Quo tempore miles, & ibidem Afflictus num. 6 & in c. 1. nu. 18. de capitulis Corradi. Curt. iun. de feudis, par. 5. in 5. concl. Socinus consi. 4. col. vlt. & consi. 66. lib. 1. Rolan. à Valle consi. 64. nu. 9. lib. 2. & consi. 40. in fi. lib. 3.

Nec desunt qui putent etiam ad filios pertinere, veluti Aluarotus & Præpositus d. §. vlt. n. 20. & in cap. 1. Quo tempo. miles. Curt. iun par. 5. nu. 10 in 5. concl.

Pistorius autẽ loco annotato existimauit, feudum quidem ad dominum reuerti, sed tamen hoc intelligẽdum, donec vasallus, qui negligens fuit in petenda inuestitura, vixerit, eo mortuo, feudum agnatis restituẽdum esse.

Fundamentũ eorum, qui agnatis fauent, illud est, quia hæc vasalli negligentia & culpa in petẽdo inuestituram, nõ videtur esse delictũ in dñm cõmissum, vt proinde is

B feudũ accipere debeat, pro vltione iniuriæ sibi illatæ, iuxta d. § vlt. quæ fuit prima causa benef amitten. sed videtur esse culpa alia, non respiciens dominum, propter quam feudum amittitur, quo in casu illius agnatis aperitur: iuxta c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur.

Respondent ad ea testimonia, quæ dicunt feudũ hoc in casu ad dominum reuerti, illa esse accipienda de feudo nouo, non autem de antiquo.

Sed nullius roboris hoc fundamentum mihi videtur primò, quia hoc in casu culpa videtur dominum respicere, cui vasallus fidelitatem præstare negligit, & ideo ingratus dicitur in d. c. 1. q̃ fuerit prima causa benef. amitten. Secundò, quia textus de hac quæstione nimis clari sunt decidentes feudum ad dominum reuerti. Nec illa expositio consistere potest, vt accipiendi sint de feudo nouo. Primùm, quia generaliter loquuntur, nulla distinctione adhibita inter feudum nouum & antiquũ Deinde, quia eadem ratio est in feudo antiquo, nimirum

C culpa & ingratitudo vasalli non petentis inuestituram, neque iurantis domino fidelitatem.

Eorum autem sententia qui dixerunt, filijs hoc in casu feudum aperiri, apertè confutatur ex cap. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur.

Porrò quòd Pistorius existimauit, ea ratione nititur, quod si vasallus feudum amittat, propter culpam in dominum commissam, eo mortuo feudũ agnatis restituendum sit, quæ sententia à nobis confutata est suprà c. 23.

Denique quod dixi, de anno & die, locum habet in vasallo, qui non est miles. Nam vasallus miles annum & mensem habet ad petendam inuestituram. c. 1. quo tempore vasallus miles, &c.

CAPVT XXVI.

Gradus succedendi in feudo, an connumerandus sit secundùm ius ciuile, vel Canonicum.

D NOtum est omnibus discrimẽ cõputandi gradus consanguinitatis inter ius canonicũ & ciuile, ex c. Ad sedem. 35. quęst. 5. Errãt igitur, nisi ego fallor, qui putant in feudorum successione cõputandos esse gradus secũdũ ius ciuile, allecti in eam sententiã ex c. 1. an ille, qui interfecit fratrem dñi sui, &c. in illis verbis: *Eodem prorsus obseruando, quantum ad ordinem gradus, qui cõtinetur in legibus.* Nã illa verba non sunt accipienda de legibus Ciuilibus, sed Lõgobardicis, l. 1. de success. tit. 14. lib. 2. legum Longobard. vbi dr̃: *Omnis parentela vsque in septimum geniculum numeretur, &c.* Vnde & in §. Et quia vidimus, tit. De his qui feud. dare possunt, loco illorũ verborum, *vsq; ad septimũ gradum*, in aliquibus exẽplaribus habet, *vsq; ad septimum geniculum*, teste Glos. & Io. Andr. Probatur hæc interpretatio. Nã & in tit. de his qui feud. dare possunt, dr̃, filios legibus à successione feudi remoueri,

quod

quod nō potest accipi, de legibus ciuilibus, quia repugnaret. l. Maximum vitium. C. de lib. præter. sed de Longobardicis, vt declarat ibi Cuiacius.

Considerantur itaq; generationes à primo stipite, id est, ab eo, qui feudū primus acquisiuit prouenientes, ita, vt quot sunt generationes, tot etiā gradus connumerentur. Hoc probatur disertè in c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur, in illis verbis: *Ad eius petitionem admittuntur, qui quarto gradu sunt remoti ab eo, qui id acquisiuit*. Hinc *secundæ & tertiæ generationis* mentio fit in c. Satis bene. de proh. feudi alie. per Lotharium. Habita tamē ratione lineæ, iuxta c. 1. de Natura successionis feudi. Quæ cùm ita sint, perspicuū euadit, secundū ius canonicū fieri computationē: quia ius canonicum considerat distantiā à stipite, Ius autem ciuile numerū personarum, vt notum est ex dicto c. Ad sedem. Nō obstat quod dicitur de quarto gradu in c. 1. §. Hoc quoque. de success. feudi. Et de successione feudi, quod olim vltra fratres patrueles non extenderetur. in d. c. 1. §. Et quia vidimus. de his qui feud. dare possunt; quasi fratres patrueles sint in quarto gradu, quæ iuris ciuilis computatio est. l. 1. ff. de Gradibus, quia quod dicitur de successione non extendēda vltra patrueles, nihil eōmune habet cum eo, quòd dicitur de successione moderanda vsque ad quartum. Non sunt cōiuncta hæc, nullaq; necessitas hoc postulat, vt simul iungantur. Sit igitur successio vsque in quartum gradum, accipienda secundùm textum in d. cap. 1. Si vasallus feudo priuetur, nimirum ratione habita stipitis, à quo feudum acquisitum est, & processit. Maneat & antiqua illa (postea tamen sublata) restrictio successionis, vsque ad patrueles: Nullum sanè testimonium extat, quod eadem sit cum successione vsque in quartum gradum.

CAPVT XXVII.

Vtrum agnati in feudo succedant vsque ad septimum gradum, an verò in infinitum.

HAnc controuersiam, vtrum agnati in feudo succedāt vsq; ad septimū gradum, an verò in infinitum, iura feudalia pepererunt, quorū aliqua successionem ad septimū gradū restringunt, aliqua verò in infinitum extendunt. Ecce tibi tex. in c. 1. §. Hoc quoque. de his qui feudum dare possunt. de septimo gradu testimonium præbet, illis verbis: *Licet moderno tempore vsque ad septimum gradum sit vsurpatum*. Aliud testimonium est in c. 1. §. Hoc quoque. de success. feud. ibi: *Alij dicunt vsque ad septimum gradum*.

Cōtra verò in infinitum agnatos succedere docet tex. in cap. 1. de Natura success. feudi. ibi: *Ex latere omnes per masculos descendentes vsque in infinitum, si feudum sit paternum*. Et in c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. ibi: *Et etiam vsque ad infinitum, dum tamen hos constet ab eo per masculos descendisse*.

Sed videtur ijs testimonijs obstare id, quod habetur in c. Sæpe. in fine, de prohib. feud. alien. per Lotharium. ibi: *Et vsque in infinitum perueniat, si hoc actum erit*. Videtur enim tex. innuere, tunc successionem extendi in infinitum, cùm id actum est, scilicet inter dominum & vasallum; & consequenter, si actum non fit, non extendi.

Igitur priorem sententiam quæ ad septimum gradum successionem restringit, amplexi fuere. Io. Andr. in d. c. 1. §. Hoc quoque. de success. feud. Baldus in c. 1. nu. 4. de feudo Marchiæ. Iason ad l. Certum. C. Vnde cognati. & in cons. 114. lib. 1. Gratus cons. 9. lib. 1. Martinus Laudensis inter consilia Alberti Bruni cons. 109. Brunus ipse cons. 80. num. 17. Gozadinus cons. 26. Socinus iunior cons. 76. nu. 72. lib. 1. Parisius cons. 23. circa finem, lib. 1. Ferrarius in vsus feudorū, lib. 3. c. 2. vers. *Quibus porrò desinentibus*. Hieronymus Schurff. cons. 139. inter consilia feudalia.

Fundamentum est in textibus priore loco citatis. Ad contrarios textus respondent hoc modo, quod attinet A ad c. 1. de natura successionis feudi, verba illa, *ex latere omnes per masculos descendentes vsque in infinitum*, omittenda esse. Non rectè, quia repugnat fides communium exemplarium, in quibus illa verba leguntur.

Secundò respondent, illa verba, *in infinitum*, non denotare gradum, sed hoc significare semper, atque in infinitum requiri, vt in feudo succedere volens per masculos descendat. Non rectè, quia sic textus loquitur: *Ex latere omnes per masculos descendentes vsque in infinitum*. quorum verborū sensus est, omnes per masculos descendentes in infinitum, id est, absq; certorum graduum definitione succedere, non autem omnes per masculos descendentes tantùm, ad differentiam eorum, qui per masculos nō descendunt: Si enim hoc textus dicere voluisset, alijs verbis vsus esset, scilicet *solos descendentes per masculos succedere*, vel similibus.

Tertiò respondent, illa verba, *in infinitum*, accipienda esse de septimo gradu, sicut dicit, agnatos admitti, etiāsi B longissimo gradu distent. in §. Cæterùm. in Instit. de legitima agnat. success. Longissimus tamen gradus ad decimum restringitur. §. vlt. in Instit. de success. cognato. Præsertim, quia legibus Longobardicis successio ad septimū geniculum restringitur, vt dictum est suprà, cap. præcedenti, sic & actiones perpetuæ dicuntur, licet ad triginta annos restringantur.

Non est solida responsio, quia verborum proprietas repugnat, nempe *in infinitum*, quare non potest ad septimum gradum restringi. In exemplis allatis restrictio locum habet, quia alijs legibus ita expressum & declaratum est.

Quòd verò attinet ad text. in c. 1. Si vasallus feudo priuetur. Baldus respondet, illum textum locum habere, cō in casu, quo agnati succedunt ob vasalli delictum; sed nihil valet hæc respōsio, quia nec ratio diuersitatis esse potest, & successio illa ob delictum pendet ex ordine successionis legibus præscripta.

C Posteriorem itaq; sniam, nempe agnatos in infinitum succedere, authoritate textuum, quorum antea facta est à nobis mentio, amplexi fuere Glos. in c. 1. vers. vsque. de success. feud. & in c. 1. de feudo Marchiæ, & ibidem Iacobus Beluisius, Aluarotus & Præpositus, Afflictus in c. 1. nu. 12. Si vasallus feudo priuet. Curtius iunior tract. feudorum, 2. par. 3. partis princ. nu. 48. D. Baro Schenck, & Eguinarius Baro in §. Hoc quoq; de his qui feudum dare possunt. Zasius par. 8. de success. feudi. vers. Tertia conclusio. Sonsbecius par. 9. nu. 84. Duarenus in Consuetud. feudales, cap. 11. nu. 16. Hanetonius de iure feudorum, lib. 2. c. 5. Clarus §. Feudum. quæst. 79. Ancharanus cons. 334. Decius cons. 85. Curtius senior cons. 74. Couuar. lib. 3. variar. resol. cap. 5. num. 4. vers. Quinto hinc. Pistorius quæst. iuris, lib. 2. parte posteriore, quæst. 19.

Ad textus contrariæ opinionis plerique respondent, accipiendos esse de agnatis, qui non à communi parente feudi primo acquisitore descendunt, sed à duobus fra- D tribus feudum acquirentibus procreati sunt: atque inde distinctionem istam constituunt, quam & Consuetudine Germaniæ & Imperialis Cameræ præiudicijs receptam testatur Andreas Geyll. lib. 2. obseru. 150. Aut feudum antiquum ad descendentes semel transitum fecit, postea verò ad collaterales peruenit: Et tunc agnati in infinitum succedunt, ita accipiendus est text. in cap. 1. de natura success. feudi. Aut feudum non fecit semel transitum ad descendentes, sed ex pacto, vel alijs casibus, quibus potest, à primo acquirente ad collaterales peruenit: & tunc locum habet successio vsque ad septimum gradū tantùm, ita accipiendus est text. in c. 1. §. Hoc quoque. de his qui feud. dare possunt.

Non placet hæc distinctio, qa repugnat text. in c. 1. §. Hoc quoq;. de success. feudi, vbi successio ad septimū gradum restringit, & tn̄ textus loquitur de feudo paterno. ibi: *Et olim obseruabatur vsque ad quartum gradum tantùm secundùm quosdam, hoc ideo, quia postea non vocatur*

feudum paternum. Alij autem dicunt vsque ad septimũ gradum. Ex quibus verbis apparet, in feudo paterno nõ esse successionem vltra septimum gradum: Ergo etiã descendentes ex communi parente, qui feudum acquisiuit, non poterunt vltra septimum gradum succedere.

Secunda responsio ad textus contrariæ sententiæ hæc adfertur, illos accipiendos esse secundùm priora tempora & iura; nam feudorum successio semper vlterius processit, vt constat ex toto titulo de his qui feud. dare poss. quare non est mirum, si postquam ad septimum gradum porrecta fuit, etiam vlterius processerit, atque adeò in infinitum nunc extendatur: Itaque sic iura iuribus concordanda sunt, vt posteriora præferantur, quæ successionem magis extendunt. l. vlt. ff. de Cõstitut. Principum. Et progressus successionis ita designari poterit. Primò, feuda successionem non habuerunt. Secundò, ad filios deuenerunt. Tertiò ad nepotes, & ad fratres, vbi feudum est paternum. Quartò, vsque ad fratres patrueles. Quintò, vsq; ad quartum gradum. Sextò, vsque ad septimum. Postremò, vsque in infinitum, ad omnes descendẽtes ex primo acquirente. Atque in hanc sententiã ego sum procliuior.

CAPVT XXVIII.

Tres controuersiæ explicantur de feudo nondũ aperto. Prima, an concedi à domino possit, ante mortem illius qui feudum obtinet. Secunda, quid si purè concedatur. Tertia, quid si viuens vasallus liberos habeat?



TRiplex controuersia agitari solet de feudo nondum aperto domino, siue nondum vacante, an concedi possit à domino. Exemplum: vasallus feudum tenet, vtrum dominus possit alteri illud concedere sub ea conditione, si vasallo defuncto feudum ad se reuertatur, absque consensu ipsius vasalli viuentis. Hæc est vna. Altera est, quid si concedatur purè? hoc est, omissa illa conditione, *si vasallo defuncto, &c.* an valeat concessio. Tertia, quid si vasallus feudum possidens liberos habeat, & fiat concessio sub conditione iam dicta. Has tres controuersias breuiter explicabo. Quod attinet ad primam, prima fuit olim sententia Placentinorum, non valere hanc concessionem, vt habetur in cap. 2. de feudo dato in vicem legis Commissoriæ. Secunda est sententia Andreæ de Isernia in cap. 1. §. Moribus. Si de feudo defuncti fuerit controuer. inter domin. & agna. vasalli, vbi dicit, moribus quidem receptum esse, vt valeat concessio, sed tales mores prauos esse, & non seruandos generaliter, sed duntaxat cùm à Principe fit concessio, secus si ab alio inferiore. Iserniam sequitur Afflictus decis. 292. adstipulans huic sententiæ, quod ita constitutum sit de præbendis nondum vacante, vt à Summo Pontifice conferri possit. c. Proposuit, de concess. præben. non autem ab alio inferiore. c. 1. & 2. eodem tit.

Tertia est sententia Iacopini à S. Georgio in Inuestitura feudi, in verbo *Inuestimus*, post nu. 12. concessionem hanc valere, si fiat in genere, puta, si concedatur feudum vasalli viuentis in genere, nullo scilicèt certo vasallo demonstrato, secus autem, si concedatur feudum alicuius certi hominis ac vasalli viuentis. Argum. l. 3. §. De illo. ff. pro Socio. Iacopinum refert & sequitur Menoch. consi. 5. num. 420.

Postrema est snia vera & cõmunis, valere hanc cõcessionem feudi, sub conditione factã, si contingat feudum vasallo mortuo ad dñm reuerti, nullamque adhibet hæc snia distinctionem, ita Baldus in d. c. 2. de feudo dato in vicem legis Cõmissor. & in d. c. 1. §. Morib. Si de feudo defuncti fuerit contentio inter dom. & agna. vasalli, & ibidem Aluarotus & Afflictus, Alciatus ad l. vlt. C. de pactis. Soc. sen. consi. 53. lib. 3. Soc. iun. consi. 76. nume. 119. lib. 1. Zasius de feudis, par. 6. nume. 2. Rolandus à Valle

A consi. 2. nu. 44. lib. 1. Andreas Geyll. lib. 2. obseruat. 155. Pistorius quæst. iuris lib. 2. par. posteriori, q. 25.

Fundamentum est firmum in d. §. Morib. cuius hæc sunt verba: *Moribus receptũ est, dominum de feudo militis sui, quod post mortẽ ipsius ad dominũ reuerti sperabatur, in alium militẽ inuestituram facere posse, quæ inuestitura tunc demùm capiet effectũ, cùm feudum domino aut hæredi suo fuerit apertum, secus est in ecclesiasticis personis. Nam si ecclesiastica persona talem faciat inuestituram, non aliter valebit, nisi sibi, non etiam successori suo feudum aperiatur. Et in tali inuestitura consensus eius, de cuius feudo fit, exquiri non oportet.* Concordat tex. in cap. 1. qui successo. tenean. & in cap. 1. qui successo. feud. da. tene. in cap. 2. de feudo dato in vicem legis Commissor. & in c. 1. de clerico, qui inuest. fecer.

Alia adferuntur argumenta tum à Baldo, tum ab alijs, sed nullum mihi videtur sufficiens. Etsi enim probari possit, dominum feudi rectè illud conferre, quandoqui-
B dem de re sua disponit sub ea conditione, de qua dictum est, tamen negari non potest, quin illud petens atque impetrans, contra bonos mores facere videatur, quandoquidem ostendit, se sollicitum esse de viuentis feudo, ac proinde, vt mortem eius expectet, ac forsitan quoque desideret, facilè induci potest.

Sed quoniam moribus ita receptum est, vt patet ex textu Cõsuetudinum feudalium, quas oportet sequi, ideò huic sententiæ omnino inhærendum est; quanquã aliæ diuersæ sententiæ non improbabiles sint, & ratione nitantur iuri & æquitati consentanea, sed mores & consuetudines feudorum meritò præferendæ sint.

Quod attinet ad secundã controuersiam, quid iuris in successione feudi nondũ aperti purè factæ? Respõdeo, Baldum in cap. Si quis fecerit inuestituram, quo tẽpore miles, in hac snia esse, vt valeat, si contingat feudum ad dominum reuerti, vasallo sine liberis decedente, licet purè facta fit concessio, vt valeat, inquam, in duobus casibus.
C Primus est, si stipulatio interuenerit. Alter, si is, cui facta est concessio feudi possessionem nactus sit. Cæterũ ego potius assentior Afflicto in commentarijs eiusdem loci; nu. 15. neganti eam concessionem valere. Nam certũ est, feudum viuentis vasalli purè non posse alterrà dño concedi in præiudicium ipsius vasalli, capite secũdo, de feudo dato i vicẽ legis Cõmissor. c. 1. de inuestit. de re aliena. facta, c. 1. de clerico qui inuestit. facit, & in c. 1. qui successores teneantur. ibi: *Nam si quis fuerit inuestitus purè de alieno feudo, non valet habita inuestitura.* Igitur ea concessio purè facta non valet. Quod autem à principio non valet, tractu temporis, & ex post facto conualescere non potest. l. Quod ab initio, de regulis iuris. Vide Pistorium dicta quæst. 25. nu. 14.

Quod attinet ad tertiam cõtrouersiam, communis est & vera sententia, concessionem factam sub ea conditione, non valere eo in casu, quo vasallus viuens, & feudum
D possidens liberos habet & successores, ita Gloss. in cap. 2. de feudo dato in vicem legis commissor. & ibidem Isernia. & Afflictus nu. 7. l. Probatur ex d. c. 2. in illis verbis: *Hoc autem dicendum est de eo milite, qui feudi successores non habet,* & ex d. §. Moribus, in illis verbis, *quod post mortem eius ad dominum reuerti sperabatur.*

At contra Pistorius d. quæst. 25. nu. 20. idem putat dicendum licet vasallus liberos habeat; si liberi eius absq; hæredibus defuncti sint, ita vt feudum ad dominum reuertatur. Primò, quia est eadem ratio, etiam hoc in casu, cùm nulli extent liberi, & feudum ad dominum reuertatur. Secundò, quia ille casus, quo liberi non extent, in vsibus feudorũ expressus est, quoniam sæpius accidere potest. Nam cùm vasallus liberos habet, vix contingere potest, vt eius feudum sub ea conditione impetretur, si tamen casus eueniat, idem omnino dicendum videtur.

Sed doctissimum Pistorium meminisse oportuit, hic agi de consuetudine odiosa valde, & regulis iuris repugnante, quibus eiusmodi pactiones, tanquã cõtra bonos

mores,

mores,& plenæ tristissimi ac periculosi euentus reprobātur.l.vlt.C.de pact. Quare cùm moribus receptum sit, vt in feudis hæc ratio non obstet, sed alias inuestiri possit, de feudo nondum vacante,& aperto in eo casu, quo vasallus successores non habet, & spes est feudum ad dominum reuersum iri, mores isti feudales & consuetudines strictè accipiendę sunt,& non vltra expressos casus extendendę. Quod enim contra iuris rationem receptum est, non est producendum ad consequentias. l. Quod verò contra rationem. ff. de legibus. Omitto sciens prudensque allegationum plaustra. Consuetudinem stricti iuris esse, extra suos terminos non esse extendendam, quia res est omnibus perspicua.

CAPVT XXIX.

Successor Episcopi inuestientis aliquem de feudo alterius vasalli viuentis, cum consensu capituli, sub conditione illa, si feudum sibi fuerit apertum, an teneatur ratam habere inuestituram, si Episcopus ante vasallum, qui feudum possidebat, decesserit?

Extat in vsibus feudorū sub titul. Qui successores feudū date teneantur, constitutio quædam in hæc verba: *Si verò Archiepiscopus, Episcopus, vel Abbas, vel Abbatissa inuestiturā eius feudi quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, vt post decessum eius qui possidet, habeat: & ante decesserit Archiepiscopus, quàm ille qui feudū possidebat: successores eorum non cogantur eam inuestituram facere, vel confirmare, etiamsi pares eius curia adsint testes, vel breue testatum inde sit: nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente, qui detinet, &c.*

Conclusio hæc colligitur, successorem Episcopi, &c. nō teneri ratam habere inuestituram, si Episcopus, qui inuestiuit, antè decesserit, quàm ei feudum fuerit apertum. Idem habetur in c. 1. de clerico, qui inuest. fecit. ibi. *Si tamen ante decesserit inuestitor, quàm feudum ad eum reuertatur, successor non cogitur eam habere ratam.* Et in c. 1. § Moribus. si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnat. vasalli. ibi. *Nam si Ecclesiastica persona talem faciat inuestituram, non aliter valebit, nisi sibi, non autem successori suo feudum aperiatur.* Et in c. qui succes. teneantur.

De innestitura facta cum consensu Capituli ab Episcopo nullum verbū, nulla mentio in relatis textibus. Quid igitur statuendum erit, si Episcopus illam fecerit cum cōsensu Capituli? nunquid successor, cui feudum apertum sit, eam habere ratam teneatur? Respondit Afflictus teneri, in commentarijs d. c. 1. § Qui succes. feud. dare teneā. n. 14. Refert & sequitur Pistorius lib. 2. quæst. parte posteriori, quæst. 27. post n. 15. vbi refert idem respōdisse Collegium Lipsiensiū & Francofordiensium Iurisconsultorum, eaque responsa simul annectit.

Sed licet ego is non sim, qui vel sapientior tot Iurisconsultis videri velim, vel eis fidem abrogare; tamen si licet mihi, id quod sentio liberè proferre, longè diuersam habeo sententiam hac in re: quam vbi confirmauero, & contrariam refutauero, tum candidis lectoribus liberum relinquam iudicium, & ad veritatem, nisi fallor, inueniēdam faciliorem aditum præstabo.

Existimo nullum esse discrimen in proposita facti specie, siue Capituli consensus ahdibeatur, siue non adhibeatur. Primò, quia in textibus iam relatis, non constituitur huiusmodi discrimē. Secūdo, quia nec vlla est ratio diuersitatis. Nā ideo successor Episcopi non tenetur ratā inuestiturā habere, quia obligatio non potuit incipere ex persona eius. Etenim obligationes quidem incipere possunt ex persona,& contra personam hæredis, vt Iustinianus statuit in l. 1. C. vt actiones ab hæred. & contra hæredes incipiant. Sed hic successor in dignitate non est hęres Episcopi, qui inuestituram fecit, nec dignitatem ab ipso Episcopo defuncto habet, sed ab alijs, à quibus electus est. Ergo non tenetur ratam habere defuncti Episcopi inuestituram. Nam obligatio nunquam incepit in

A persona defuncti Episcopi, quia inuestituram sub conditione fecit, *si feudum esset illi apertum.* Hæc conditio non euenit eo viuente, ergo nec obligatio orta fuit. l. Cedere diem, ff. de verb. sign. Non potest autem oriri, atque incipere in persona successoris, quia successor non est hæres illius. Hæc ratio locum habet, siue inuestitura facta sit absque Capituli consensu, siue cum consensu Capituli? Nam & si Capitulum semper extet, & ab eo incipere obligatio possit; tamen id non sufficit ad constituendam obligationem Episcopi, qui successit. Itaque vt maximè Capitulum ratam inuestituram habere teneatur, quia consensit, non tamen efficitur, Episcopum successorem teneri, qui non consensit, nec vllum ius habuit.

Potestne Capituli consensus præstitus Episcopo præsenti, istud efficere, vt obligatio, quæ nō incepit vnquam in persona Episcopi præsentis, incipiat in persona Episcopi postea succedentis?

Sed videamus quanti sint ponderis contrarię sententiæ argumenta. Primum est, quia Episcopus dicitur esse administrator, non dominus rerum Ecclesiæ, cap. 2. de donatio. c. vlt. 12. quæst. 1. Qui verò mortuo eo succedit, non dicitur causam habere ab ipso, sed ab alijs qui eum elegerunt, quare nec tenetur ratam habere inuestiturā ab eo factā. Hæc ratio cessat vbi cōsensus Capituli adest.

Respondeo, non hanc esse causam, cur in nostra facti specie successor non teneatur ratam inuestituram habere, quia videlicet Episcopus antecessor non possit successorem obligare. Nā cùm Clericus feudū concedit, quod est Ecclesię, nō solùm ipse, verùm etiam illius successores obligantur, c. 1. de clerico, qui inuestiturā facit ibi: *Ipse & eius successor ipsam adimpleat*, sed rō est illa, quā dixi, quia scilicet feudū nō est apertū ipsi Episcopo viuenti, qui inuestiuit, consequenter cōditio nō euenit sub qua inuestitura facta fuit, nisi post mortē eius, quo tēpore successor adest, in cuius persona incipere obligatio non potest.

Secundum argumentum est, quia contractus ab Episcopo factus, plerunque personalis est, & cum persona eius extinguitur, verùm si Capituli consensus accesserit, realis fit, atque adeò successorem etiam obligat, vt tradunt Doct. in c. vlt. ne prælati vices suas.

Respondeo, feudi cōcessionem etiam absque Capituli consensu realem esse, & successorem etiam obligare, vt in d. c. 1. de clerico, qui inuestituram facit, quod intelligendum est, quando res est solita in feudum ab antiquo tempore concedi ab Episcopo, tunc enim valet concessio absque solennitatibus alijs, vt in c. 1. de his, qui feudū dare possunt, c. 2. de feudis, & alibi.

Tertiū argumentū est, quia successor in Episcopatu nō tenetur habere ratum factū prędecessoris, ex traditis per Baldum in l. 1. ff. de Constitut. principum, & ibi Iason, nu. 14. Si tamē factum sit cū consensu Capituli, tenetur.

Respondeo, si factum prælati tendat in detrimentum Ecclesiæ, non obligari successores, c. De precariis 10. q. 2. aliàs secus. Nam feudi inuestituram successor ratam ha-

D bere tenetur & adimplere, vt in d. c. 1. de clerico, qui inuest. fecit, & ita accipiendi sunt Doctores, qui dicunt factum antecessoris Episcopi non obligare successorem. Fateor successorem non teneri ratam habere inuestituram, in hac facti specie nobis proposita ex constitutione Lotharij, vt in c. 1. qui successores teneantur, & ex alijs textibus, sed quod accedente Capituli cōsensu teneatur, non concedo, nec argumentum id probat, nec vllo iure, vllaue ratione demonstrari potest.

Quartum argumentum est, quia Episcopus cum consensu Capituli de futuris in præiudicium successoris disponere potest, vt tradidit Afflictus decis. 101. Ergo, in proposito nostro successor Episcopatus ratam habere tenetur inuestituram.

Respondeo, Afflictum loqui & Doctores ab eo citatos (quorum tamen multi nihil ad rem dicunt) quando Episcopus de re disponit, quam tunc habet, & de qua potest disponere, licet dispositio egrediatur tempus vitæ

Episcopi, veluti si Episcopus cum consensu Capituli bona Ecclesiæ locauerit, vendiderit, commutauerit, si Episcopus officium aliquod contulerit, gratiá fecerit, licet hæc omnia ita concessa sint, vt non ad tempus vitæ Episcopi restringantur, sed vlterius ac in perpetuum extendantur, valet concessio, & successor obligatur, quia Ecclesia dicitur concessisse, quæ nunquam moritur, c. Si gratiosè. de rescipt. in 6. c. liberti. 12. quæst. 2.

At hæc longissimè distant à quæstione nostra, in qua ratio, cur successor non teneatur, est illa, quam dixi, quia videlicet obligatio incipere non potest in persona successoris, quæ nec in persona defuncti incepit.

Quintum argumentum est, quia ea quæ fiunt cum cõsensu Capituli ab Episcopo, obligant successorem, licet alioqui talia sint, quæ morte Episcopi extinguantur, veluti mandatum procuratoris. Nam licet illud morte Episcopi reuocetur. Clement. vlt. de procurat. tamen id locum non habet, quando cum consensu Capituli est factum, vt notant ibi Glos. & doctores.

Respondeo, iure non probari hanc glossam, & aliorum assertionem, & non esse eandem omnium sententiam circa sensum illius textus. Adde etiam iuris rationi non esse consentaneam, licet enim Capitulum non moriatur Episcopo defuncto, non tamen tanta ipsius Capituli ratio habenda videtur, quanta Episcopi, qui principalis est, & procuratorem constituit, quare mandatum eius morte reuocatur, vt docet text. in d. Clem. vlt. non distinguens vtrum mandatum procuratori datum sit cum consensu Capituli nec ne.

Postremum argumentum est, quia si successor hoc in casu non teneatur ratam inuestituram habere, videri potest fraus aliqua fieri ab Ecclesia, contra c. Per tuas. de donat. & alia similia iuris loca. Respõdeo, eãdem rationem locum habere, licet consensus Capituli non interuenerit, sed hoc in casu nulla fraus allegari potest, quia inuestitura ab Episcopo facta conditionalis est, *si feudum sibi aperiatur*. Hæc conditio deficit, quia non aperitur ipsi Episcopo, sed successori. Nulla autem est obligatio, ex ea promissione, quæ sub cõditione facta est, si cõditio nõ euenerit. At euenit (inquies) quia feudum apertũ est, Respondeo, nimis tardè apertũ esse, quia mortuus est inuestitor. Etenim successor eius nunc primũ inciperet obligari, qđ iura vetant, nisi sit hæres, quæ ratio sola facit, vt in rebus profanis successor & hęres ratá habere teneatur inuestituram. Sicuti apertè legibus est cõstitutũ, quas nõ procul ab huius capitis initio retulimus. In terminis verò nostris vt successor non teneatur inuestituram facere vel confirmare dicto cap. 1. Qui succes. feudum dare teneantur.

CAPVT XXX.

Quomodo accipienda sint verba illa text in ca. 1. Qui succes. dare teneantur. Nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente, qui detinet.

SEd rursus controuertitur, quomodo accipiẽda sint illa verba textus in d. c. 1. Qui successores feudũ dare teneãtur, quib' dicitur, successorẽ Episcopi ratá habere nõ cogi inuestituram, *nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente qui detinet*. Duplex enim est interpretatio doctorũ. Altera, ita accipienda esse, vt locũ habeant vbi feudi possessor viuens renunciat iuri suo, feudo se abdicat, vel eo ob aliquã iustã causam priuatur, ita Glos. in c. 1. Qui succes. teneãtur. tit. 2. in vers. *Inuestitura*. Aluarotus in cõmẽtarijs eius loci: idẽ mihi videtur Afflictus voluisse eo in casu, quo in realẽ possessionẽ inuestitus immittitur, ibidẽ n. 10. & n. 40. Pistorius eandẽ sententiam amplexus est, lib. 2. q. part. posteriore, q. 27. n. 46.

Altera est interpretatio, accipienda esse dicta verba de inuestito, in possessionem feudi immisso, viuente possessore, qui feudum tenet, & consentiente, non ad hunc

A effectum, vt tunc ius in feudo consequatur, & is qui feudum tenet, eo priuetur, sed vt successor inuestientis ratá habere inuestituram teneatur, post mortem vasalli tunc feudum possidentis, qui ius suum interea retinere debet. Ita latè ibi explicauit Andreas Isernia, nu. 4. & seq.

Prioris expositionis istud est firmamentum, quoniam is qui consentit, vt alius inuestiatur de eo feudo quod ad se pertinet, amittit ius suum. §. Præterea, quib. mod. feud. amittatur argumen. l. Si debitor. §. 1. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solua. l. 2. ff. de distract. pig. l. Seruus communis. ff. de donat. inter vir. & vxor. l. Si fundum per fideicommissum. §. 1. de leg. 1. l. Codicillis. §. 1. de leg. 2.

Hæc ratio confirmatur, nam si is qui feudũ tenet, non amitteret ius suum, non teneretur successor Episcopi ratam habere inuestituram, in ea facti specie, de qua ibi sit mentio, cùm scilicet Episcopus inuestitor moritur ante vasallum, qui tenet feudum. Nam semper illa ratio locũ haberet, non potuisse Episcopum inuestitorem successo-
B ri præiudicare in futuris negocijs. Necesse igitur est, vt inuestitus habuerit plenum ius in feudo, quia tunc successor meritò inuestituram ratam habere tenetur.

Sed istis nil morãtibus verissima mihi vr̃ Iserniæ sñia & interpretatio. Etenim cõsideranda est facti species, de qua ille textus loquitur, nimirũ, cùm *Archiepiscopus, Episcopus, &c. inuestituram eius feudi, quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, vt post decessum eius, qui possidet, habeat, & ante decesserit Archiepiscopus, quam ille qui feudũ possidebat, successores eorum* (inquit textus) *non coguntur eam inuestituram facere vel confirmare, nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente qui detinet.*

Hic textus loquitur de hac facti specie, qua inuestituram Episcopus concedit eius feudi, quod alius detinet, eo tenore, vt post mortem eius qui possidet, habeat. Ergo, non potest intelligi exceptio illa sequens, *nisi, &c.* in alio casu, sed debet esse conformis regulæ, vt videlicet in
C illa ipsa facti specie, si is qui inuestituram obtinuit illius feudi, in possessionem missus fuerit; tunc successor Episcopi ratam inuestituram habere teneatur. Illa vero facti species non præsupponit vasallum feudi possessorem, vel eo priuatum esse, vel ius suum amisisse; sed ius suum retinere, & post eius mortem feudum ad eum qui inuestitus est pertinere; quia scilicet eo tenore datum est feudum alteri, vt post mortem ipsius possessoris habeat.

Quæ igitur absurditas esset, inuestituram eo tenore datam esse, vt post mortem possessoris inuestitus feudũ habeat, & tamen possessore adhuc viuente, inuestitum ius consequi ex missione in possessionem?

Quàm præterea nouum est, & inauditum, regulam in vno casu constituere, quo scilicet inuestitura eo tenore concessa est, vt inuestitus post mortem possessoris feudum obtineat, & exceptionem adferre ad eum casum pertinentem, quo inuestitus plenum ius in feudo obtinet viuente possessore?

D Amplius, cui dubium, quod si possessor feudi, iuri suo renũtiet, vel priuetur feudo, & alius inuestiatur, qui possessionẽ accipiat, quin eiusmodi inuestiturá ratá habere successor teneatur? Imò non est opus vt ratam habeat, sed vt vasallus successuri iuramentum fidelitatis præstet, & inuestituram petat ab eodem, iuxta cap. 1. quæ fuit prima causa benef. amitten. & in c. 1. quo tempo. miles, &c.

Hæc est igitur sententia huius loci, successorem cogi ratam habere inuestituram, licet Episcopus ante possessorem feudi mortuus sit, quando inuestitus missus est in possessionem, cum consensu vasalli feudum possidentis, missus est inquam in possessionem, non ad eum effectum, vt tunc feudum obtineat, neq; enim potest, quia ex tenore inuestituræ feudum obtinere non potest, nisi post mortem possidentis feudum, sed ad eum effectum, vt feudum consequatur post mortem possessoris: Effectus possessionis refertur post mortẽ, & ita res agitur, vt is qui ab Episcopo inuestituram accepit, habeat etiá tem-

lem

lem possessionem, *ex nunc, prout ex tunc*, vt loquar cum Glossatoribus id est, vt possessio tunc nullum ius tribuat, sed tantùm post mortem possessoris, qui tūc viuit. Potest enim possessio tradi sub conditione. l. Qui absenti. §. 1. ff. de acq. possess. nec aliter res fit accipientis, quàm si conditio extiterit, vt ait ibi Iureconsultus, & de possessione tradita ex *nunc, prout ex tunc*, quod valeat post mortem constituentis se possidere alterius nomine, & sic illā tradentis, communis est sententia. Vide Alex. cōsi. 83. col. 3. vers. Confirmatur hoc quia possessio, lib. 2. Guido Papæ decis. 268. Ripa ad l. 1. nu. 5. ff. de pignorib. Tiraquellus de iure Constituti, in 3. parte, limitatione 2. nu 25.

Quod verò dicebatur, eū qui consentit alium de feudo inuestiri, suo iuri præiudicare, locum habet, quando consentit alium absolutè inuestiri, sed in quæstione nostra consensus non est absolutus, sed talis, vt is qui consentit, velit feudum, donec vixerit, retinere, verùm in hoc tantùm consentit, vt post mortem suam alius feudum obtineat. Quare nullum sibi donec vixerit, præiudicium facere videtur, atque adeò ius suum non amittit. B

Porrò nullius momēti est quod dicebatur à Pistorio, nisi possessor ius suum amittat, & inuestitus plenum ius consequatur, non teneri successorem Episcopi in ea facti specie, de qua textus loquitur, ratam habere inuestiturā. Nam dicendum est, imò successorem teneri ratam illam habere, & ratio est, quia inuestitus hoc in casu possessionē accepit, & ideo gratia consummata est, & perfecta, tātùm expectanda est mors possessoris. Non præstat impedimentum hoc in casu, quod obligatio non possit incipere in persona successoris, quia hic non versamur in simplici obligatione, & promissione, sed in iure quæsito, in spe saltem, ex inuestitura, & simul ex possessione reali. Et hoc est, quod Isernia dicebat, rem non remansisse in finibus promissionis, seu in finibus inuestituræ verbalis, sed vlterius processisse. Quod verò Episcopus successori præiudicare non possit in futuris negocijs, nec idonea est ratio, ex qua ita sit in feudo, quo de agitur, constitutum, nec in præsenti specie locum sibi vendicat, vbi inuestitura plenum ius, sub conditione tamen iam dicta, tribuit inuestito, per possessionem scilicet acceptam, est enim gratia quodāmodo perfecta, ideo morte cōcedentis nō expirat, quasi re amplius non integra, argum. cap. Si super gratia, de off. de leg. lib. 6. C

Illud prorsus mihi videtur falsum, quod Glos. loco superiùs annotato dicebat, textum accipiendum eo casu, quo vasallus feudo priuatur; tunc enim alius in possessionem mitti potest ac inuestiri. Nam si de vasallo, priuato iure suo ageretur, non esset opus consensu ipsius, vt alius in possessionem eo viuente mitteretur: Et tamen textus requirit consensum eius: Sic enim ait: *Nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente qui detinet.*

CAPVT XXXI.

D

Possitne Episcopus rem in feudum dari solitam, & ad se deuolutam, consanguineis suis in feudum dare?

Non est difficilis hæc controuersia, licet variæ sint doctorum sententiæ. Episcopū nō posse rem in feudum concedi solitam suis consanguineis dare, docuit Glos. in cap. 1. §. Hæc omnia. vers. Clericorum. Si de inuestitura inter domi. & vasallum lis oriatur, & in c. 1. in verb. Archiepiscopus, qui successor feud. dare tenean.

Fundamentum est in Auth. Quibuscunque modis. C. de sacrosanct. Eccl. Quod sanè infirmum est. Nam tex. in Nouella de alien. & emphy. ex quo Authentica illa sumitur, ita dicit: *Oeconomis verò, & ordinatoribus clericorū, & chartularijs vbicūq; venerabiliū domorū constitutarū, aut parentibus eorum & filijs, & quibus secundum genus, & secundum matrimonij iura coniunguntur, locationes, aut emphyteuses, aut emptiones, aut hypothecas rerum immobiliū; ipsis venerabilibus domibus competentium subire, aut per se, aut per interpositam personam, secundum quod & ijs qui in regia Ciuitate sunt, prohibemus.* A

Fundamentū hoc ideo est infirmum, quia Iustinianus ibi non loquitur de re solita in feudum concedi, siue in emphyteusim, neque de Ecclesiæ prælato, sed de œconomo; ille meritò prohibetur consanguineis suis res Ecclesiasticas locare, aut in emphyteusim cōcedere, quia cùm administret, non potest, nec per se, nec per alium, ex suo officio cōtrahere. l. Non licet. ff. de cōtrah. empt. At cùm res est solita alijs in feudū concedi, nulla est ratio, cur Eps eā suis consanguineis dare prohibeatur, eo modo, & eisdē conditionibus, & pactis, quib. alijs concedere posset.

Secunda est opinio Bartoli in d. Auth. Quibuscunque modis, posse rem ad tempus concedi, puta vsque ad secūdam vel tertiam generationem, non autem in perpetuū. Fundamentum est text. qui nihil ad rē pertinet, in Auth. de sanctissimis Episc. §. Sin autem Ecclesijs.

Tertia est sententia Andreæ Iserniæ in c. 1. nu. 12. qui successores feud. dare tenean. vbi dicit, licere Episcopo etiam suis cognatis dare, si id cedat in Ecclesiæ vtilitate, & cum solennitate in alienatione requisita. Sed non loquitur de re solita in feudum concedi. Illa enim concedi potest absque solennitate aliàs requisita, vt habetur in cap. 2. de feudis. ibi. *In primo ergo casu feudum decedentis liberè, si videris expedire, conced. as.*

Postrema est sententia, prælatum posse suis consanguineis res infeudari solitas cōcedere in feudum, ita Baldus in c. 1. Qui feud. dare possunt, & ibidem Iason num. 19. Panorm. in c. Vt super. de reb. Eccles. non alienan. nu. 18. 19. Curt. iun. de feudis, par. 2. quęst. 7.

Adsertur pro hac sententia, quod habetur & notatur in c. Dilecto, de præben. in cap. Relatum, de testam. in c. Non satis 86. distinct. quæ loca ad quæstionem istam nō pertinent.

Mihi placet hæc sententia, quæ communior est, si hæc concessio fiat cū Ecclesiæ euidenti vtilitate, ex eo, quod habetur in Extrauag. Ambinosæ. de rebus Ecclesiæ non alienan. ibi: *Nec non infeudationem vel contractum emphyteuticum præterquam in casibus à iure permissis, ac de rebus & bonis in emphyteusin ab antiquo concedi solitis, & tūc in Ecclesiarum euidens vtilitate, &c.* Idem probatur in d. c. 2. de feudis. ibi: *Si videris expedire*. Et cùm Prælati res ab antiquo in feudum dari solitas, concedere possint, vt habetur in d. c. 1. de his qui feudum dare possint, & latè Andr. Geyll. probat lib. 2. obser. vlt. nec vlla lex prohibeat eas concedi consanguineis, nihil vetat, quo minus consanguineis rectè concedi possint, si id expedire Ecclesiæ visum fuerit, vt dictum est.

CAPVT XXXII.

Ex duobus inuestitis de feudo quis præferatur.

Si duo fuerint de eodem feudo inuestiti, alter priùs, alter posteriùs, controuersia est, quis præferatur, & posita est in eo, vtrum is, cui priori tradita est feudi possessio, alteri præferatur. Et quoniam distingui solet, vtrum à Principe feudū sit cōcessum, vel ab alio, hoc posterius membrū in hoc capite tractabo; primū autē in sequenti.

Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ in hoc articulo de feudi inuestitura duobus diuerso tempore data ab alio quàm à Principe. Altera docet, præferendum esse priorem, id est, eum qui prius inuestitus est, ita respondit Ludouicus Romanus in consi. 70. Marsilius sing. 82. & Io. Sichardus ad l. Quoties, nu. 10. C. de rei vend. Altera verò præferendum esse eum, cui priori tradita est possessio, licet posterius inuestitus sit, ita Glos. in c. si facta. Si de feudo defuncti cōtentio sit inter dom. & agna. quā ibi sequuntur Isernia, Baldus, Aluarotus, Afflictus & alij, Hieronymus Schurff. consi. 53. lib. 1. Ias. ad d. l. Quoties

ties.nu.30 Zasius de feudis in 6 par.nume.13. Dominus A meus Cephalus cons.658.nu.17.lib.5.

Prioris sententiæ fundamẽtum est, quia cùm feudum alicui concessum est, non potest sine iusta causa auferri, vt habetur in tit.de feudo, sine culpa non amit. & alibi. Ergo non licet domino, postquam aliquem inuestiuit, alium inuestire in eodem feudo, quia videtur priori feudum datum adimere sine iusta causa. Deinde, quia dominus tenetur inuestitum mittere in corporalem possessionem feudi, vt in c.1.in fine.de noua forma fidelita. Denique, quoniam in feudis idem operatur inuestitura, quod traditio rei.c.1.quib.mod feud.consti.potest; pro qua sententia ego aliquãdo adduxi.c.1.§ Rei. de inuest.de re aliena.facta: *Rei autẽ* (inquit textus) *per beneficium reliè inuestitæ vasallus hanc habet potestatem, vt tanquam dominus possit a quolibet possidente, sibi quasi vendicare, &c.*

Posterioris autem sententiæ fundamentum est in l. Quoties.C.de rei vend. Nam ratio illius legis, etiã in feudis locum habere videtur; quia per inuestituram absque B traditione, nullum ius in rem, is qui inuestitus est, acquirit, sed actionem contra dominum, vt rem tradat, & corporalem possessionem, vt in d.c.1.in fi.de noua forma fidelit. Id probatur, quia traditionibus & vsucapionibus, non nudis pactis dominia rerum acquiruntur. l. Traditionibus.C.de pactis. Ergo, si traditio non intercedat, dominium non transfertur feudi, id est, vtile dominium in vasallum non transit.

Ego puto posteriorem hanc sententiam verissimam esse, quia in hac facti specie, quæstio est, quis præferatur ex duobus inuestitis, id est, quis sit potior in obtinendo feudi dominio, quare absque vlla hæsitatione respondendum est, eum potiorẽ esse, cui res tradita est, quia per traditionem dominiũ acquiritur. Etenim antequam feudũ sit traditum primo inuestito, illius dominiũ remanet penes concedentem, arg.l.pen.C.de rei vend.l. Alienatum. de verb.sig. Quare illud per traditionem rectè trasfertur in eum, qui postea inuestitus est.l. Qui tibi. C.de hæred. C vel actione vend.l. Qui tibi. C. de his qui à non domino manum. quæ est ratio.d.l. Quoties. C. de rei vend. quanquam non ignoro, eam aliter explicari à Cuiacio lib.18. c.31. obser. Hæc cùm ita iure communi constituta sint, nec contrarium vsu feudorum constitutũ sit, videtur inhærendum iuri communi, arg c.1.de feudi cognit.

Non obstant argumenta contrariæ opinionis. Nam respondeo, duos esse considerandos casus. Primus est, quãdo dominus inuestiuit aliquem in feudo, tradẽdo ei possessionem corporalem, quæ dicitur propriè inuestitura. c.1. Quid sit inuestitura. Et tunc non potest illud ei adimere, & alteri dare sine iusta & legitima causa. Alter casus est, quãdo dominus alicui inuestiturã feudi concessit, abusiuè, per hastã & ensem, vt in d.c.1. Quid sit inuesti. & tunc tenetur quidem inuestitum in possessionẽ mittere, sed si non fecerit, verùm alterũ feudo inuestierit, & in possessionem induxerit, non propterea hæc secũdã inuestitura infirmatur, imò valet, & effectum habet, sed tene D tur dominus primo inuestito, id quod interest præstare. Nam licet dominus teneatur præcisè rem tradere, vt dicit tex.in c.si facta. Si de feudo defuncti conten.sit inter dom. & agnatos, & in c.1.in fi.de noua forma fidel.ibi: *Omnimodo cogatur.* tamen cùm iam dominus alteri feudum tradidit, non habet tradendi potestatem, quare ad id quod interest conueniri potest.arg.l.1.ff.de act. empt. præclarè Crauetta in cons.12.nu.2.3.4. vbi multis probat, cùm dicitur, aliquem præcisè ad aliquid faciendum teneri, id accipiendũ esse, cùm factũ præstari potest, secus si præstari non possit, tunc enim aliter consultum esse stipulatori non potest, quàm vt petat id quod interest.

Qua responsione tollitur id quod dicebatur in argumento, dominum præcisè obligatum esse ad tradendum feudum, quia id in præsenti locum habere non potest, quoniam factum istud traditionis feudi præstari non potest, cùm feudum ab alio possideretur.

Quod verò dicebatur inuestiturã idem operari, quod traditio rei, non est ita, si de abusiua inuestitura agatur. Secus, si de vera inuestitura sit sermo, per quã possessio datur.c. Quid sit inuestitura. Nec contrariũ docent loca in argumento allata, & tex.in c.1.§. Rei, intelligẽdus est de inuestitura vera & propria: *Inuestitura autem propriè dicitur possessio*, inquit textus in c.1. Quid sit inuestitura.

CAPVT XXXIII.

Quis præferatur ex duobus à Principe inuestitis feudo?



QVatuor articulis propositis dicam breuiter, quid mihi de hac quæstione statuendum videatur: cæteris Doctoribus quid visum fuerit, non erit difficile cognoscere, si quis loca inuisere voluerit, q̃ postea ego indicauero.

Primus articulus est de Principe duobus vnum & idẽ feudum diuerso tempore in solidum concedente possessione tradita hoc modo. Titio feudum concessit prius, & possessionem ei tradidit, postea idem feudum Caio concessit, & similiter eum inuestiuit possessione tradita: hic respondendum est, primum inuestitum præferendũ esse, quoniã ei priori res est tradita.l. Quoties.C.de rei vẽd. & hoc modo accipiendum est, quod tradit Paulus Castrẽsis in l.2.nu.3.C.de legib. Neq; enim primo vasallo feudum auferri sine causa potest, vt habetur in tit.de feudo sine causa non amitten. Et ideo feudum, vni concessum, non potest alteri cõcedi purè.c.1. Qui successo.teneãtur. Et vsq; adeò verũ est, priorẽ cui possessio rei tradita est, præferẽdũ esse posteriori, vt id locũ habeat, licet eo tẽpore, quo res priori tradita est, tradens dñs non sit, & postea dominium nactus, eã tradat alteri. Prior etenim nihilominus est præferẽdus.l. Si à Titio.ff.de rei vend.l pen.ff. de excep.rei vend.l.4.§. Si à Titio. ff.de doli mali except.

Secundus articulus est de Principe, qui vni feudũ concedit primò per inuestituram absque corporali possessione, sed alteri secundò cõcedit, & simul possessionem tradit ei corporalem. In hoc articulo sic statuo, secundò inuestitum præferendum esse priori.arg. d.l. Quoties. C.de rei vend. quæ lex necessariò etiam in feudis locum habet, tum quia in illis contrarium receptum non est, quo casu seruatur ius commune.c.1.de cogn.feud. Tum quia ratio legis locum habet etiam in feudis, sicut capite præcedenti disputatum est.

Non offendunt hanc sententiam iuris canonici loca, quibus constitutum est, vt is alteri præferatur in ecclesiasticis beneficijs ac præbendis, qui primò beneficium obtinuit.cap. Tibi qui.de rescrip.lib.6.c. Si tibi.de præben. lib.6. Item illa ratio non obstat, quòd Princeps cõtractibus igetur, & non debeat quenquam decipere. Deniq; quod possit absq; traditione dominium transferre. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. Nam quod attinet ad beneficia ecclesiastica, in illis est disparitatio, quia in illis potissimùm titulus iustus spectatur, & ex eo ius acquiritur. Nec corporalis possessio ac traditio dominium eorum transfert; quia is, cui beneficium ecclesiasticum confertur, nõ acquirit dominium illius, nec illud transmittit ad suos hæredes, sicut is, cui feudum confertur, sed eo vtitur ac fruitur in dies, duntaxat, vitæ suæ.

Quod verò dr̃, Principẽ obligari ex contractu, & non debere quenquã fallere, verissimum est, sed non pertinet ad rem nostram, quia non hic disputatio est, an Princeps rectè faciat, an reprehendi possit, ac debeat, & an obligetur ex contractu & promissione priori inuestito, saltẽ ad præstandum id quod interest, sed nostra quæstio est, cùm inter ambos inuestitos cõtrouersia agitatur, vter alteri sit præferendus, & dicimus, eum esse in dominio vtili, vt vocant, feudi potiorem, cui possessio tradita est.

Porrò dato quòd Princeps possit dominium absq; traditione transferre, non tamen inde efficitur eundem id transferre, si non expresserit. Voluntas enim Principis

præsu-

præsumitur esse iuri consentanea. l. Ex facto. ff. de vulg. A & pup. Iure autem dominiũ absque traditione nõ transfertur. l. Traditionibus. C. de Pactis. Adde quod nõ probatur, Principem posse transferre dominium, absq; traditione. ex l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. quia vt aliàs differemus, illa lex hoc non dicit, & malè communiter explicatur.

Tertius articulus est, de Principe feudum concedente, vel ex contractu, vel ex gratia, & ita disponente, vt dominium etiam absque traditione acquiratur ei, cui illud concedit. Hoc in casu, si Princeps supremus sit, qui legibus derogare valeat, quibus ita constitutum est, vt dominium absque traditione nõ transferatur; tunc puto eum, cui priori ita feudum est concessum, præferendum esse posteriori, licet posteriori tradita sit corporalis rei possessio: Ratio est, quia prior dominium iam consecutus est, & est perinde, ac si ei prius tradita esset possessio, quo casu alteri absque dubio præferendus esset, vt dictum est suprà ex d. l. Quoties. C. de rei vend. & ex alijs legibus in primo articulo citatis.

Porrò Principem efficere posse, vt dominium absque traditione transferatur, perspicuum est ex l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. Posse autem legibus derogare ciuilibus, non est dubium. §. Sed naturalia. instit. de iure natu. gen. & ciuili, tradunt Accurs. in l. vlt. C. Si contra ius vel vtil. pub. & ibidem Bartolus, nu. 4. Castrens. nu. 2. Ias. num. 1. Felynus ad c. Nonnulli, nu. 10. de rescriptis.

Quartus & postremus articulus est de Principe, ex gratia vel priuilegio feudum concedente, vni, & postea alij, vtrum posterior, cui tradita sit possessio rei, præferendus sit priori. Et responderut ab alijs, non esse præferendum, quia Princeps in dubio præsumitur velle, vt dominium absque traditione transferatur, quoties ex gratia aliquid concedit. arg. c. Si tibi absenti. de præben. in 6. & quia Principum beneficia latissimè sunt interpretanda. l. Beneficium. ff. de const. princ.

At contrarium ego puto de iure respondendum, quia C principis voluntas præsumitur esse iuris regulis consentanea in dubio. l. Ex facto. ff. de vulg. l. Si quando. C. de inoff. testam. copiosè Menochius de Præsumpt. lib. 2. Præsumpt. 9. & 10. Ergo non præsumitur velle transferre dominium absq; traditione, quia id iuris regulis repugnat.

Quòd verò dicitur in d. cap. Si tibi absenti, nihil prorsus ad rem nostram pertinet. Ait ibi Summus Pontifex, ius in beneficio ecclesiastico, ex collatione Episcopi absenti facta, post ratificationem eius acquiri, *vt tuum dici valeat*. Rectè, quia in ecclesiasticis beneficijs titulus institutionis tribuit ius beneficij, vt declarat Dynus in reg. Beneficium, num. 11. 12. de reg. iur. lib. 6. Ias. in d. l. Quoties, nu. 12. Abbas & alij in c. Continebatur. de his, quæ fiunt à maior. parte, cap. sed in cæteris rebus profanis nõ est ita, quia solus titulus non sufficit, sed requiritur traditio possessionis ad dominium transferendum.

Sed iam superest, vt quod postremo loco pollicitus sum, exequar, catalogum adscribẽs eorum qui hanc quæ- D stionem tractant. Vide igitur Romanum in cons. 70. & 298. Angelum ad l. Officium. ff. de rei vend. Alexand. in cons. 187. nu. 57. lib. 2. & in cons. 3. nu. 7. lib. 5. & 555. nu. 26. lib. 6. Iasonem consil. 27. lib. 5. Decium in consil. 689. nu. 7. Parisium consil. 2. num. 58. lib. 1. Zasium de feudis, parte 5. nu. 16. Gozad. consil. 54. nu. 13. Couuar. lib. 2. variar. resolut. cap. 19. nu. 3. afflict. in cap. 1. Qui success. tenean. Iasonem latè ad d. l. Quoties. & ibidem Io. Sicard. Marsil. sing. 82. Hippol. Riminald. consil. 396. num. 37. lib. 4. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 55. Pistorium lib. 2. parte posteriori, q. 29. Isti alios citant, ex quibus quid alijs in hac quæstione visum fuerit, haud difficulter cognosci potest.

A

CAPVT XXXIIII.

Vtrum surdus, vel mutus, vel aliàs imperfectus feudi sit capax?

IN tit. An mutus, vel aliàs imperf. feudum retin. ita constitutum est: *Mutus & surdus, cæcus, claudus, vel aliter imperfectus, etiamsi sic natus fuerit, totum feudum paternum retinebit. Obertus & Gerardus, & multi alij. Quidam tamen dicũt, eum, qui talis natus est, feudum retinere non posse, quia ipsum seruire non valet. Sic dicimus in clerico, & in fœmina, & in similibus.*

In tit. Episcopum vel Abbatem, ita: *Mutus feudũ retinere non potest, s. qui nullo modo loquatur, sed si feudum fuerit magnum, quo ei ablato se exhibere non valeat, tantum ei relinqui debet, unde se sustinere possit. Et hic omnibus ca-* B *sibus feudum amittitur, & ad dominum reuertitur.*

Hinc maxima oritur controuersia inter Doctores, & quomodo hæc loca accipienda sint, & quo pacto inuicẽ concilianda, & quid denique de hac ipsa quæstione statuendum sit. Vtrum scilicet mutus, cæcus, &c feudum retinere possit. Videndi sunt tam veteres, quàm recentiores interpretes, qui commentaria scripserunt in eadem loca, & præter eos Zasius de feudis, part. 8. nu. 68. Sonsbecius in vsus feudorum, parte 12. nu. 133. Siluanus cõs. 3. Hieron. Schurff cons. 24. lib. 2. Afflict. decis. 324 Marinus Frecia de subfeudis lib. 2. §. Superest. num. 9. & 12. Tiraquell. de primogen. q. 23. nu. 4. Thomas de Marinis tit. 2. de feudo & pacto, & prouiden. antiq. nu. 134. Omnium latissimè hanc rem disputans Ioan. Bolognetus in cons. 4. Pistorius quæst. 32. parte posteriore.

Non puto operæ preciũ ea referre, quæ ab ijs magna iudiciorum varietate ac disceptatione allata sunt. Sunt enim tam cõfusa omnia, tam obscura, vt nec sine magno C labore colligi possint, & collecta, parua cum vtilitate & fructu coniuncta esse videantur. Quid ipse sentiam in tota hac disputatione, septem propositis articulis statim indicabo. Eum qui aliorum placita inuestigare desiderauerit, hæc nostra prius hausisse fortasse non pœnitebit.

Primus articulus est de feudo, cuius gratia personale seruitium vasallus dño præstare non tenetur; si de tali feudo agatur, ego sic statuo, mutum, surdum, &c. eiusdẽ capacem esse, ac meritò illud acquirere & retinere posse. Non laudo huius sententiæ authores, qui nec pauci, nec obscuri nominis sunt, sed rationem adfero perspicuam, quia scilicet oĩs ratio impedimenti, atq; incapacitatis cessat. Illa nempe, quod vasallus sic imperfectus seruire nõ possit. Etenim hoc in casu nihil vetat, quo minus id præstet, quod præstare tenetur, nimirum pecuniam, & censum annuatim, sm feudi conditionem & qualitatem.

Secundus articulus est, qñ personale quidẽ præstandũ est dño seruitiũ, verũtñ vasallus est aptus ad id præstan- D dum, licet mutus, surdus, &c. põt. n. bellicos labores sustinere, gladiũ euaginare, ensem vibrare, & oĩa alia bellica officia exercere. Cuiusdã muti et surdi à natiuitate facit mẽtionẽ Bart. in l. 1. ff. de verb. oblig. & tam perspicacẽ fuisse narrat, vt homines simul loquentes ex motu labiorũ intelligeret, quem proinde Doctores ibi concedunt contractus omnes facere posse, quos alij non possent eo morbo laborantes. Si talis reperiatur vasallus, cur feudũ acquirere ac retinere nõ possit, nihil sanè video ꝓponi posse.

Tertius est articulus, qñ vasallus est cæcus, &c. sed tamen dominus illi ex gratia feudum concedit, vel vt illud retineat consentit, nullique extant idonei, quibus ius in feudo illo quæsitum sit, atq; adeò nulli præiudicium infertur. In hac specie facti non dubito, quin feudum consequi vel retinere possit. Licet. n. ad præstandum dño seruitium vasallus idoneus non sit, ea tamen res nihil ei nocere potest. Siquidem dominus ita vult ei gratificari, & suo fauori renunciare. Potest enim feudum cõstitui absque vllo

que vllo onere seruitij præstandi, velut est feudum, quod dicitur Francum. Zasius de feudis, part. 12. nu. 36.

Quartus articulus est, qn̄ dn̄s consentit, & gratiã facit vasallo muto, cęco, & aliàs imperfecto, vt feudum obtineat, existentibus alijs agnatis idoneis, quibus ius quęsitum est. Hoc in casu non potest vasallus, ita imperfectus, feudum obtinere. Ratio est, quia ius quæsitum auferri non potest ipsis agnatis, arg. c. 1. de alien. feud. pater. Itaque potest quidem dn̄s in sui pręiudicium gratiam ei facere, non autem in alterius præiudicium, arg. l. penult. & vlt. ff. de natalib. restit. Et argumento eius, quod dicitur, primam inuestituram mutari non posse in aliorum præiudicium. Decius in cons. 445. num. 23. Vide in terminis nostris. Afflict. in d. c. 1. an mutus vel surdus, nu. 7. & nu. 10. Pistorium loco superiùs annotato, nu. 10. & nu. 13.

Quintus articulus est, cùm dn̄s feudi non facit gratiã cęco vel muto, sed res ex iure decidenda est, vtrum si capax feudi, illudq́; retinere queat. Agiturq́; de cęco nato, vel surdo, aut muto à natiuitate. Et hoc in casu puto re- B spondendum, non posse feudum obtinere. Primò, quia ita decisum est in d. §. Mutus Episc. vel Abb. Secundò, quia ita etiam decisum est in d. cap. 1. an mutus vel aliàs imperfect. in vlt. opin. Tertiò, quia ratio legis est impedimento, ne feudum obtineat is, qui ita imperfectus est; quoniam seruire non potest, vt dicit ibi textus.

Et licet in primo responso contrarium dicatur ex sententia *Oberti Gerardi & multorum aliorum*, tamen illa sententia non fuit ab alijs recepta, vt patet ex vltima parte eiusdem text. & ex d. §. Mutus. tit. Episc. vel Abbas.

Sextus articulus est, quando vasallus est cęcus vel mutus ex accidenti, nō autem à natiuitate, & tunc puto feudum paternum retinere posse. Moueor ex d. c. 1. An mutus vel aliàs imperf. dum ibi dicitur: *Quidam tamen dicunt, eum, qui talis est natus, feudum retinere non posse.* Hic perpendo id, quod suprà in eodem textu habetur. Mutũ, surdum, cęcum, et aliàs imperfectum, feudum paternum retinere posse, ex sententia Oberti Gerardi, & multorũ C aliorum, siue ita natus sit, siue postea in tale vitium inciderit. Hanc verò sententiam ab alijs receptam & approbatam non fuisse in ea parte, qua docuerunt, talem imperfectum feudum posse retinere, licet sic natus fuerit; sed in alia parte non videtur reprobari, quando scilicet sic vasallus natus nō est, sed casu factus est cęcus, vel mutus. Ergo in hac parte supradictorum sententia locum obtinebit.

Nec illi obstabit text. in d. §. Mutus. Episc. vel Abba. quia non loquitur de feudo paterno, vt statim dicam in articulo sequenti.

Septimus ergo & postremus est articulus de cęco, muto, &c. non à natiuitate, sed ex casu & accidenti, vt loquuntur nostri, cùm agitur de feudo nouo non paterno. Et isto in casu respondeo, vasallum feudum non posse retinere, sed illud amittere. Moueor authoritate text. in d. §. Mutus. Nam eum loqui de muto, &c. ex accidenti, patet ex eo, quòd dicit text. feudum retinere non posse, D & feudum amittere. Nam si à natiuitate cęcus, &c. feudum obtinuisset, illud non amitteret, sed retineret, quia dominus sciens eum imperfectum esse, & nihilominus feudum concedens, videtur ei gratiam facere, & consentire, vt feudum obtineat, licet nullum præstet seruitium, vel per substitutum seruiat. Quod autem tex. ille de feudo nouo loquatur, inde colligi potest quod dicit, his omnibus casibus feudum amitti, & ad dominum reuerti. Nam si feudum sit paternum, illud non reuertitur ad dominum, sed ad agnatos pertinet,

Non obstat si dicatur, tex. accipiendũ de feudo paterno, sed eo in casu, quo agnati nō extant: Etenim si de feudo paterno loqueretur, non diceret ad dominum reuerti, sed ad agnatos, si extent; sin minus, ad dominum.

Et hęc interpretatio eò magis probabilis esse videtur, quia text. in tit. An mutus vel aliàs imperf. loquitur de feudo paterno, & dicit mutum, surdum, &c. totum feu- A dum paternum retinere. tex. autem in d. §. Mutus, ait nō retinere, nisi tantùm, vnde se sustinere possit, si aliter se exhibere vasallus nequeat. Ergo, valdè probabilis est interpretatio ista, quæ distinguit inter feudum paternum & nouum. Paternum totum retinebit vasallus ex accidenti imperfectus factus; Nouum non retinebit totum; sed tantùm vnde exhibere se possit.

His ita positis conciliantur hæc loca, prima fronte repugnantia. Quia sententia Oberti & aliorum locum nō habet in ijs, qui à natiuitate cęci sunt & imperfecti, sed in ijs, qui casu tales facti sunt, si feudum sit paternum. Text. autem in d. §. Mutus, locum habet in feudo nouo.

CAPVT XXXV.

Vtrum clericus feudum obtinere possit?

B In libris feudorum tit. Si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agna. vasalli, cautum est in hæc verba: *Qui clericus efficitur, aut votum religionis assumit, hoc ipso feudum amittit.*

Rursus in titulo, de feudo fęminæ. text. ita dicit: *Ex hoc illud descendit, quod dicitur, clericum nullo modo in beneficium paternum debere succedere, etiamsi postea quam habitum religionis assumpserit, postposuerit. Idem in omnibus qui habitum religionis assumunt, vt conuersi. Hi enim nec postea in feudo succedunt, & si quod habent, perdunt.*

Rursus in tit. de vasallo milite, qui arma bellica deposuit, hæc habentur. *Miles qui beneficium tenebat, cùm esset sine liberis, venerabilem domum intrauit; & seculo renunciãdo arma bellica deposuit, habitumq́; religionis assumpsit, & sic conuersus factus est: hic donec vixerit, feudum retinere conatur, quod dominus vel agnatus sibi pertinere contendit. Sed iudicatum est domini vel agnati conditionem esse priorem, eò quòd desiit miles esse seculi, qui factus est mi-* C *les Christi: nec beneficium pertinet ad eum, qui nō debet gerere officium.*

Amplius in tit. An mutus vel aliàs imperf. &c. hæc verba sunt: *Quidam tamen dicunt, eum qui talis natus est, feudum retinere non posse, qui ipsum seruire non valet. Sic dicimus in clerico, & in fœmina, & in similibus.*

His testimonijs apparet, clericum feudum retinere non posse.

At contra in tit. de capit. Corradi. *Item si clericus veluti Episcopus, Abbas, beneficium habens à Rege datum, non solummodo persona, sed Ecclesia, &c.* Quibus verbis præsupponitur Episcopum & Abbatem feudum obtinere posse. Idem præsupponitur de clericis in c. Verùm. & in c. Ex transmissa de foro competenti, & vsus idem docet in Episcopis Germaniæ, & alibi ferè passim, vt feuda possideant ac obtineant amplissima.

Hinc nata est controuersia inter doctores, aliquibus affirmãtibus, clericos feudũ obtinere posse, aliquibus ne- D gantibus. Vide canonistas in c. In pñsentia, de Probation. Salic. in Auth. Ingressi. C. de sacros. Eccles. feudistas, qui commentati sunt in loca superiùs annotata. Iacopinũ in inuestit. feud. in vers. Et quibuscunque, nu. 4. Siluanum cons. 3. nu. 53. Hieron. Sehurf. cons 68. cen. 1. Hanetonũ de feudis, lib. 2. c. 3. Curtiũ iuniorẽ 2. part. 3. partis princ. nu. 13. Cassaneũ in Cõsuet. Burgundię. tit. Des fiefs. §. 5. Zasiũ par. 8. de success. feudi, circa fin. Clarum. §. Feudũ. q. 78. Thomam de Marinis. tit. 2. de feudis, ex pacto antiquo siue patern. nu. 139. Bart. ad l. Si finita. §. Si de vectigalibus. ff. de dam. inf. Alex. cons. 10. lib. 5. Ias cons. 113. lib. 1. & 117. lib. 4. Ruinum cons. 42. nu. 9. lib. 1. Afflictũ decis. 320. Brunum cons. 17. Crauettam cõs. 303. Cacheranum decis. Peiem. 27. Mynsingerum cẽt. 5. obseru. 48. Pistorium quæst. 33. in posteriori parte, lib. 2. Menoch. cons. 54. lib. 1. D. meum Cephalum in cons. 151. lib. 2.

Igitur à nobis inquirenda est aliqua iusta interpretatio, ex qua & hæc loca inuicem concilientur, & certi aliquid

aliquid in hac ipsa controuersia statui possit. Id autem A commodè fiet, si primùm, quæ minus idoneæ & congruę interpretationes ac sententię videntur dispiciamus. Tum quæ iuri magis & rationi consentaneæ sint declaremus.

Prima est sententia eorum, qui dixerunt, clericum in feudo succedere, & feudum obtinere non posse. Ex testimonijs, quæ priore loco sunt allata.

Hæc sententia ac interpretatio absolutè si intelligatur, non est vera: quia etsi eidem illa testimonia suffragantur, refragaotur tamen alia quæ secundo loco sunt allata, ex quibus manifestum est, clericos feudum obtinere, ac retinere posse.

Secunda est eorum qui defendere conati sunt, clericum feudum retinere authoritate textuum, quorum facta est superius mentio.

Non placet hæc sententia, quia illi obstant priora iuris feudalis loca, quæ contrarium docent.

Neque igitur affirmans, neq; negans sententia simpliciter & absolutè recipienda videtur, ac proinde aliæ inuestigandæ sunt magis idoneæ interpretationes. B

Tertia igitur est sententia, clericum feudum obtinere posse, si per substitutum seruire domino suo velit ac possit, argum cap. Imperialem. §. Firmiter. de prohib. feudi, alien. per Fridericum.

Non est recta interpretatio. Primò, quia nullo iure munita est. Secundò, quia repugnant textus feudales suprà citati, quibus apertè dicitur, clericos feudum amittere. Tertiò, quia si feudum obtinere possent eo in casu, quo per substitutum seruire possunt & volunt, æquum erat id exprimere. Quartò, quia ferè semper clerici feudum obtinerent, si per substitutū seruire posent, & tamen regulariter excluduntur. Quintò, quia repugnat ratio text. in d. l. 1. de vasallo milite, qui arma bellica deposuit. ibi. *Eò quod desiit miles esse seculi, qui factus est miles Christi, nec beneficium pertinet ad eum, qui non debet gerere officium.* Hæc ratio non esset bona, si per substitutum C clericus seruire posset. Et ita seruiendo feudum obtinere. Postremò, quia clericus feudum amittit, vt dicit textus in d. §. Qui clericus. Si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnatos vasalli. Quomodo ergo poterit seruire domino per substitutum?

Nec contrarium probatur in dicto §. Firmiter. hoc enim vult, vt quicunque in publica expeditione vocatus est à domino, si venire supersederit, vel alium pro se domino acceptabilem non miserit, vel dimidium reditus vnius anni ipsius feudi domino non subministrauerit, feudum amittat. Hæc constitutio locum habere non potest in clericis, quia isti feudum amittunt, vel à principio in eo succedere nō posunt, eo ipso quod sunt clerici, quare impossibile est eos per substitutum seruire tanquam vasallos, cùm non sint, nec feudum obtinere queant aut retinere. Argumentum verò ex illo text. hoc probat, si clerici feudum retinere posent, eos per substitutum domino acceptabilem seruire posse. Sed hoc est quod in du D bium reuocatur, an feudum possint obtinere.

Quarta est sententia, si feudum sit tale, pro quo electa personæ vasalli industria non sit, clericum quoque feudum retinere, quia scilicet per substitutum seruire poterit.

Non est idonea hæc interpretatio, si pro feudo præstandum sit personale seruitium, quia repugnat textus, nulla distinctione adhibita, an sit electa industria personæ, generaliter dicens, clericos feudum amittere, quia milites seculi esse non posunt, qui facti sunt milites Christi, nec enim decet, vt solliciti sint de substituto aliquo mittendo, qui eorum nomine militet in bello. Adde vix fieri pose vbi personale seruitium domino præstandum est, quin videatur ese electa industria personæ. Quod si reale seruitium præstandum sit, & hanc ob causam non dicatur electa industria personæ, tunc dicta sententia locum habere potest, vt infrà dicam.

Quinta est interpretatio ac sententia, clericos feudum obtinere pose, si dominus consentiat, & contentus sit, vt per substitutum seruiat, nec de alterius præiudicio, puta agnatorum, agatur.

Hæc mihi videtur æqua interpretatio, quia consensus domini adest, qui potest feudum concedere francum, & nulli seruicio obnoxium, ergo multò magis, vt per substitutum vasallus seruire possit. Item potest feudum fœminæ concedere, & alijs qui non sunt idonei ad seruiendum, Ergo etiam clericis. Dixi, si non fiat præiudicium agnatis, quia si feudum sit paternum, constat agnatis pręiudicare non pose domini consensum, c. 1 de alien. feudi paterni. Nec enim ius quæsitum eis potest auferre, & ideo in tit. de vasallo milite, qui arma bellica deposuit, meritò dicit textus, *agnati conditionem potiorem esse, quàm clerici*. Nec enim dominus poset eo in casu clerico feudum concedere in præiudicium agnati.

Sexta est sententia, clericos feudum obtinere pose, si non sit præstandum personale seruitium, sed reale, puta annuus census pecuniæ, vel alterius rei.

Placet hæc sententia, quia cesat ratio legis impedientis ac prohibentis, clericos feudum retinere, nimirum illa, *nec beneficium pertinet ad eum, qui non debet gerere officium*, vt in d. c. 1. de vasallo milit. qui arma bellica deposuit. Posunt enim commodè annuum censum præstare, vt alij, Ergo etiam feudum retinere, sicut & aliàs imperfecti, vt dixi suprà præcedenti capite, in primo articulo feudum retinere posunt, cuius gratia personale seruitium præstari non debet, quia cesat ratio text. in c. 1. An mutus vel aliàs imperf. quia scilicet *ipsum seruire non valet*. Nam potest annuum censum domino soluere.

Septima sententia est, si feudum francum sit, pose Clericos illud obtinere, & est verissima, quia cesat ratio quę prohibet, cùm nullum sit præstandum seruitium.

Octaua est sententia, vbi feudum annexum est dignitati Ecclesiasticæ. Tunc certè nihil prohibet quo minus clericus feudum obtineat. Et ita accipiendus est textus in c. 1. §. vlt. de capitulis Corradi, & in d. cap. Verùm, & c. Ex transmissa, de foro competen. Et in Germania passim videmus Abbates, Episcopos, & alios Ecclesiasticos feuda possidere, annexa dignitati Ecclesiasticæ, quod iuri consentaneum est, vt patet.

CAPVT XXXVI.

Equites Hierosolymitani, & similes, qui sacro ordini militum nomina dederunt, an in feudis succedere possint?

Ed & controuersia est, vtrum in feudis succedere possint. Equites Hierosolymitani, siue Rhodienses ac Melitēses, qui sacri ordinis militum religionem asumunt. Etenim affirmāt Aluarotus in c. 1. col. pen. vers. Quæro quid si vasallus, de vasallo milite, qui arma bellica deposuit, & ibidem Baldus nu. 4. Præpositus in fine. Afflictus no. 13. Iacopinus in inuestitura feudali, in verb. *Dictiq; vasalli promiserunt non committere feloniam*. nu. 41. vers. *Quid autem in militibus*. Barbatia ad rub. de feudis, col. 3. vers. Quid si vasallus efficiatur miles. Curtius iunior in tract. feudorū, part. 3. q. 10. Rubeus cons. 80. Neuizan. consi. 30. Natta cons. 507. nu. 9. lib. 3. Curtius senior in cons. 62. 63.

Fundamentum præcipuum est, quia isti milites arma bellica non deposuerunt, & ideo cesat ratio textus in d. c. 1. de vasallo milite, qui arma bellica deposuit. Et cùm armis vtantur cōtra infideles, in fauorem fidei Christianæ, putentur seruire domino suo, eo ipso quod pro fide militant. Aut certè per substitutum seruire posunt.

Cæterùm, negāt Baldus in cons. 170. lib. 2. Barbatia de præstantia Cardinalium, par. 1. q. 5. Brunus cons. 17. Cassaneus in Cōsuetud. Burgundiæ. tit. de feudis, §. 5. in vers. Excep. le. religios. nu. 18. Catelianus Cotta in Memor. in vers.

vers.Clericus.Crauetta cons.303. Rulandus cons.23.nu. 9.lib.1. Alciatus respons.29. nu.6. Thomas Marinus de feudis, tit 2 de feudo ex pacto & prouidentia, num.141. Menochius de arbitrar.iudic. casu.231. nu.5. & in cons. 54.lib.1.Cacheranus decis.27.nu.18.

Fundm̃ est firmissimum, quia religioni, quam receperunt, sunt obstricti, nec domino seruire possunt iuramentumq; fidelitatis obseruare, secũdum formam traditam in c. 1. qualiter iurare debeat vasallus domino suo fidel. & in c.1.de forma fidel.& in c.1.de noua forma fidel.

Hæc sententia mihi vr, additis tamẽ declarationibus, quas posui suprà in capite præcedenti, circa quæstionem de clericis. Nam in illis casibus, in quibus clerici succedere possunt in feudis, existimo etiã istos succedere posse, quia nulla diuersitatis ratio adserri potest.

Ad argm̃ verò contrariæ opinionis respondeo, licet isti arma bellica non deposuerint, nõ tamen illis vti possunt pro alijs, quàm pro fide contra infideles. Et licet eã ob causam magno sint honore & fauore digni, non tamen seruire posse dicuntur domino feudi, cùm religioni sint obligati. Nã & cæteri clerici, ac religiosi viri, Deo inseruientes & milites Christi, vt loquitur text. non minori sunt honore digni, & tamen in feudis nõ succedũt. Per substitutum verò in feudis, clerici ac religiosi viri seruire non possunt, quia id præsupponit eos feudum obtinere posse: at non pñt obtinere, imò si qd habent, amittũt, ergo nñ est laborãdũ, an possint seruire p substitutũ.

CAPVT XXXVII.

Vtrum fœminæ in feudo emptitio succedant?

MAxima est controuersia, vtrũ feminæ succedãt in feudo emptitio, id est, precio acquisito & comparato. Adferam huc omnium sentẽtias & argumenta, vt oium collatione facta, quid hac de re sit statuendum, facilius intelligi possit.

Prima est snia eorũ, q dixerũt, feminas succedere posse in feudo emptitio. Ita oium primum docuit Odoffredus, in summa, qui possint succedere in feudo: eandẽ sententiam secuti sunt Romanus in cons.367.nu.12. Decius in cons.269.nu.6.390.nu 7.& alibi. Ruinus cons.18.nu. 18.lib.1.Curtius iunior in 1.par.3.partis, nu.6. Clarus.§. Feudum.q.73.vers.Sed quid in feudo empto. Natta cõs. 246.nu.4.& 393.nu.8. Hipp.Rimin.cõs.256.nu 9.lib.3. D.meus Decian.cõs.58. nu.49.lib.2.Menoc.cõs.498.nu. 17.lib.5.vbi alios citat, qbus adde And.Geyll.li.2.obser. 159.vbi testat, ita fuisse in Camera Imperiali iudicatum.

Fundm̃ est, qa feudũ pecunia emptũ, nõ est ppriè feudũ. Etenĩ feudũ non sub prætextu pecuniæ, sed amore & honore dñi acquirendũ est, c.1. de feudo dato in vicẽ legis Commissoriæ. Quare nec leges, quæ de feudo propriè sumpto loquunt, in tali feudo locũ habere possũnt. Fœminæ aũt excluduntur à successione feudi propriè sumpti, veriq; & recti. Nã cõstat eas ĩ feudo impropriè sumpto succedere, vt in c.1.de feudo fœminæ. Itaq; in feudo emptitio, qa ex contractu acquirit, vr locus esse iuris regulis, q̃ in contractibus seruant, vt nimirũ ad hrdes transeãt.l.Veteris.C.de contrah. & cõmitt.stip.l.Si pactũ.ff. de Probat. Iure autem ciuili hæredes sunt tam masculi quàm fœminæ.l.Maximũ vitium.C. de liber. præteritis.

Altera est snia, fœminas in feudo, de quo agitur, succedere nõ posse. Ita Præpositus & Afflict.nu.23.in §. Et quia.de his qui feudũ dare poss. Iacopinus in inuest.feudali, in verbo *& fœminis*, num.6.Zasius de feudis, par.8. nu. 37 & par.12.nu.21.& cons.8.nu.22.& 23.lib.2.Curtius iunior par.3.in princ.nu.2. vers.Primo igitur limita. Brunus cons.18.nu.9.& 108.nu.27. Hanetonius de feudis, lib.2.c.8. Ruland. cons.41. lib.4. Menochius cons.1. nu.470. Pistorius lib.2. parte posteriori, quæst.34.

Fundamentum est, quia feudum dr etiam illud, quod pecunia acquisitum est. Et licet in hoc à natura proprij

A feudi alienum sit, quatenus non est beneficium gratia & amore domini acquisitum, non tamen sequitur in alijs etiam alienum esse debere. arg. tex. in c.1.de feudo, non habente propriam naturam feudi.

Tertia est opinio, fœminas admitti ac succedere in feudo precio acquisito & empto, si hæc duo cõcurrant, nimirum, vt iustum ac integrum precium numeratum fuerit; & nullum personale seruitium præstandum sit. Ita Socinus iunior in cons.65.num.16.lib.1. post Baldum, in §. Et quia vidimus. de his qui feudum dare possunt, & alios quos allegat, refert & sequitur D.meus Cephalus in cõs. 172.nu.15.lib.2.

Fundamentum est, quia hoc in casu rationes cessant, propter quas regulariter fœminæ à feudis excluduntur, quia scilicet personale seruitium præstare non possunt; c.1.An mutus vel aliàs imperf. Et maximè cùm precium numeratum sit, quod facit, vt nõ beneficium reputetur, sed contractus, qui sine dubio transit etiam ad fœminas.

B Quarta est sententia, Fœminas succedere posse in feudo emptitio, quando ab ipso domino venditum est, non autem si ab alio vasallo, ita Curtius senior in consilio 48. col.7. Alciat.responso 170.nu.3.

Fundamentum est, quia venditio facta ab alio, quàm à domino, nocere non potest ipsi domino, neque impedit, quo minus feudum suam naturam obtineat, & regulis feudalibus subiaceat.

Quinta & postrema est sentẽtia, vt mihi videtur, Hieronymi Garzonij, in tract. de fœminis ad feuda recipiendis vel non, in 6.lim.vers.Sexto restringitur, fœminas quidẽ excludi à successione feudi emptitij, sed tamen dominũ, qui eas vult excludere, ac illis præferri, reddere eis debere precium quod accepit. Ratio illa potest adferri, quia nõ videtur æquũ, vt dns feudum obtineat, & simul quoq; pecuniam, id est, preciũ ipsius feudi: sicut enim pecuniã fœmina hæres accipere potuisset, si non ex ea fuisset feudũ comparatum à parente suo, ita iustũ videtur, vt

C si feudum obtinere non possit parente mortuo, saltẽ precium eius consequatur, à domino ei restituendum, arg. cap.1.de natura feudi, ibi. *Vel nisi emerint feudum, &c.*

Ego sanè tot ac tantis eruditissimis Iurisconsultis, qui has opiniones attulerunt, fidem abrogare nec volo, nec debeo. Veruntamẽ vt ingenuè dicam id quod sentio, eorum sententiam magis probo, qui negant fœminas admitti ac succedere in feudo. Est enim hæc sententia firmiori, vt mihi videtur, subnixa fundamento, quàm alia quæuis, nimirum tex. in c.1.§.Et quia vidimus.de his qui feud.dare possunt, illis verbis: *Hoc autem notandum est, quod licet filiæ, vt masculi patribus succedant, legibus tamen à successione feudi remouentur, similiter & earum filij, nisi specialiter dictum fuerit, vt ad eas pertineat.* Idem docet tex. in c.1.§.vlt.de success.feudi.

Sibi ergo imputet qui feudum emit, si non stipuletur etiam filiabus suis. Nam scit vel scire debet, feudum ad fœminas non transire, nisi specialiter dictum fuerit, vt ad

D eas quoque pertineat. Et ideo non obstat illud argumentum prioris sententiæ, quo dicebatur, feudum emptum non esse feudum propriè, & secundum contractuum regulas determinandum esse; quia licet hoc respectu non sit feudum propriè, iure tamen feudi censeri debet in alijs, arg. cap. 1.de feudo non habente propriam naturam feudi.ibi. *Licet propriam feudi naturam non habeat, iure tamen feudi censebitur.*

Et quemadmodum contractus ad hæredes transeunt, ita etiã feuda transeunt, sed ad hæredes masculos, non ad fœminas, c.1.§.Profecto.de lege Corradi. Quare hoc in casu ad hæredes quoq; trãsibit, sed masculos tantùm, nõ etiam feminas, quia non amittit tamen suam naturam. Feudum enim manet & vocatur, licet emptum precio fuerit.cap.1. de natura feudi.ibi. *Vel nisi emerint feudum.* c.1.de feud. datis minimis valuassorib.c.de benef.fratris.

Quæ verò adferũtur pro fundamẽto aliarũ sententiarum, ea non refello, quia non improbabilia sunt, sed nec defen-

de feudo, quia nec certo iure nituntur, & quam amplexus sum sententiam, illa mihi sanè probabilior videtur.

CAPVT XXXVIII.

In feudo fœmineo an succedant fœminæ?

EXtat constitutio feudalis sub tit. de Feudo fœminæ, in hæc verba: *Si fœmina habēs feudum decesserit, quia fœmineum est feudum, & sine pacto speciali deficientibus filijs masculis ad filias pertinebit, Obertus & Gerardus. Alij verò dicunt, nisi per pactum speciale ad eas non pertinere, sicut si datum esset filio masculo: quia si ideo quod est fœmineum sine pacto transit in fœminas, eadem ratione quia est fœmineum, transit in fœmineam prolem, etiam masculis extantibus, quod falsum est. Ex hoc illud descendit, quod dicitur, clericū nullo modo in beneficiū paternū debere succedere, etiamsi postea quam habitum religionis assumpserit, postposuerit.*

Hæc constitutio occasionem dedit controuersiæ inter Doctores, vtrum in feudo fœmineo succedant fœminæ, si non speciali pacto id cautum sit. Etenim multi negant adducti ex secunda parte textus, quæ incipit: *Alij verò dicunt*. Plurimi verò affirmant, priori parte textus innixi, quæ ita disertè docet.

Negantí sentētiæ hæc præterea adstipulantur. Primò, quod fœminæ regulariter in feudis non succedunt. Secundò, quod fœmina acquirens feudum, non debet plus iuris habere quàm masculus. Masculo autem certum est fœminam non succedere. Tertiò, q̄m is qui fœminæ feudum concedit, censetur illud concessisse fin ipsius naturam, quæ est, vt fœminæ non succedant. Quartò, quia fœminam feudum habere pugnat cum regulis feudorū, ergo vt minus regulæ offendantur, non debet post eam fœminam, cui primò cōceditur, sequens etiā admitti. Quintò, quia ratio diuersitatis cōsiderari potest inter eam, cui feudum primo concessum est, & alias, quæ ex ea descendunt. Potuit enim fieri, vt motus fuerit dominus ad feudum cōcedendum matri, aliqua ratione, quæ in filia cesset. Sextò, quoniam nec filij masculi succedūt matri suę, secundùm iuris rigorem, vt in c. 1. An maritus succedat vxori, ergo multò minus fœminæ. Septimò, quia ex duabus sententijs, quæ commemorantur in d. c. 1. de feudo fœminæ, posterior sententia ab authoribus feudisticorū librorum videtur approbata, id patet ex eo, quòd secundùm hanc posteriorem sententiam argumentum sumitur hoc modo: Si feudum, quo fœmina morte excidit, non recidit in fœminam ex ea descendentem. Ergo feudum etiam, quo masculus excidit, sumpto clerici vel monachi habitu, non recidit in eundem, habitu deposito.

Ita docuerunt Glos. & Andr. Isernia in d. c. 1. de feudo fœminæ, Mattheus Afflictus, nu. 4. vbi dicit, communē esse sententiam, H. ibidem, citatur etiam Io. Thomas Minadous, quem non vidi, in constitutionem Regni. c. In aliquibus, sub Rub. textus constitutionis, nu. 20.

Affirmanti autem sententię primùm adstipulatur tex. in c. 1. de Natura success. feudi, in illis verbis: *Inferiusq; verò filium succedit patri & non filia, nisi ex pacto, vel nisi sit fœmineum*. Secundò, text. in cap. iugales, in capitulis extraord. apud Iacobum Ardizoni, cap. 150. & apud Cuiacium, lib. 4. tit. 104. cuius hæc sunt verba: *Iugales à quodā milite simul de eodem feudo inuestiti fuerant, vt in se descendentesq; suos id haberent. Hi ex se filio & filia superstitibus defuncti sunt, inter quos feudi quæstio agitatur. Masculus enim vniuersum feudum sibi vendicat, fœmina verò ad parentum feudum pariter cum fratre vocari se defendit. Quidam pro masculo, quidam pro fœmina pronunciant. Eorum qui pro filia iudicant, sententiam sequendam esse censeo, cùm filia ex antedictorum iugalium contubernio superest, ex prædefuncta vxore alio suscepto masculo, qui consanguineus ad eam frater sit. In cæteris priorum sententia sanè sequenda est. Quod si sola ex matrimonio relicta filia, nullo*

A *ex eo vel alio connubio superstite masculo, ab hac luce subtracti fuerint, feudum secundi fere prudentum nostræ ciuitatis opinio, vt dimidiam quidem partem fœmina sibi acquirat, reliquam verò dominus aut hæres eius accipiat.*

Tertiò adstipulatur huic sententiæ, quod ex duabus sententijs relatis in d. cap. 1. de feudo fœminæ prior sententia Oberti & Gerardi videtur approbata, et altera reiecta, quod patet ex illis verbis: *Quod falsum est*, quæ referenda sunt ad posteriorem sententiam, vt sensus sit, falsum id esse, quod alij dixerunt contra priorem sentētiā.

Atque ita docuerunt Iacob. Beluis. Bald. Aluarot. Præpositus, D. Baro Schenck. Petr. Rauen. & Eguinarius Baro ibi. Iacopinus in inuest. feudali, in verbo fœminis, num. 3. Curtius iunior in tertia parte tract. feud. in princ. nu. 3. Zasius de feudis, par. 8. nu. 39. Sonsbecius par. 9. nu. 123. Hanetonius lib. 2. cap. 8. Duarenus de feudis, cap. 10. nu. 4. Clarus §. Feudum. q. 73. Romanus cons. 367. nu. 12. Socinus iunior cons. 109. num. 7. lib. 2. Rolandus à Valle
B cons. 67. nu. 20. lib. 2. & 76. nu. 7. lib. 3. Bursatus cons. 65. nu. 9. Burchold. tract. feudali, c. 7. nu. 6. Pistorius alios citans lib. 2. parte posteriore, quæst. 34. nu. 20.

Ego posteriorem hanc sententiam amplector. Primò, quia magis communis est, & in re maximè dubia communiorem sententiam tutius est amplecti. Secundò, quia habet duos textus, quibus nititur, satis perspicuos, nimirum text. in d. cap. 1. de natura success. feudi, & text. in d. c. Iugales. in extraord cap. & præterea Oberti & Gerardi authoritatem, vt habetur in d. c. 1 de feudo fœminæ. Tertiò, quia ratio æquitatis adstipulatur. Nam cùm feudum sit fœmineum, cur non fœminæ admitterentur: qd. argumentum erat Oberti & Gerardi. Postremò, quia ratio qua nititur posterior sentētia relata in d. cap. 1 de feudo fœmin. nullius est momenti. Illa enim est ratio, quoniam, si fœminæ succederent in tali feudo, deberent etiā succedere filijs extantibus. Quod tamen falsum est, quia filijs extantibus fœminæ non succedunt, licet feudū etiā
C fœminis concessum sit, vt patet ex cap. 1. de eo, qui sibi & hæred. & ex cap. Filia de success. feudi. (Hic enim verus est sensus illorum verborum, *quod falsum est.*)

Hoc argumentum, inquam, nullius est momenti, quia negari potest sequela. Etsi enim fœmina succedere possit, non tamen sequitur eam succedere etiam existētibus masculis, quia scilicet masculi præferuntur. Id patet, nam hæc duo videntur æquiparari, quod feudum sit fœmineū, vel fœminæ ex pacto succedant, vt probatur in c. 1. de natura succes. feudi, ibi: *Nisi ex pacto, vel nisi sit fœmineum*, sed quando fœmina ex pacto succedit, hoc intelligitur, si masculi non extent. Nam masculis existentibus excluduntur fœminæ. Ergo idem est dicendum, si feudum sit fœmineum. Sic. n. minus læduntur iuris regulæ, & strictè accipitur concessio, fœminis facta contra iuris regulas.

Non obstant argumenta contrariæ opinionis. Nā primum argum̄ locum non habet in feudo fœmineo, vt patet ex d. c. 1. de natura success. feud. Secundum verò hoc
D præsupposito destruitur, quia sic apparet aliter feudum fœmineum esse accipiendum, quàm masculinum. Tertiū quoq; corruit, quia concedens vt voluisse etiam fœminas succedere. Quartum ex eo tollitur, *quod in his, quæ contra rationē iuris constituta sunt, nō possumus sequi regulam iuris*, vt inquit Iulianus in l. 14. ff. de legibus. Quintum nō obstat, quia nulla ratio diuersitatis inter fœminā, cui primò feudum datur, & alias ex ea descendentes. Oēs enim sunt inhabiles regulariter & incapaces feudorum. Ideo cùm in vna dispensatum sit, in alia quoq; dispensatū vr. Ad quintum respondetur, filios masculos succedere matri ex æquitate, vt dicit text. in d. c. 1 an marit. vxori succed. & eadem æquitas facit, vt etiam fœminæ succedant, quando feudum est fœmineum. Ad septimum, negamus vltimā sententiam approbatam fuisse in d. c. 1. de feudo fœmin. imò potius prior sententia probari videtur, qui textus dicit: *Alij dicunt*. Nō obstat, quod dicitur ex posteriori sententia argumētū sumi ad id, quod text. subdit de clericos

ex quo

ex quo videtur conijci poſſe eam ſententiam approbari. A Nam non eſt ſatis idonea hæc coniectura, quia nihil vetat ex ea ſententia aliquid conſtitutum eſſe in alijs caſibus, & non tamen eam ſententiam approbari, licet aliorum caſuum deciſio approbentur. Nam ratio illius ſententiæ in clericis & monachis optimè quadrat. Etenim cùm ſemel ij ſeudo exciderint, nulla eſt ratio, cur ſine ſpeciali gratia domini illud recuperare poſſint. At in ſeudo fœmineo magna eſt ratio, quæ pro deſcendentibus fœminis facit, vt mortua matre admittatur ex ſeudi qualitate, quod iam degeneraſſe conſtat à propria natura ſeudi.

CAPVT XXXIX.

Vtrum fœminæ ſuccedant in feudo franco.

FEudum quoddam francũ appellant Doctores, pro quo nullum præſtatur ſeruitium domino, & diſputant, an fęminæ poſſint in eo B ſuccedere, alijs affirmantibus, alijs verò negantibus. Affirmãt Bald. in §. Et quia. de his qui ſeudum dare poſſint. nu. 19. Romanus in conſ. 33. & 367. & ſingulari 177. incip. Fœmina. Alex. conſ. 30. nu. 2. lib. 1. Corneus conſ. 16. num. 9. & 239. nu. 4. lib. 1. Decius conſ. 85. nu. 6. & 424. nu. 14. Marſilius ſingulari 411. Fœminæ non ſuccedunt. Ruinus conſ. 18. nu. 12 & 38. nu 8. lib. 1. Alex. conſ. 29. & 30. lib. 1. Granis reſpõſo 9. nu. 153. lib. 1. Alciatus reſpõſo 160. nu. 24. Pariſius conſ. 4. nu. 19. conſ. 12. nu. 27. conſ. 16. nu. 4. conſ. 23. nu. 30. lib. 1. Siluanus conſ. 3. nu. 59. Rolandus conſ. 23. num. 10. lib. 1. conſ. 48. nu. 40. lib. 4. Thobias Nonius conſ. 1. nu. 38. Clarus §. Feudum. q. 73. Cuiacius lib. 1. de Feudis, tit. 2. § pen. Menochius conſ. 69. nu. 16. Burſatus conſ. 150. num. 59. Piſtorius lib. 2. parte poſteriori, q. 34. nu. 33.

Negant verò, Baldus ſibi contrarius in l. Quoties. C. de ſuis & legitim. hæred. Martinus Laudenſis, & Præpoſitus in §. Et quia vidimus. de his qui ſeud. dare poſſ. C Iacopinus à S. Georgio in Inueſt. ſeudali, in verbo & fęminis. nu. 5. Curtius ſenior conſ. 49. col. 4. Curtius iun. de feudis in 3. part. in princip. in 5. lim. Zaſius de feudis, part. 8. nu. 34. Thomas Marinus de ſeudis, tit. 11. de feudo fœmineo ſiue materno, nu. 19. Duarenus de Feudis, cap. 10. num. 7. Hanetonius de Feudis, lib. 2. cap. 8.

Affirmantis ſententiæ fundamentum eſt primum in c. ſi cui militi. in capitulis extraordinarijs feudorum, & apud Cuiacium lib. 4. tit. 104. cuius verba hæc ſunt: *Si cui militi ad certum ſeruitium feudum fuerit datum, isq́; relicta ex ſe deſcendente fœmina deceſſerit, quæ id ſeruitium iuxta feudi conditionem non minus decenter præſtare poſſit, quàm maſculus, & ſi in inueſtitura minime cautum ſit, vt & fœmina ad id aſpirare valeant, eam tamen admitti rectum putamus, quinimò hoc caſu ſimul cum maſculo in feudo eam ſuccedere quidam putãt, quod multò magis dignum obſeruantia exiſtimauimus, cùm feudum ſic datum eſt, vt nullum pro eo ſeruitium fiat, vt pleraq́; hodie feuda dantur.* D

Secundò, in hac ratione. Nam ceſſante ratione legis, ceſſat lex. Sed ratio legis arcentis fœminam à ſucceſſione feudi, illa eſt, quia ſeruire non valet, vt habetur in c. 1. An mutus, vel ſurdus, vel aliàs imperſ. &c. ibi. *Quidam tamen dicunt, eum, qui talis natus eſt feudum retinere non poſſe, quia ipſum ſeruire non valet, ſic dicimus in clerico, in fœmina, & in ſimilibus.*

Hæc ratio ceſſat in quæſtione noſtra, quia fœmina nullum præſtare ſeruitium debet, cùm ſeudum ſit francum, pro quo nullum ſeruitium præſtandum eſt.

Fundamentum autem negantis ſententiæ poſitum eſt in regula generali ſeudorum, qua dicitur, fœminas in feudis non ſuccedere. §. Hoc autem, de his qui ſeudum dare poſſunt. Ab hac enim regula generali caſus iſte non repetitur exceptus.

Ad text. in c. Si cui militi, reſpondent, illud non haberi in vulgatis & ordinarijs Codicibus, & ideo apocry- A phum eſſe, nec argumentum ex eo ſumi poſſe.

Ad rationem illam reſpondent, licet fœmina non teneatur aliquod ſeruitium præſtare, tamen cùm feudum præſupponatur eſſe, in conſequentiam teneri ad præſtandum fideįitatis iuramentum, iuxta tex. in c. 1. de noua forma fidel. & in c. 1. de noua forma fidelitatis. Non poteſt autem fœmina præſtare, quæ in dicto iuramento fidelitatis continentur, quia non poteſt habere ius vindictæ, agereque ea, quæ viri agunt. Hoc enim eſt id, quod vulgò dicitur: *Fœmina non leuat faydum.* nec multa alia facere, quæ in dicto fidelitatis iuramento continentur.

Ego puto, huius quæſtionis definitionem ex hac quæſtione potiſſimùm pendere, vtrum licet ſeudum ſit francum, vt præſupponimus, ita vt nullum præſtandum ſit ſeruitium, nihilominus præſtandum ſit iuramentum fidelitatis, iuxta formã, quæ habetur in tit. de noua forma fidelitatis. Nam ſi præſtandum ſit, certum eſt, fœminam ſeudum obtinere non poſſe, quia non poteſt ea facere, B quæ in dicta iuramenti forma continentur. Si verò non ſit præſtandum tale iuramentum, tunc nihil proponi video, cur fœmina repelli debeat à ſucceſſione ſeudi, cùm ratio legis eam excludentis prorſus ceſſet in hoc caſu, & coniectura ſit non contemnenda, ita viſum fuiſſe peritis rerum feudiſticarum ex dicto cap. Si cui, militi, licet non ſit textus prorſus Authenticus.

Exiſtimo itaque, hæc eſſe repugnantia, quod feudum dicatur eſſe francum & liberum, ita vt nullum exigat ſeruitium, & quod illa exigat, quæ in iuramenti formula ſupradicta continentur. Tunc enim ſeruitium exigeret nõ paruum, vt ex contentis in dicta formula intelligi poteſt.

Quamobrem non puto, iuramẽtum eſſe præſtandum, quod ponitur in dicto tit. de noua forma fidelit. ſed duntaxat iuramentũ fidelitatis aliquod non repugnans qualitati feudi, quod liberum & frãcum eſſe præſupponitur. Eiuſmodi iuramentum cùm ita commodè ac decenter per fœminam præſtari ac impleri, ſicuti per marem poſ- C ſit, exiſtimo fœminam meritò in tali ſeudo ſuccedere poſſe. Quod ſi nullum iuramentum fidelitatis ex pacto præſtandum ſit, tunc eo magis res eſt clara, fœminam ſuccedere poſſe.

Cæterùm, ſi ſeudum francum eſſe proponatur, ſed ita tamen, vt vaſallus ex pacto iuramẽtum præſtare debeat, ſecundùm formam, quæ habetur in dicto titul. de noua forma fidelitatis, tunc puto ita francum intelligendũ eſſe ſeudum, vt tamen ea ſeruentur, quæ in dicta iuramenti forma continentur, & conſequenter vltra ea francum ſit & liberum, ſicut dicebat Io. And. in add. ad ſpeculator. tit. de præſcript. in addit. 1. circa finem. Et hoc in caſu illis adſtipulari nequeo, qui fœminam ad tale ſeudum admittunt, quia in dicta formula iuramẽti multa continentur, quæ per fœminam explicari non poſſunt, puta illud: *Et ſi ſciero te velle iuſtè aliquem offendere, & inde generaliter vel ſpecialiter fuero requiſitus, meum tibi, ſicut potero, præſtabo auxilium,* & multa ſunt alia in dicta formula, quæ cùm à D fœmina expediri non poſſint, nõ video quam ob cauſam ſeudum obtinere poſſit, niſi quis ridiculè dixerit, fœminam ita iurantẽ non obligari iuramento; ſed profectò nõ decet in hunc modum abuti iuriſiurandi religione.

CAPVT XL.

Fœminæ vtrum in feudo ſuccedant, in quo iuramentum fidelitatis eſt præſtandum, ſed debet ſolũ annuus cenſus, vel aliud præſtari ſeruitium, quod etiam fœmina præſtare poteſt.

EX his quæ dixi circa finem præcedentis capitis, quid in hac facti ſpecie iure mihi ſtatuendũ videatur, perfacilè eſt intelligere. Sic enim ſtatuendum puto, fœminam ſuccedere non poſſe, quia licet annuum cenſum præſtare poſſit, non tamen

men

men ea obſeruare põt, quæ ex iuriſiurãdi formula promittit. Ergo niſi authores perfidiæ ac periurij eſſe velimus, nec fęminã iureiurando onerabimus, nec feudo honorabimus. In tit. de noua forma fidelitatis hæc formula præſcribitur: *Ego Titius iuro ſuper hæc ſancta Dei Euangelia, quod ab hac hora in antea vſque ad vltimum diẽ vitæ meæ ero fidelis tibi Caio domino meo, contra omnem hominem, excepto Imperatore vel Rege, &c.* Item: *Ego iuro, quod nunquã ſcienter ero in cõſilio, vel auxilio, vel in facto, quod tu amittas vitam, vel membrum aliquod, vel quod tu recipias in perſona aliquam læſionem, vel iniuriã, vel contumeliam, vel quod tu amittas aliquem honorem, quem nunc habes, vel in antea habebis. Et ſi ſciero, vel audiero de aliquo, qui velit aliquod iſtorum contra te facere, pro poſſe meo, vt non fiat impedimentum præſtabo. Et ſi impedimentum præſtare nequiuero, quàm citò potero tibi nunciabo, & cõtra eum, prout potero, auxilium meum tibi præſtabo. Et ſi contigerit te rem aliquam, quam habes, vel habebis, iniuſtè vel fortuito caſu amittere, eam recuperare iuuabo, & recuperatam omni tempore retinere. Et ſi ſciero te velle iuſte aliquem offendere, & inde generaliter vel ſpecialiter fuero requiſitus, meum tibi, prout potero, præſtabo auxilium. Et ſi aliquid mihi de ſecreto manifeſtaueris, illud ſine tua licentia nemini pandam, vel per quod pandatur faciam, & ſi cõſilium meũ ſuper aliquo facto poſtulaueris, illud tibi dabo conſilium, quod mihi videbitur magis expedire tibi, & nunquam ex perſona mea aliquid faciam ſcienter, quod pertineat ad tuam, vel tuorum iniuriam, vel contumeliam.*

Hęc capita iuramenti ſeruare, virile eſt officium. Diocletianus: *Alienam ſuſcipere defenſionem, virile eſt officiũ, & vltra ſexum muliebrem eſſe conſtat.* l. 18. C. de Procur. Præſertim verò cùm agitur de defendendo aliquo à vi, & iniuria corporali, vt in hoc caſu agi manifeſtũ eſt. Multò minus mulier idonea eſt ad adiuuandũ dñm volentẽ iuſtè aliquem offendere. Quare vt dicebam, cùm hæc à fęminis præſtari non poſſint, conſequens eſt, eas nõ poſſe eiuſmodi iuſiurandum ſubire, ac proinde, nec feudum obtinere, quod requirit tale fidelitatis iuſiurandum.

Atque ita reſponderunt Alex. in conſ. 9. nu. 7. 8. lib. 5. Decius in cõſ. 139. in fine, & 193. & in l. 2. nu 64. de reg. iur. Brunus conſ. 41. nu. 4. Zaſius de feudis, part. 8. nu. 49. Curtius iunior de feudis, par 3. in princ. nu. 12. verſ. *Nono fallit.* Roland. à Valle, conſ. 23. nu. 35. lib. 1.

Contrariũ rñderunt Socinus ſenior conſ. 257. col. 2. lib. 2. Pariſ. conſ. 12. nu. 28. lib. 1. Ruinus conſ. 18. nu. 17. lib. 1. Menoch. conſ. 65. nu. 16. iſti loquuntur in terminis quæſtionis noſtræ. Piſtorius autem lib. 2. parte poſteriori, q. 34. nu. 37. qui & Romanum citat in conſ. 367. num. 12. & Clarum, §. Feudũ. q. 73. & alios, non loquit͛ expreſsè in caſu iſto, qñ præſtandum eſt iuſm fidelitatis, ſicut nec Clarus, nec Romanus, nec alij multi ab eo citati.

Fundamentum eſt primò in c. ſi cui militi. in capitulis feudorum extraordinarijs, cuius verba retuli in capite præcedenti, vbi re vera, ita expreſsè conſtitutum eſt, ſed reſponderi poteſt, non loqui text. illum in terminis noſtris, quando videlicet iuramentum fidelitatis præſtandum eſt ſecundùm formam ſupradictam.

Et licet ibi mẽtio fiat inueſtituræ, nõ tñ infertur hoc præſupponere, vt fidelitatis iuſm præſtetur ſm modum ſupradictum: licet. n. vaſallus, qui de feudo inueſtiendus eſt, iuramentum præſtare debeat fidelitatis, id tamẽ locum habet in feudo proprio & vero, quale nõ eſt feudũ illud, pro quo ſeruitium præſtandum eſt, quod ita commodè per fęminam, ſicuti per virum explicari poteſt.

Etenim ſicut dixi in præcedenti capite, hæc implicant quandam contradictionem, nec ſimul cohærere poſſunt; præſtandum eſſe ſeruitium tale, quod fœmina præſtare poſſit, & præſtanda eſſe ea, quæ in iuramenti fidelitatis formula continentur. Ea enim non continent eiuſmodi ſeruitium, quod à fœmina præſtari poſſit. Huic argumento nullum allatum vidi reſponſum, quod ſit idoneum, quanquam Menochius, in ſua hypotheſi optimè

A reſpondeat ex facti de quo reſpondit, circumſtantijs.

Præterea illud eſt fundamẽtum poſterioris huius ſententiæ, quod cùm feudum ſit improprium illud, quod nõ perſonale ſeruitium exigit, non habeat in eo locum feudalis conſtitutio, repellens fœminas à ſucceſſione, ſed potius ius commune eas vocans vnà cum maſculis. l. Maximum vitium. C. de lib. præteritis. Reſponderi poteſt, id non rectè inferri, quia non ſi in vno feudum à ſua natura ac proprietate degeneret, idcirco in omnibus alijs degenerare debet. cap. 1. de feudo non habente propriam naturam feudi.

Adde quod gẽneralis eſt feudalis conſtitutio fœminas à ſucceſſione repellens, ac proinde in omni feudo locum habere intelligitur, niſi ſit fœmineum, vel ex pacto fœmina ſuccedat, vt in c. 1. de natura ſucceſſ. feudi.

CAPVT XLI.

B *Ad cap. 1. de eo, qui ſibi & hæredibus ſuis maſculis, vel fœmin. &c. An fœmina ſemel admiſſa excludatur à maſculo poſtea nato.*

EXtat feudalis cõſtitutio lib. 2. tit. 17. in hæc verba: *Qui ſibi vel hæredibus ſuis maſculis, vel his deficientibus, fœminis per beneficium inueſtituram feudi accepit, vna tantùm filia ſuperſtite, nullo alio deſcendente relicto deceſſit; hæc marito paternũ feudum in dotem dedit, & deceſſit duobus filijs ex eo procreatis: quorum vnus duas filias reliquit, alter verò vno filio maſculo relicto deceſſit. De prædicto itaque feudo vrgentem vidimus quæſtionem: maſculo quidem hoc feudum totum ſibi, quia ſolus eius, qui primo inueſtituram accepit, hæres maſculus ſit, vindicante; fœminis verò totam ſui patris partem ſibi defendẽtibus, quia ex illo nullus extitit maſculus. Cumque inter ſapientes ſæpe ſuper hac quæſtione ſit diſputatum, tandem pro maſculo pronunciatum eſt. Non enim patet lo-*
C *cus fœminæ in feudi ſucceſſione, donec maſculus ſupereſt ex eo, qui primus de hoc feudo fuerit inueſtitus, &c.*

Nunc proponitur hæc facti ſpecies. Quidã feudum acquiſiuit ſibi, ſuiſq; hæredibus maſculis & fœminis, & relictis duabus filiabus diẽ ſuũ obijt, filiæ in feudo ſucceſſerunt, poſtea altera earum moritur relicto maſculo, vtrũ ille maſculus non ſolùm ſuccedat in portione matris ſuę, verum etiam in portione materteræ, eamque excludat?

Affirmãt Glo. ibi. Andr. Iſern. Martinus Laudenſis & Afflictus nu. 12. Iacopinus à S. Georgio in inueſtitura feudali, in verſ. Fœminis. nu. 17. Celſus Hugo conſ. 26. num. 48. Burſatus conſ. 63. nu. 16.

Negant verò Iacobus Beluiſius, Baldus, Aluarotus, Petr. Rauenn. Baro Schenck, in commentarijs dicti loci, Curtius iunior de feudis, par. 3. nume. 33. Zaſius par. 8. nu. 53. Sonsbecius par. 9. num. 140. Ioan. Thomas Marinus. tit. 11. de feudo fęminæ, nu. 37. verſ. Nono quæritur, Clarus. §. Feudũ. q. 80. Guerinus Piſo ĩ præludijs feudor.
D ſub titu. Propria & impropria feuda quænam ſint, verſ. Quarta ſpecies feudi improprij, Hanetonius, lib. 2 cap. 9.

Fundamẽtum prioris ſentẽtiæ poſitũ eſt in illis verbis textus ſupradicti: *Nõ enim patet locus fœminæ in feudi ſucceſſione, donec maſculus ſupereſt, &c.* Hæc generalis rõ legis locũ habere vr̃ & in propoſita quæſtione, & quãdã tacitã cõditionẽ vr̃ importare, quoad fœminæ ſucceſſionẽ in feudo, vt ſcilicet illa feudũ abſolutè nõ obtineat, ſed cõditionaliter, nimirũ ſi maſculus nõ ſuperueniat. Id patet. Nam textus, quẽ in manibus habemus, de ea loquitur facti ſpecie, in qua feudũ paternum iam peruenerat ad filiam, & tamen maſculus ſuperueniens nepos totũ feudũ obtinet, quod ad neptes ex altero filio pertinere debuit.

Fundamentum autem poſterioris ſententiæ illud eſt, quia in propoſita facti ſpecie de qua noſtra eſt diſputatio, ius quæſitum eſt materteræ, antequam filius ille ſuperueniret, quamobrem illud auferri non poteſt. l. Id quod noſtrum. de reg. iur. Et quod dicitur fœminam ſuccedere

[A] non posse donec masculus superest, intelligendum est, quando tempore successionis delatæ masculus adest, non autem, cùm post ius quæsitum fœminæ existenti tempore successionis delatæ, masculus superuenit.

Ego hanc posteriorem sententiam amplector. Nam re uera iuris rationibus, & regulis repugnat filiũ auferre materteræ ius acquisitum, iam antequã ipse nasceretur. Deinde, hanc quæstionem nostram nõ decidit textus circa quem versamur, sed aliã longè diuersam, quando scilicet tempore mortis & successionis ad sunt fęminæ ex vno filio, & masculus ex altero; Ratio dubitãdi est, quia vř dicẽdũ, filiã succedere in portione parẽtis sui. Ratio decidẽdi est, quia fœminis nõ patet aditus in successione feudi, donec masculus superest. Hic autẽ masculus adest. Ergo ille solus admittitur. At in quæstione nostra nõ adest, sed postea superuenit, fœmina iam admissa, meritò dicetur casus longè diuersus, & diuersam rationem continere.

Porrò ratio illa, quia fœminæ non patet aditus in suc- [B] cessione feudi, donec masculus superest, generalis quidẽ est, sed non potest extendi ad eum casum, in quo non loquitur, nimirum ad eum casum, in quo masculus non superest, licet postea nascatur. Loquitur enim quando masculus adest eo tempore quo successio defertur, & simul etiam fœmina adest, tunc masculus præfertur.

Quod verò dř, illam rõnem hoc efficere, vt fœmina succedat non absolutè, sed sub cõditione, si masculus non supersit, potest intelligi dupliciter. Primò, si masculus nõ supersit tempore quo vasallus moritur, & feudi successio alijs defertur; & hoc est verum, sed non rectè applicatur quæstioni propositæ, quia quæstio loquitur, qñ tempore successionis sola extabat fœmina, nempe matertera. Secũdò, potest intelligi si masculus non supersit, etiam postea natus; & hoc falsum est, quia non est æquum, nec textus hoc vult, vt filius postea natus auferat ius alteri acqſitũ.

Et licet textus loquatur de ea facti specie, qua filiæ primi acquirẽtis fuit ius quæsitũ in feudo, illa enim iam suc- [C] cesserat, non tñ de casu illo loquitur, quo huic filiæ aliquod ius auferatur per masculũ, postea superuenientem.

CAPVT XLII.

Si feudum quis acquisiuerit sibi & suis hæredibus, vtriusq; sexus, vtrum fœminæ simul cum masculis succedant.



Vm fœminis in successione feudi locus non pateat, donec masculus supersit, vt inquit text. in c. 1. de eo qui sibi & hæredibus suis mascul. vel fœmin. &c. Et idem habetur in cap. 1. §. Quinetiam Episcopum vel Abbatem, &c. Et in c. 1 §. Filia. de success. feudi, verissima mihi eorum sententia videtur, qui feudi concessionem hæredibus vtriusque sexus factam ita interpretantur, vt fœminæ in eo non succedant, simul cum masculis, sed masculis deficientibus. Ita responderunt Alexander in cons. 9. [D] lib. 5. Curtius iunior de feudis, par. 3. num. 19. Io. Baptista Vincemala cons. 1. feudali, nu. 57. Celsus Hugo cons. 26. nu. 48. Bursatus cons. 63. nu. 9. & 132. nume 41. & 150. in princ. Thomas de Marinis. titu. 15. de feudo fœminino, nu. 40. Pistorius alios citans, qui tamen in istis terminis non loquuntur, lib. 2. parte posteriori, q. 35. nu. 16. Rolandus à Valle cons. 84. nu. 14 lib. 4.

Contrarium responderunt Decius cons. 208. nu. 4. Parisius cons. 22. nu. 14. lib. 1. Ruinus cons. 16. nu. 6. lib. 1. Gozadinus cons. 16. nu. 22. Borcholtus de feudis, c. 7. nu. 67.

Sed profectò nullum isti argumentum adferunt alicuius ponderis. Primò, vrgent naturam verborum, *pro hæredibus vtriusque sexus.* Videntur enim hæc verba æqualiter tam fœminas, quàm masculos vocare, magis, quàm si dicatur, *hæredibus masculis & fœminis,* quia tũc masculi, tanquam prius nominati, præferri meritò debẽt. ex regula. l. Quoties. ff. de Vsufr. Secũdò, illud vrgent, idem esse in proposita concessione statuendum, quod in ea, qua [A] feudum conceditur, pro masculis cum fęminis, tũc enim etiam masculis existentibus fœminæ simul cum eis succedunt, vt notat Bald. in l. Quoties. C. de suis & legit. hæredib. Tertiò, quia fœminæ succedunt simul cum masculis, quando feudum datur quibuscunque hæredibus, quia sunt vocatæ sub verbis illis generalibus. Ergo multò magis succedere debent hoc in casu, quo specialiter vocantur illis verbis: *Hæredibus vtriusque sexus.*

Sed nihil ista mouent, quia quod attinet ad primum, illud est quidem verum, si verborũ duntaxat natura spectetur, sed regula iuris feudalis magis spectari debet, per quam masculis existentibus fęminæ excluduntur.

Ad secundum negari potest, concessiones illas æquiparandas esse, videlicet: *Hæredibus vtriusque sexus.* Item. *masculis cum fœminis*, quanquam & in ea facti specie non desunt, qui negent fœminas admitti simul cum masculis. Qua de re statim dicemus.

Ad tertiũ negatur, qđ assumitur in argumento, nem- [B] pe fœminas, simul succedere cùm masculis, quando agiť de concessione facta *hæredibus* quibuscunque. Hoc quidem Ruinus dixit, sed non probauit. Baldus enim quem citat, hoc nõ dixit, nec vllus alius, nec dicenti assentirer, nisi id probaret, quia contrarium habemus ex generali regula feudorum, quæ docet, masculis existentibus fœminis etiam vocatis in successione feudi locum non patere. Et ita etiam Ruino respondit Roland. à Valle, in cons. 84. nu. 17. vers. Similiter non obstat. lib. 4.

CAPVT XLIII.

Quid si feudum acquisitum sit pro masculis cum fœminis, an fœminæ vnà cum masculis succedant?

SI feudum acquisitum sit pro filijs, siue hæredibus masculis cum fœminis, fęminas æqualiter, & simul cum masculis succedere, autho- [C] res sunt Bald. in l. Quoties. C. de suis & legit. hæred. Iacopinus à S. Georgio in inuestitura feudali, in verb. fœminis, nu. 10. Franciscus Cremensis sing. 70. Decius cons. 208. nu. 3. Parisius cons. 12. num. 17. lib. 1. Roland. à Valle, cons. 84. num. 10. lib. 4. Clarus, §. Feudum. q. 73. vers. Et in hoc proposito. Crotus cons. 27. nu. 3. Bursatus cons. 63. nu. 10. lib. 1. Pistorius lib. 2. parte posteriori, quæst. 35. num. 30.

Fundamentum verò est, quia hoc in casu masculi cõiunctim vocati sunt cum fœminis. Ergo quilibet ad feudum admitti debet pro sua portione. l. Vn. §. Vbi autem. C. de Cad. tollend. l. vlt. C. de Impub. & alijs substit.

Sed contrarium docuerunt Curtius iunior de feudis, par. 3. nu. 18. Paulus Picus in tit. de his qui feudum dare possunt. §. Et quia, nu. 59. Guerinus Pio in præludijs feudo. tit. Propria & impropria feuda quæ sint. vers. Quarta species feudi. Duarenus de feudis, cap. 10. nu. 9.

Et istis ego assentior. Fundamentũ est hoc: Feudi con- [D] cessio masculis & fœminis facta, hanc ex iure feudali recipit interpretationem, contra verborum proprietatem, vt fęminæ non succedant quoties masculi supersunt. c. 1. §. Quin etiam. Episc. & Abbat. &c. cap. 1. §. Filia. de success. feudi, cap. Si cui militi. §. Item si quis. in extraordinarijs capitulis apud Cuiacium, lib. 4. tit. 104.

Ergo idem in proposita facti specie respondendũ est, cùm fœminæ scilicet cum masculis vocantur. Nam sicut *nihil interest, ita legetur illi & illi cum Meuio, an ita, illi, & illi, Meuio.* l. 8. ff. de vsufr. accresć. l. Illi. 4. ff. de Vsufr. leg. Ita nihil interest vtrum masculis & fœminis feudũ concedatur, vel masculis cum fœminis.

Respondet Pistorius, non rectè hoc inferri. Nam licet dictio *(Et)* ex natura rei contra propriam significationẽ in alium sensum detorquetur, non tamen sequitur, eodem modo in alium sensum detorquendam esse dictionem *(Cum.)*

Sed iuste explicari põt nihil proponi, cur non rectè id inferatur.

inferatur. Primò, quia nulla est ratio diuersitatis. Secun- A dò, quia hę dictiones eodem modo coniungunt. Tertiò, quia hæc interpretatio ideo fit, qa id exigit subiecta materia feudi, quod masculos præcipuè ad successionem vocat. Ergo sicut dictio (*Et*) intelligitur sm̃ subiectam materiā, vt ordinem successiuum inducat, ita etiam accipienda erit dictio (*Cum*) ex eadem ratione generali, nimirū verba accipienda esse secundum subiectam materiam. l. Si vno. ff. locati. l. Insulam. ff. de Præscript. verb.

Nec enim audiendus est Pistorius, qui authores citat asserentes, quidquid sit de dictione (*Et*) dictionē (*Cum*) etiam positam inter personas, inter quas ordo charitatis est, non inducere ordinem illum, quia nulla lege id probatur. Repugnat regula generalis prædicta. Aduersantur Iurisconsultorum responsa, ęquiparantiū eos modos coniungendi per dictionem (*Et*) & per dictionem (*Cum*) vt in d. l. 8. ff. de vsufr. accr. Et contrarium voluit Osascus decis. Pedem. 81. nu. 18. vers. Non repugnat.

Ad argm̃ contrariæ opinionis r̃ndeo, hanc quidem es- B se naturam coniunctionis, sed tamen non esse tunc spectandam, qñ materia subiecta aliud postulat. Verba em̃ secundum materiam subiectam sunt accipienda.

Illud non diffiteor, si feudum ita sit concessum, vt in eo succedant fœminæ, sicut masculi, nunc pariter & masculos & fœminas succedere. Ita enim decidit text. in d. c. Si cui militi. §. Item si quis. in extraord. Capitulis: sed nos in ea specie non versamur.

CAPVT XLIIII.

Masculus existens in gradu remotiori lineæ diuersæ, an excludat fœminam è successione feudi, in proximiori gradu existentem eiusdem lineæ, vbi feudum acquisitum est pro hæredibus masculis & fœminis.

IN c. j. §. Similr. de capitaneo, qui curiā vēdidit, qō hæc decidit, his verbis: *Similiter si quis inuestitus fuerit de feudo, ita vt ad fœminas transiret, & duas filias tantū reliquerit, quarū vna filium habeat, & altera filiā, verum post mortem illarū masculus tantū feudum habere debeat. Secundū Gerardū masculus tantū. Obertus contrà, & è cōtra si filios ille habuerit.* C

Hic deciditur masculum præferendū esse, qui tñ est in remotiori gradu, & in diuersa linea, respectu filię, quā excludit à portione matris suę. Ita inquam deciditur sm̃ opinionem Gerardi, quam doctores communiter secuti sunt. Et confirmatur ex regula illa generali, Fęminæ locum non patere in successione feudi, donec masculus supersit, vt in c. 1. de eo qui sibi & hæredib. mascul. vel fœmin. in c. 1. §. Quin etiam Episc. vel Abbat. in cap. 1. §. Filia. de success. feudi. Et notandum est text. in d. c. 1. de eo qui sibi & hæred. suis, loqui de hac ipsa facti specie, cùm scilicet masculus extat in diuersa linea, & remotiori gradu, & ibi dicitur fœminam excludi. Ita inquam docuerunt Belui. Isern. Bald. Aluarot. Prępositus, Afflict. & alij in d. §. Similiter. Zasius parte 8. nu. 52 alios multos citat D Pistorius lib. 2. parte posteriore, quæst. 35. num. 18.

Controuersiā facit solus Sonsbecius de feudis, par. 9. nu. 143. existimans tex. in d. c. 1. de eo qui sibi & hæred. suis, &c. restringendum esse ad illam facti speciē, de qua loquitur, & illam facti speciem longè differre ab hac nostra, quia ibi feudū acquisitū fuit hæredibus masculis, & illis deficientibus fęminis, quæstio autem proponitur, de eo, qui feudū acquisiuit hæredibus masculis & fęminis.

Sed fallit vir doctissimus in eo, quod non animaduertit nullam esse rōnem diuersitatis inter istos casus. Primò, quia is qui feudū acquirit hr̃dibus masculis & fęminis, nō aliter fęminis acquirit, quàm si masculi nō extēt, vt in d. §. Quin etiam, & in d. §. Filia. Secundò, quia in illa facti specie, de qua loquitur tex. in d. c. de eo qui sibi & hæred. mascul. & fœmin. feudum iam transierat ad filiam solam superstitem: Et tñ ibi deciditur, ea defuncta duobus relictis filijs, quorum vnus duas filias reliquerat, alter verò filium masculum, feudum pertinere ad masculum solum, ea ratione, quòd fœminæ locus in successione feudi non pateat, donec masculus supersit, qui tamen masculus est ibi in diuersa linea, & remotiori gradu, & excludit filias à portione feudi matris suæ. Eadem ratio est in quæstione nostra. Quædam alia argumēta Sonsbecius attulit, quæ refert & refellit tam accuratè Pistorius, vt nihil addendum existimauerim.

CAPVT XLV.

Fœmina semel à feudi successione exclusa per masculos, an perpetuò censeatur exclusa?

CElebris est, & sæpè agitata hæc q̃stio; quare nullum me operæprecium facturum puto, si vel affirmantis, vel negantis sententiæ authores hic adscripsero, sunt enim & passim obuij, & ferè innumerabiles. Dicam igitur quid sentiam, & rationes adferam: deinde, contrariæ sententiæ argumenta confutabo.

Existimo filiam semel exclusam à successione feudi, masculis extantibus, perpetuò exclusam esse. Moueor authoritate text. in cap. 1. §. Quin etiam. Episcop. vel Abbatem, &c. ita enim dicit: *Quin etiam si quis eo tenore feudum acceperit, vt eius descendentes masculi & fœminæ illud habere possint, relicto masculo, vlterius fœmina non admittuntur.* Illud verbum, *vlterius*, significat nunqnā amplius fœminas admitti, consequenter perpetuò sunt exclusæ. Deinde, moueor hac rōne, quia fœminæ iure feudali excluduntur à successione feudi, vt in c. 1. §. Et quia, de his qui feud. dare poss. Excipitur inter alios ille casus, quo ex pacto fœmina vocatur. c. 1. de natura success. feudi, sed pactū illud interpretatione restringitur. Nā filijs extātibus non habet locū, c. 1. §. Filia, de success. feudi, ibi. *Tunc enim succedit filia, filijs non extantibus.* Ergo filijs extātib. filiæ excludūtur, c. Si cui militi. §. Itē si quis eo tenore. in extraord. capitulis. apud Cuiaciū lib. 4. tit. 104. ibi. *Quanquā enim superstite masculo, ex eo qui primus feudū acquisiuit fœminæ excludantur, &c.* Excludūtur, inquā, simpliciter, nō ad tēpus, Ergo perpetuò videntur exclusæ. Sicut fœminę quæ ex statuto municipali stantibus masculis excluduntur, simpliciter, si semel fuerint exclusæ, masculis existentibus, perpetuò exclusæ censebuntur, vt docet Bart. in l. vlt §. 1. nu. 2. in fine. ff. ad Tertyl. cuius sentētia cōmuniter recepta est. Vide Andr. Geyll. lib. 2 obser. 148. nu. 4.

Nec id ita iniquum ac durum videri debet, si natura feudorum perpendatur, quæ est, vt fœminæ non succedant. Hac enim interpretatione minus læditur, minusq; feudales regulæ offenduntur. Sed iam contrariæ sententiæ argumenta refutanda sunt.

Primum argumentum sumitur ex c. 1. §. Filia. de success. feudi, quatenus ibi dicitur, filiam non extantibus filijs succedere, Ergo si filij non extent, quia scilicet postquam successerunt, defuncti sint absque filijs, fœminæ videntur esse admittendæ, quia tunc verum est filios non extare. Respondeo, illa verba: *Tunc enim succedit filia filijs non extantibus*, non eum habere sensum, vt videlicet quandocunque filij nō extent, filia succedat, sed accipienda esse tempore successionis delatæ, de quo tempore loquitur tex. ille. Itaque mortuo patre, si masculi non extent, filia succedet. Hæc est sententia dicti §.

Secundum argumentum sumitur ex cap. 1. de eo qui sibi vel hæred. in illis verbis, quibus dicitur, fœminæ locum non patere in successione feudi, donec masculi supersunt. Illud verbum, *donec*, significat non penitus fœminas remoueri, sed ad tempus, dum scilicet masculi supersunt. Respondeo, ex hoc loco rectè probari, fœminæ locum non patere in successione feudi, dum masculi supersunt, sed non rectè probari, quod infertur à cōtrario sensu, fœminæ locum patere, masculis, qui successerunt, postea deficientibus, quia repugnat textus in dicto §. Quin

etiam. vbi dicitur, fœminas vlterius non admitti. Itaque illud verbum, *Donec*, ibi accipiendum est, vt cap. 1. Matt. *Et non cognoscebat eam, donec peperit filium suum primogenitum*. Et cap. 5. ibi. *Non exies inde, donec reddas nouissimum quadrantem*. Et Genes. 8. ibi. *Donec siccarentur aquæ super terram*. Et habetur in cap. Ioseph. de verb. signif. & alibi.

Tertium argumentum est, quia fœminis ius quæsitum videtur ex pacto primi acquirentis, cui proinde succedere videntur. Ea enim primi acquirentis intentio præsumitur, vt primùm masculis, deinde fœminis prospicere voluerit. Respondeo, quæ fuerit acquirentis intentio, nõ esse nunc inquirendum, sed quæ iure feudali sit hoc in casu adhibenda interpretatio: ea verò est, fœminas succedere masculis non extantibus, masculis verò extantibus, excludi. Exclusas vlterius non admitti, vt iam allatis textibus suprà demonstraui.

Quartum argumentum est, quia verisimile non est, acquirentem feudum hunc animum habuisse, vt defuncto filio feudum ad dominum rediret. Quid enim si filium, verbi gratia, & filiam tantùm superstitem haberet, vel filium non idoneum ad procreandum liberos? nunquid verisimile dicemus, eum voluisse masculo defuncto feudum ad dominum reuerti? Respondeo, vt iam dixi, non tam spectandam esse voluntatem acquirentis feudum, quàm iuris regulas & sanctiones. Sic autem iure cõstitutum est, vt extantibus masculis fœminæ excludantur. Huic iuri constituto parendum est, nisi pactum fiat, quo fœminæ succedant, vel cum masculis, vel deficientibus quandocunque masculis.

Quintum argumentum est, quia in feudo fœmineo communis videtur sententia, fœminas succedere masculis deficientibus, licet masculi aliquando possederint feudum. Ergo idem in hac quæstione respondendum est, in qua feudum masculis & fœminis acquiritur. Respondeo, nego consequentiam, quia hic non agitur de feudo fœmineo. Deinde, res est dubia & controuersa in feudo fœmineo, vt patet ex not. in c. 1. de feudo fœminæ, & nos suprà disputauimus.

Sextum argumentum est c. 1. §. Si duo fratres. de feudo Marchiæ, vbi feudum acceptum eo pacto, vt fœminæ succedant, feudo nouo æquiparatur à duobus fratribus accepto, eo pacto, vt sibi mutuò succedant. Respondeo, in ea æquiparationem consistere, quòd frater qui alioqui non succedit in feudo nouo, ex pacto succedere potest, sicut fœmina ex pacto succedit.

Septimum argumentum est, quia cùm hæc res sit dubia, videtur sumenda benignior interpretatio, vt fęmina succedat. Respondeo, negando rem esse dubiam, nisi respondeatur textibus & rationibus allatis.

Octauum argumentum est, quia nullibi sit constitutum, fœminas perpetuò exclusas esse. Respondeo, imò satis apertè id constitutum esse in d. §. Quinetiam.

Nonum argumentũ est, quia fœmina excluditur propter masculos, ergo masculis postea deficientibus debet admitti, quia cessat causa exclusionis. Respondeo, negando consequentiam; & ratio est, quia masculis existentibus fœmina excluditur, quasi conditio deficiat, sub qua tacitè vocata intelligitur, nimirum masculis non extantibus: Conditione autem deficiente corruit ius, quod sub conditione defertur, nec postea reuiuiscit.

Decimum argumentum. Cùm feudum masculis & fęminis acquiritur, masculi tacitè præferuntur fœminis, ita vt quandocunque masculi extiterint, excludant fœminas, etiam alterius lineæ & proximioris gradus. cap. 1. §. Similiter. de capitan. qui curiam vend. Ergo à contrario de fœminis expressè vocatis, idem statuendum est, vt admitti debeant, quandocunque masculi deficiant. Respondeo, negando consequentiam, nec enim est par ratio masculorum & fœminarum in feudis, sed potior est conditio masculorum.

Vndecimum argumentum. *Vnusquisque sibi & suis hæredibus videtur prospexisse*, inquit tex. in cap. 1. de duobus fratribus à capit. inuest. vbi propterea tex. dicit, filiam defuncti præferendam esse fratri. Multò magis ergo præferenda domino erit. Respondeo, si nulli extent masculi defuncti, argumentum rectè concludere, secus, si filij extent, quia illi soli, exclusa filia, succedunt, quæ proinde vlterius non admittitur. Et in his terminis loquitur ibi tex. quando videlicet frater, cui filia succedit, masculum non reliquit. Id patet ex illis verbis: *Ex fratribus is vnus vna filia relicta, altero adhuc viuente, decessit, quæritur, cui portio defuncti deferatur, vtrum filiæ an fratri? Respondetur, filiæ.*

Duodecimum argumentum hoc adfertur, text. in §. Quin etiam, quo potissimùm sententia communis nititur non hoc velle, vt fœminæ vlteriùs non admittantur, id est, semel exclusæ per masculum, perpetuò sint exclusæ, sed hoc tantùm velle, vt si feudum eo tenore concessum sit, vt masculi & fœminæ illud habere possint, tunc masculi superstites succedant, nec fœminæ vltra masculos admittantur, sicut habetur in cap. 1. §. Filia. de success. feudi. Respondeo, verba esse clara, quibus dicitur, fœminas vlterius non admitti. Aduerbium illud, *vlterius*, significat fœminam nec tunc admitti, nec postea amplius, quo sanè loquendi modo textus non vteretur, si dicere vellet, fęminas non admitti, vt succedant masculis superstitibus. Promptum enim esset dicere, fœminas non succedere masculis extantibus, vti loquitur textus in d. §. Filia. Vel solos masculos succedere, vel fœminas non succedere simul cum masculis, vel præter masculos non succedere fœminas, vel denique vltra masculum fœminã non admitti. Sed textus dicit, *vlterius* non admitti, ad significandum, nec tunc, nec deinceps admitti posse.

CAPVT XLVI.

Legitima filiarum, an sit ex feudo hæreditario detrahenda?

DIxi libro quarto controuersiarum, capite vicesimo tertio, detrahendam esse legitimam filiorum ex feudo hæreditario, sicut de cæteris rebus hęreditarijs detrahitur. De filiabus autem nominatim non feci vllam mentionem. Dicam nũc, Franciscus Bursatus cons. 131. lib. 2. respondit, legitimam filiarum detrahendam esse feudis hæreditarijs, vel saltem præstandam æstimationem in pecunia. Hartmannus Pistorius lib. 2. parte posteriore, quæst. 48. num. 34 cum sequentibus, contrarium respondit. Ego autem sic statuo, hoc totum ex eo pendere, quomodo accipiamus feudum hæreditarium. Nam si ita illud accipiamus, vt sit feudum, quod ad omnes hæredes masculos & fœminas, imò etiam extraneos transit, ita vt eo ipso, quòd aliquis est hęres, feudum obtinere possit, sine hæsitatione aliqua rectè Bursatum respondisse existimo, quia eiusmodi feuda, sunt pars hæreditatis. Constat autem, legitimam esse partem hæreditatis, nempe trientem vel semissem pro numero liberorum, vt in Nouella. de triente & semisse. Cæterùm, si feudum hæreditarium accipiatur pro eo, quod quis sibi hæredibusque suis acquirit, quorum appellatione veniunt masculi, & fœminæ excluduntur, secundum ea, quæ fusè disputauimus suprà hoc eodem libro cap. 3. Id quod maximè vrget Hartmannus, nihil proponitur, cur fœminæ possint ex tali feudo legitimam detrahere, quia constat eas non succedere, legitima verò est pars eius partis, in qua quis succedit ab intestato. Ergo ei, qui nõ succedit, legitima non debetur. l. Posthumus. § Si quis. ff. de inoffic. test. l. Cùm quęritur. l. Parentibus. C. eod. tit.

Nec mouet, quod receptum est, cùm de corpore & substantia bonorum legitima præstari nequit, præstandã esse in æstimatione, quia vt bene respondet Pistorius, id verum est, quando legitima debetur ex bonis ipsis, licet

cet ex eorum corpore, propter aliquam difficultatem, vel impedimentum præstari nequeat. Tunc soluenda est æstimatio, & loco præstationis rei, soluenda est pecunia. Sed hic legitima deberi filiabus non potest, ex feudis, in quibus non succedunt. Porrò an saltem dotem ex feudis fœminæ consequi debeant, alia est quæstio, quam exequitur Pistorius q. 37. concludens, si alia bona non supersint, præstandam esse, ex his, quæ tradût Panormitanus cons. 32. in 7. dub. lib. 1. Alex. cons. 208. nu. 7. lib. 2. & lib. 3. Curtius iunior cons. 21. Hieronymus Schurff. cons. 24 lib. 1. & alij ab eo citati.

CAPVT XLVII.

Quid si feudum à patre sit emptum, an ex eo filiarum legitima detrahi possit?

Sed quid si feudum sit emptitium, id est, à patre emptum precio numerato, vtrum ex eo filiarum legitima deduci possit? Affirmant Iacobus Thomingius decis. 2. & Hartmannus Pistoris libro 2. parte posteriori, q. 38. num. 62. Negat Collegium iuridicum, quod ipse commemorat incertæ facultatis, & res planè digna est, quæ in examen deducatur.

Negantis sententiæ argumenta sunt ista. Primũ, quia nulla est lex hoc dicens, vt scilicet ex feudo legitima filiarum debeatur.

Secundum, quia fœminę non succedunt in feudo, etiã pecunia acquisito, neq; enim desinit esse feudũ propterea, quòd emptum sit. Constat autem à feudi successione fœminas repelli, nisi sit fœmineum, vel pacto id conuentum. c. 1. de natura success. feudi. Consequenter legitima nõ debetur filiabus ex feudo, quia legitima est pars eius, quod ab intestato defertur: quare si nulla sit successio ab intestato, nulla etiam deberi potest legitima.

Tertium, quia si ex feudo empto legitima deberetur, illud esset, quia precium succederet in locum feudi. Sed hoc fieri non potest, quia precium nunquam succedit in locum rei, præterquam in vniuersalibus iudicijs. l. si & rem & precium. ff. de petit. hæred. l. si vt proponis. C. de rei vend. Bart. in l. Imperator. §. vlt. de leg. 2.

Quartũ, quia legitima liberis debetur de bonis paternis. l. Cùm quæritur. C. de inoffic. test. At bonorum appellatione feudalia non veniunt. c. 1. §. In generali. si de feudo defuncti conten. sit inter dom. & agnat. defun.

Quintum, quia legitima debetur detracto ære alieno. l. Papinianus. §. Quarta. ff. de inoff. test. Sed feudum videtur esse æs alienum, quia debetur filijs post mortem patris, ergo illud deduci debet ante omnia, & tunc ex eo, quod superest, deducenda erit legitima.

Sextum, quia legitima nõ debetur ex rebus restitutioni subiectis. l. Irritũ. C. ad leg. Falcid. l. In ratione. §. Quod vulgò. ff. eod. sed feudum subiacet restitutioni post mortem patris, quia pertinet ad filios, ergo non potest ex eo legitima deduci.

Septimum, quia feudũ quod post mortem patris filijs debetur, non est conferendum sororibus venientibus ad successionem communis parentis, quia post mortẽ patris acquiritur. Ea verò, quæ post mortem patris acquirũtur filijs, nõ conferũtur. l. Ea demùm. C. de collation ita Bar. ad l. 1 §. Nec castrense. nu. 6. ff. de collat. bon. Castr. Alex. & Iason in l. Illud. C. de collation. Paris. cons. 56. nu. 19. lib. 3. Ergo nec ex eis legitima debetur.

Octauum argumentum, quia pater potest filiorum legitimam minuere titulo oneroso, & sic emendo feudum, est enim emptio titulus onerosus. Bar. in l. Non vsque. ff. si à parente quis fuerit manumiss.

Postremum argumentum, quia legitima non debetur ex feudo, quod pertinet ad primogenitum, quia reliqui filij non succedunt in eo, vt tradunt Abbas, & alij in cap. licet. de voto. Ergo nec de feudo isto emptitio debetur filiabus legitima, quia pertinet ad masculos.

Affirmantis verò sniæ fundamentum est, quia cũ pater emit feudum filijs suis, ad quos vult illud post mortẽ suam peruenire, est perinde, ac si pecuniam, quam exposuit in emptione feudi, donaret ipsis filijs: Sicut ergo, si tantam pecuniam filijs donaret, vt filiæ legitimam portionem non haberent, eiusmodi donatio, tanquam inofficiosa, rescinderetur vsq; ad legitimam portionem filiarum. l. si totas. l. si mater. l. si liqueat. C. de inoff. donatio. ita etiam dicendum est, ex feudi æstimatione legitimam portionem esse deducendam pro filiabus, ita vt licet feudum obtinere non possint, sibi tamen debitam portionẽ consequantur in pecunia. argum. tex. in c. 1. §. Si duo fratres. de fratribus. de nouo benef. inuest.

Quod argumentum confirmatur ex eo, quod alioquĩ absurdum sequeretur, nimirum patri licere omnes facultates, & bona sua in emendis feudis exhaurire, atque ita filias legitima portione priuare, quod iniquum esset. Igitur filiabus legitima debetur ex feudis emptis, sicut deberetur ex ipsa pecunia, si pater eam in hæreditate reliquisset. Et hæc sententia eò magis amplectenda videtur, quod inter liberos ęqualitatem inducit, quam legum authores inducere conantur. l. pen. C. de collation. l. Cùm pater. §. Dulcissimis. de leg. 2. l. si maior. C. comm. diuid. §. Illud quoque. in Auth. de Nuptijs.

Ego puto hac in re distinctionẽ adhibẽdã esse. Nam si filiæ ex cõsuetudine, statuto, aut renunciatione iurata, sint exclusæ à successione bonorũ pr̃is cõgrua dote accepta, otiosum est quærere, an ex feudo empto legitimam habere debeãt, cũ dote contentæ esse iubeantur, nec vllũ ad paterna bona regressum habituræ sint, licet pecunia, ex qua feudum emptum est, in hæreditate patris esset.

Cæterùm, si de filiabus agatur, quæ succedere in hæreditate paterna possint, vnà cum filijs, iuxta l. Maximũ vitium. C. de lib. præter. tunc existimo legitimam ex feudo, feudiue æstimatione eis deberi duobus in casib. Primus est, quando omnia patris bona consistunt in feudo, feudisue. Secundus, quando si non omnia patris bona in feudis existant, saltem tot ac tanta, vt nihil ferè ex alijs bonis paternis supersit, ex quo filiæ alimenta consequi necessaria, et legitimam portionem habere possint. Nam his duobus in casibus iniquum esset, filias ita exclusas esse à successione feudorum, vt nec saltem legitimam portionem haberent ex eorum æstimatione.

Et hæc sententia confirmatur optimè ex legibus, quibus filijs inofficiosæ donationis querela competit, quoties pater totas facultates in vnum ex filijs contulit. Alij etenim filij eam donationem reuocare possunt vsque ad legitimam portionem. l. si totas. l. si liqueat, & alijs legibus eiusdem tit. C. de inoff. donation.

Nam negari non potest, quin pater omnem suam substantiam, vel maiorem partem erogans in emptionem feudorum, quæ ad masculos tantùm peruenire possint, videatur vel tacitè, vel indirectè illis solis donare omnẽ suam substãtiam, vel maiorem eius partem. Quod si hæc nõ videatur esse donatio, sed mortis causa capio. argum. l. Mortis causa capimr. ff. de dona. mort. cau. & cap. nihil refert. Nam eadem prorsus est ratio, ac si donaret. Idem ergo iuris esse debet.

Neque titulus iste onerosus est, sed lucratiuus respectu filiorum, quibus feuda acquiruntur, illi enim soli gratis feuda habent.

Sed difficultas est, quando nõ omnis paterna substanstantia, nec maior pars in feudis consistit, quia pater multa alia bona habet, & filiabus legitimã relinquit: & ideo quęritur, quanta sit legitima filiarum. Nam si etiam feuda empta sint cõputanda, maior sine dubio erit portio legitima filiarũ. Hoc in casu nõ puto feuda esse cõputanda in fauorem filiarum, ad augendam scilicet earum legitimam portionem. Primò, quia legitima est portio portionis, quæ defertur ex intestati successione. l. Cùm quæritur. C. de inoff. testam. Sed filiæ non succedunt parenti

 in eiusmo-

in eiusmodi feudis emptis Ergo in eis nullam habent legitimæ portionem. Secundò, quia hic cessat ratio inofficiosæ donationis. Nam pater non erogauit totas facultates in feudorum emptionem, sicut necesse esse, vt querela inofficiosæ donationis locum habeat, patet ex d. l. Si totas. & ex alijs legibus. C. de inoff. donatio.

CAPVT XLVIII.

Vtrum feudum emptitium, filijs succedentibus, in hæreditate patris vnà cum sororibus conferendum sit: Et quid de feudo empto, quod ad primogenitum spectat, an teneatur alijs fratribus conferre?

FActi species hæc sit, Pater emit feudum sibi suisq; filijs, moriens illud cum alijs bonis relinquit. Superstites sunt descendentes masculi & fœminæ, qui ad hæreditatem communis parentis vocantur. Certum est in feudo solos masculos succedere, in reliqua hæreditate oẽs æqualiter, sed dubiũ est, an ij sororibus suis feudum, vel feudi æstimationem conferre teneantur? Eadem ratio est de feudo, quod ad primogenitum spectat, cùm quæritur, an cæteris fratribus illud conferre teneantur, aut eius æstimationem: quá quæstionem examinat Andr. Isern. in c. Imperialem. §. Præterea Ducatus. in Additione, de prohib. feudi alien. per Frider. & ibidem latissimè, sed confusè admodum, Loffredus in paraphrasi, & Ioachimus Camerarius, Guerinus Piso in Prælud. feudorum, ut. feuda propria & impropria quæ sint. Tiraquell. de iure primogenij, q. 51. Iacob. Thomingius decis. 2. Hartmannus Pistorius lib. 2 parte posteriori, q. 38. post nu. 71.

De altera verò priori quæstione videndi sunt Bart. in l. 1. §. Nec castrense, nu. 6. ff. de collat. bon. Bald. in l. Omnimodo. §. Imputari. C. de inoff. testam. Castrens. Alex. et Ias. in l. Illud. C. de collatio. Paris. cons. 56. num. 19. lib. 3. Vitalis de collatio. licet de feudo empto non omnes loquantur, sed de feudo acquisito à patre.

Existimo ego (ne Loffredum imitatus longũ faciã, & vt rei admodum obscuræ dilucida tractatione lucẽ adferam) nequaquã feudum istis in casibus conferendũ esse, aut feudi ipsius ęstimationẽ. Fundm̃ meum est hoc. Quę filius post mortem patris acquirit, ea conferre non tenetur. l. Ea demum. l. Nec emãcipati. C. de collation. *Paulus respondit, ea quæ post mortem patris filio reddi debuerunt, emancipatum filium, quamuis prius consecutus sit, &c. conferre non debere.* Ad rem nostram propius Diocletianus: *Filiæ, cuius nomine res pater comparauit, si non postea contrariũ eius iudiciũ probetur, per arbitriũ diuidẽda hęreditatis, p̃cipuas adiudicari sępe rescriptũ est.* l. filia. C. de coll.

Sed filij in proposita q̃one feudum cõsequuntur post mortem patris, ergo illud conferre non tenentur. Assumptio certa & manifesta est, quia omnes fatentur, cùm pater acquirit sibi & filijs suis feudum, id intelligi ordine successiuo, vt nimirum primũ sibi acquirat, & post mortem suam liberis ac descendentibus sive hęredibus.

Argumenta in contrarium ex Loffredo & Isernia hęc adferri possunt. Donatio simplex à parente in filium collata conferri debet. l. si donatio. C. de collat. Sed hæc est effecta tacita quędam donatio, cùm pater feudum emit, & filijs acquirit. arg. l. cùm hic status. §. j. ff. de dona. inter vir. & vxor. ergo conferenda est filiabus & idem de feudo, quod transit ad primogenitum.

Secundum argm̃ est ex l. Omnimodo. §. Imputari. C. de inoff. testam. vbi dr̃, militiam, quæ potest vendi, & ad hæredes transit, imputari in legitimam filij. Ergo similiter & feudum, quod non est absimile militię, si in legitimam imputatur, ergo confertur. l. pen. C. de collat.

Tertium est ex eo, quòd feudum à patre emptum ex substantia patris proficisci videtur, & consequenter sicut alia profectitia conferendum. l. vlt. C. de collatio.

Ad argumentum illud, quod filij videantur feudum

A consequi post mortem patris, & consequenter illud conferre non teneantur, quia quæsita post mortem patris nõ conferũtur. Respondent etiam patre viuente filijs acquiri feudum, licet effectus differatur post mortem patris. Videtur enim acquiri sub conditione, si filij patri suo superuiuant. Cõditio autem retrotrahitur. l. qui balneum. l. potior. ff. qui potiores in pign. habean. l. si filius. ff. de verb. oblig. & consequenter est perinde, ac si viuente patre feudum filij obtinerent. Denique id quod sub conditione debetur, conferendum esse constat ex l. 2. §. Id quoque. ff. de collat. bonor.

Respondeo ad singula in hunc modum: Ad primum concedo, simplicem donationem conferri, quia licet non valeat, & morte patris confirmetur, tamẽ retrotrahitur, atque ex eo die valere fingitur, ex quo facta est. l. Donationes quas parentes. C. de donatio. inter vir. & vxor. sicut latè explicaui lib. 6. controuers. iuris, cap. 64.

At quando pater emit feudum pro se ac liberis suis, licet

B cet tacitè donare videatur, non tamen hæc donatio retrotrahi potest ad tempus, quo pater viuens feudũ emit. Ratio est, quia pater noluit, vt tunc feudum liberi haberent, sed duntaxat post mortem suam, quia primò sibi acquisiuit, deinde post mortem suam filijs acquisiuit. Quare non potest hæc donatio retrotrahi contra voluntatem & mentem patris. Aliud est in re quam pater filio donauit, ac tradidit; voluit enim statim in eum dominium transferre, sed non potuit propter patriam potestatem; quare hæc donatio morte confirmatur, & retrotrahitur ad tempus, quo facta est.

Et hæc est ratio l. Filiæ cuius. C. famil. hercisc. cur scilicet, illud quod pater emit nomine filij, non sit conferendum. Cùm tamen aliæ donationes simplices conferantur, vt in l. si donatione. C. de collatio. Ratio, inquam, hæc est, quia pater emens nomine filij, licet tacitè donare videatur rem emptam, tamen si in his terminis consistat, nec rem filio tradat, non dicitur donare tunc, dum

C viuit, rem emptam filio, sed hoc velle videtur, vt eam rem filius, cuius nomine comparata est, præcipuam habeat, quasi prælegati vel fideicommissi nomine. Et ideo non confertur, quia post mortem patris res quæsita est. Magisque mihi hæc interpretatio satisfacit, quàm Cuiacij sententia, quam probaui loco annotato. Nec obstat. l. Cùm hic status. §. 1. ff. de dona. inter vir. & vxo. quia licet ex eo textu probari possit, rem emptam à patre nomine filij tacitè donatam videri, sicut id quod maritus vxoris nomine comparauit, donatum dicitur, idque nos non negamus: tamen non probatur, eam donationem effectum habere, viuente patre, vel tunc directè, vel patre defuncto per retrotractionem. Nam etsi res empta sit, nomine filij, nisi tamen eidem sit tradita & donata, tunc mortuo patre, rem quidem filius præcipuam habebit, sed non poterit fingi antea habuisse, quia non est habile extremum, ad quod fictio trahitur, nimirum ad tẽpus, quo pater rem emit nomine filij. Nec enim constat, patrem

D voluisse, vt tunc filius rem haberet.

Ad secundum argumentum responsio clara est, textus in §. Imputari, loqui de militia, quam pater emit filio, vt tunc filius haberet, scilicet patre adhuc viuente: meritò conferenda est, & idem in feudo respondendum foret, quod pater filio emeret & traderet, vt scilicet illud etiã, patre adhuc viuente, obtineret.

Ad tertium argumentum, concedo, feudum dici profectum ex substantia patris, sed quia filijs non acquiritur, nisi post mortem patris, nego conferendum esse. Nam ea, quæ filius post mortem patris ex substantia paterna habet, non conferuntur. d. l. Ea demùm. l. Nec emancipati. C. de collatio.

Ad ea, quæ pro responsione adducebantur, replicando dicitur, nullam esse hic conditionem, nullam retrotractionem considerari, ac induci posse, quia pater non acquirit feudum filijs suis, vt illud habeant tunc, id est, dum pater viuit, sed post mortem suam. Ideo impossibile

est

est acquisitionem retrotrahere ad tempus vitæ ipsius patris. Sic enim oporteret dicere, Patrem voluisse, vt filij, se viuente, feudum obtinerent, sub ista conditione, si patri præmorienti superuiuerent, & patre mortuo conditionẽ retrotrahi ad tempus vitæ ipsius patris, quod est ridiculum, & repugnantiam continet manifestam.

CAPVT XLIX.

Possitne filius naturalis legitimari, vt sit capax feudi, ac in eo succedat sine consensu domini ipsius feudi.

CErtum est, filios naturales etiam legitimatos in feudo non succedere, ex §. Naturales. Si de feudo fuerit contentio, &c. Sed cõtrouersia est, si expresse legitimentur, vt in feudo succedant, iure ne id fiat absque consensu dñi. Nã Glos. in d. §. Naturales, nulla adhibita distinctione, an consensus dñi interueniat necne, dixit, naturales legitimatos succedere in feudo, si ad hoc expresse legitimentur, & ideo consensum dñi nõ esse necessariũ, vt legitimatus feudi sit capax, multi responderunt. Curt. iun. consi. 1. nu. 17. 18. & cõsi. 157. nu. 24. Alex. in consi. 2. nu. 55. vers. Nõ obstat, quod habetur lib. 1. Alciatus cõsi. 171. nu. 4 Rolandus à Valle, in cons. 22. nu. 39. lib. 3. Albertus Brunus consi. 1. nu. 30. Socinus inter consi. eiusdẽ Bruni, consi. 10. nu. 25. & Io. Campegius consi. 2. nu. 14.

Sed contrariũ docuit Salicetus in Auth. Itẽ si quis. C. de naturalib. liber. Hostiensis in c. Per venerabilẽ. § Rationibus, in verb. requisiti, qui filij sunt legit. Et respõderunt Alex. consi. 60. lib. 2. Soc. iun. in consi. 95. nu. 96. li. 3. Cotta in memorial. in verbo: *Legitimatio facta per Imperatorẽ.* Bossius de Principe, nu. 185. Hartmannus Pistoris alios citans, lib. 2. parte posteriore, q. 40. nu. 10. 11.

Prioris sententię fundamentũ positum est in plenitudine potestatis Principis, secundum quam potest etiam alteri pręiudicare, & hoc præsertim in isto casu, in quo per legitimationem remouet obstaculum, ac impedimẽtum iuris feudalis ac positiui, quo cauetur, vt naturales filij etiam legitimati non succedant in feudo. Legitimatio efficit, vt succedere possit. Et sicut ius ciuile ac positiuum Imperator statuit, ita etiam illud auferre potest. §. Sed naturalia. Instit. de iure nat. gent. & ciuil.

Posterioris autẽ snię fundamentũ est, quia hæc est natura feudi, vt nõ possit alienari, & in alium trãsferri, sine cõsensu dñi, vt habet in tit. de proh. alien. feudi, p Lotharíũ & p Fridericum. Ergo nõ põt aliquis legitimari, vt in feudo succedat sine cõsensu dñi. Pręsertim cùm ad eum feudum est reuersurum, quia sic tolleretur ius domini, quod permissum nõ est. l. Quoties. C. de precib. Imp. off.

Poterat adferri tex. in l. 4. §. ff. de natal. rest. ibi: *Patrono cõsentiente debet libertus Imperatore natalibus restitui. Ius enim patroni hoc impetrato adimitur.* Idẽ dicitur in l. 2. in fi. ff eod. ibi: *Ideoq́, Imperatores non facilè solent quẽquam natalibus restituere, nisi consentiente patrono.* Idẽ ergo dicẽdum vr in proposito, non debere quẽquã legitimari ad feuda, nisi domino cõsentiente, quia impetrata legitimatione ius domino aufertur; Succedit enim legitimatus, & dominus excluditur.

Ego puto controuersiam hanc facile sedari posse, ex duabus iuris regulis, ac veluti principijs certis & claris. Prima hæc est: Rescriptum contra leges & constitutiones, atque adeò contrà ius non valet. l. valet. C Si contra ius vel vtilit. publ. l. 3. C. de precib. Imp. off. l. 7. C. eod. tit. l. Iubemus nullam C. de sacrosanct. Eccles.

Ex hoc principio sequit, legitimari nõ posse filios naturales, vt i feudis succedãt, sine cõsensu dñi, cuius interest, quia lex feudorũ dicit, Filios naturales etiã legitimatos nõ succedere in feudo, Rescriptũ autẽ mandat vt succedant. Ergo rescriptum contra legẽ est, Igitur nõ valet.

A Nam suppono feudales cõsuetudines vim legis habere.

Altera est propositio, rescriptum cõtra ius valet ex iusta causa, quæ publicam vtilitatem concernit. Quia propter publicam vtilitatẽ permissum est recedere à regulis iuris Bart. Ad reprimendũ, in verbo. *Nõ obstantibus.* Felynus in c. Nonnulli, num. 15. de rescript. Iacopinus Rimínald. consi. 425. nu. 27. lib. 3. pulcher. tex. in l. Ita vulneratus. ff ad l. Aquil. ibi: *Multa autem iure ciuili contra rationem disputandi, pro vtilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest.*

Ex hoc principio infertur, valere legitimationem in proposito nostro, si ex iusta causa fiat, ex qua publica vtilitas emergat, etiam absq; consensu dñi. Nam ex causa publicæ vtilitatis Princeps potest alteri præiudicare, argu. l. 5. §. vlt. ff. de iniur. l. Aedificari. C. de oper. publ. Pręclarè Felynus in c. Quæ in Ecclesiarũ, nu. 26 de const. Decius ibidem, nu. 19. Abbas, nu. 11. Oddus de restit. in Integr. par. 2. q. 99. art. 8. Geyll. lib. 2. obseru. 56.

B Est enim iusta causa dispensandi, contra leges propter bonum publicum, vt ostendit latè Illustris Doctor & immortalis Gregorius de Valentia, in 2. Tomo Commentariorum Theolog. disput. 7. q. 5. punct. 9.

Quod attinet ad plenitudinem potestatis, eam contra leges & constitutiones, cessante iusta causa, nõ agnosco; ex his, quæ tradit Couuar. lib. 3. uariar. resol. cap. 6. nu. 8. Zasius consi. 10. nu. 7. lib. 2. Andreas Geyll. lib. 2. obseru. 56. numero 9.

CAPVT L.

Vtrum possint naturales filij legitimari Principis rescripto, vt in feudis succedant in præiudicium agnatorum, quibus ius quæsitum est ex antiquis inuestituris, & quæstio accipienda est patre viuente.

C LEgitimari posse naturales filios, ad feudũ consequendum, etiam in præiudicium agnatorũ, scriptum reliquere. Glos. in §. Naturales, si de feudo defuncti contentio sit, &c. Alex. in l. Ex facto, nu. 23. 24. ff. de vulg Decius consi. 269. nu. 10. Afflictus decis. 195. Alciatus consi. 171. Clarus. §. Feudum, q. 82. Roland. à Valle, consi. 3 nu. 142. lib. 1.

Sed contrariũ responderunt Andr. Isern. in d. § Naturales, nec non ibid Afflict. nu. 35. Zasius de feudis, par. 8. nu 74. Ruinus consi. 36. nu. 17. & 18. lib. 1. Soc iun. cons. 95. nu 45. lib. 3. Geyll. lib. 2. obseru. 142. sub nu. 15 & 140. in fi. Menochius in consi. 181. nu. 24. cum seqq. lib. 2. & consi. 202. nu. 168. lib. 3. Hartmãnus Pistorius lib. 2 parte posteriori, q 40 nu. 24 cum seqq.

Argumenta prioris sententiæ hęc sunt. Primũ est, qa Principis potestas summa est, nec de ea disputare licet. l. 2. C. de crim. sacrilegij. Cùm ergo de voluntate eius constat, non erit disputãdum, an possit illegitimè natum le-
D gitimare, ut feudi sit capax in præiudicium agnatorum.

Secundũ sumitur ex eo, quod ius agnatis quæsitum in feudo, originem habet ex iure positiuo ac ciuili, Ergo potest Princeps illud auferre, arg. c. Innotuit. de elect. & c. Proposuit, de concess. Præbendæ. l ex hoc iure ff. de iust. & iure. Et sicut alio iure contrario, & consuetudine tolli potest, ita etiam principis rescripto & priuilegio.

Tertium sumitur ex eo, quòd ius agnatis quæsitum nõ est de præsenti, sed in spe, quod facilius tollitur. l. ult. C. de acq. possess. l Qui autem. ff. quæ in fraud cred. l. Si Sponsus. §. Si maritus. ff. de donat inter vir. & uxor. Nec absolutè illis aufertur, sed differtur, vt scilicet eis saluum sit mortuo legitimato.

Quartũ est ex eo, q Princeps nõ aufert directè ius suũ agnatis, sed illegitimè nato aufert impedimentũ & obstaculũ, pp quod succedere nõ poterat Ergo nil phibet, quo minus Princeps eiusmodi beneficiũ possit cõferre restituẽdo natalibus illegitimè natũ. l. Queris. ff. de natalib. restit.

reſtit. licet id per conſequentiam tendat in præiudicium agnatorum. Multa enim in conſequentiam permittuntur, quæ principaliter fieri prohibentur. l. 1. ff. de autho. tut. l. Conditionibus pupillus. ff. de condit. & demonſtr. l. Quoties. C. de iudic. l. Cùm creditor. §. Qui furem. & ibi no. Bart. ff. de furtis.

Quibus nil morantibus contrariam ſententiã amplector, cuius fundamentum illud eſt firmum, quoniã Princeps non poteſt alicui auferre ius ſuum. l. Quoties. C. de precib. Imperat. off. & ideo in reſtituendo aliquem natalibus ſemper cõſenſum eius requirit, qui ex ea reſtitutione lædi poteſt, vt patet ex l. 2. 4. & 5. ff. de Natalib. reſtit. Ergo non poteſt legitimare aliquem in præiudiciũ agnatorum, quia auferret agnatis ius ſuum, niſi iuſta cauſa moueatur, ſecundum ea, quæ dixi in præcedenti capite.

Quæ verò in contrariũ allata ſunt argumẽta, nihil mouent. Nã quod primò dicitur, diſputari non poſſe de poteſtate Principis, nõ probatur ex lege, quæ vulgò adferri ſolet. Sic enim habet: *Diſputare de principali iudicio non oportet. Sacrilegij enim inſtar eſt, dubitare an dignus ſit, quem elegerit Imperator.* Hic non dicitur de poteſtate Principis, ſed de iudicio, cùm aliquem dignum eſſe iudicauit, diſputare non licere.

Quod ſecundò dicebatur, Principẽ derogare poſſe iuri poſitiuo veriſſimũ eſt, ſi iuſta ex cauſa moueatur, priuilegiũ cõcedendo, vel aliquam legem generalem ſtatuendo, ſine cauſa verò nõ poteſt auferre cuiquã ius ſuũ. l. Id quod noſtrũ, de reg. iur. l. Quoties C. de ꝓcib. Imper. offeren. Nec illa diſtinctio legib. probat᷑, ſecundũ quã multi dixerũt, Principẽ auferre poſſe ius quęſitũ artificio iuris ſolius ciuilis & poſitiui: quare contrariã ſententiã veriorem puto, quam non pauci ſunt ſecuti, apud Gabrielium lib. 3. commu. concl. tit. de iure quæſito non tollendo, cõclu. nu. 18. & infrà libro ſequenti latius diſputabo.

Ad tertium argumentum reſpondeo, ius quæſitũ eſſe agnatis ex antiquis inueſtituris, quibus ad feudũ ſunt vocati, & iſtud ius in re eſt, non in ſola ſpe: licet enim in ꝓſenti non deducatur ad effectum, donec ſcilicet vaſallus viuit, eſt tamen ius quæſitum iam, quod eis nullo modo poteſt auferri, c. 1. de alien. feudi patern. Alia ratio eſt de iure futuro & incerto, quod nullum habet certum fundamentum in præſenti. Nota eſt enim diſtinctio Ludouici Gomes, reg. de non tollendo iure quæſito, q. 4. nu. 13. quã ſequitur Socinus iunior in conſi. 95. nu. 33. 34. lib. 3. quæ ad materiam noſtram rectè accommodari poteſt.

Quod verò dicitur, non auferri ius agnatorũ, ſed differri in aliud tempus, nihil eſt, quia imò ius illis auſertur, quia feudo carere debent, & viuente legitimato, & fortaſſis etiam mortuo ſi ſobolem relinquat feudi capacẽ.

Poſtremum argumentum nihil obſtat, quia licet Princeps legitimando remoueat obſtaculum, tamen id facere non debet, niſi conſentientibus ijs, qui ex ea læduntur, vt patet ex l. 2. 4. & 5. ff. de Natalib. reſtituen.

CAPVT LI.

Legitimati per ſubſequens matrimonium, an ſuccedant in feudo, quod conceſſum eſt filijs ex legitimo matrimonio natis, ſiue deſcendentibus.

INter omnes conſtat, naturales filios per ſubſequens matrimonium legitimos effectos in feudo ſuccedere. Sed controuerſia eſt non parua, vtrum idem ſit reſpondendum, ſi feudum ſit cõceſſum filijs ex legitimo matrimonio natis? Etenim idem reſpondendũ eſſe, reſponderũt Andreas Iſernia in c. 1. §. Naturales, ſi de feudo defuncti fuerit controuerſ. nu. 8. 9. Afflictus ibid. in §. notabili, nu. 25. Paulus Caſtr. in l. vlt. C. de his qui veniã ętatis impetr. Ripa in l. Ex facto. §. Si quis rogatus, num. 47. ff. ad Treb. Alciat. lib. 3. de verb. ſign. non multum procul ab initio. Decius conſi. 155. nu. 4. Siluanus in conſi. 3. num. 49. Couuar. lib. 4. decret. par. 2. c. 8. §. 2. nu. 30. Burſatus conſi. 17. & 18. Hartmannus q. 14. lib. 2. parte poſteriore.

Sed contrarium rñderunt, Baldus in d. §. Naturales, nu. 5. Curt. iun. de feudis, in 2. par. 3. parte, nu. 41. Alex. in conſi. 5. ad fi. lib. 7. Ruinus in conſi. 92. nu. 13. lib. 3. Gozadinus conſi. 25. nu. 2. Soc. iun. in conſi. 12. num. 12. lib. 4. Natta in conſi. 624 nu. 21. D. meus Cephalus in cõſi. 11. nu. 11. 12. lib. 1. Rolandus à Valle, in conſi. 100. n. 39. li. 2.

Argumẽta in vtrãq; partẽ referre ſuperſedeo, quia ex brocardicis pronũciatis petita ſunt, quib. nõ libẽter vtor, cùm admodũ incerta ſint, & parũ fructuoſa. Summa eſt hęc, ſi verborũ ꝓpria natura ſpectãda ſit, iuxta l. Nõ aliter, de leg. 3. hoc reqri, vt filius ſit natus ex leginimo matrimonio; Naturalis aũt filius, de quo nobis inſtitutus eſt ſermo, nõ eſt nat⁹ ex legitimo mřimonio, ſed ex cõcubina, ergo nõ habet qualitatẽ ex pacto inueſtiẽtis requiſitã.

Ex altera parte illud obijcitur: *Tanta eſt vis matrimonij, vt qui antea ſunt geniti, poſt contractum matrimonium legitimi habeantur.* c. Tanta qui filij ſunt legitim.

At reſpondetur legitimos quidẽ eſſe, ſed non ex legitimo matrimonio natos. Huic obiectioni occurritur ex c. Cùm in cunctis, de elect. vbi dicitur, Epiſcopum natũ eſſe oportere ex legitimo matrimonio, & tamen legitimatum per ſubſequens matrimonium, idoneũ eſſe Gloſ. reſpondit in c. Innotuit, eod. tit.

Sed authoritas hæc gloſſæ probabilis eſt, non neceſſaria. Quate argumentum firmum manet.

Ego tñ exiſtimo, hanc ſñiam, quæ legitimationi fauet, rõni iuris magis conſentaneã eſſe. Nã cùm filij antea geniti, poſt contractũ matrimoniũ legitimi habeant᷑, vt dicit tex. in d. c. Tanta, quæro cauſam huius rei, vnde ſ. filij antea geniti hoc beneficiũ & ius cõſequantur: hic reſpõderi nõ põt, cauſã eſſe, quia Princeps reſcribẽdo ita vult, & declarat, ſed rñdere oportet, id ex matrimonio ꝓuenire. Sed matrimoniũ ſubſequẽs nõ põt efficere legitimos filios antea natos, ſed tantùm naſcituros, niſi lex ſuccurrat, de filijs antea natis idẽ ſtatuẽdo, qđ de naſcituris; ita, vt & antea nati, & poſtea naſcituri eodẽ iure cenſeãtur. Quod cùm ita ſit (neq; enim id negari poteſt) hinc habemus, filios antea genitos legis interpretatione & auxilio haberi pro natis ex legitimo matrimonio: aut certè eodẽ iure cẽſeri cũ ijs, qui poſt matrimoniũ legitimè cõtractũ procreati ſunt. Cõſequenter niſi quis verborũ proprietatẽ, legum authoritati præferre voluerit, facilè iudicabit, eiuſmodi filios per ſubſequẽs matrimoniũ legitimos effectos, ex legitimo matrimonio, iuris interpretatione (qđ ſufficit) natos videri, atque adeò feudum obtinere poſſe.

CAPVT LII.

Si vaſallus feudum habens alium ſubinfeudauerit rectè & legitimè, deinde mortuus fuerit, an feudum ita ad dominum reuertatur, vt non teneatur ſubinfeudatum inueſtire, licet ei ſeruire voluerit?

SCribit author librorum feudalium lib. 2. tit. 9. in hæc verba: *Eſt autem optima conſuetudine interdicta feudi alienatio, ſuper qua multa & diuerſa ſententia dabantur in ſingulis Ciuitatibus, ſeu Curijs, donec Imperator diuæ memoriæ Lotharius tertius promulgauit ſuper hoc nouam conſtitutionem, quæ poſita eſt in titulo de beneficijs. Neceſſitate namque ſuadente poterat olim vaſallus domino inſcio vel inuito, feudi partẽ vendere, retenta videlicet alia parte. Si verò vel totum, vel partem volebat per feudum aliquem inueſtire, hoc licebat ei ſine fraude facere. Si autem diſſentiente domino vendebat, ſiue per feudum inueſtiebat, (quod & ipſum ſyncerè hodie, & ſine fraude licet ei facere) ſi tamen ſine hærede maſculo deſcendente decedebat, vel feudum in manu domini refutabat, aut alia fortè ratione intercedente culpa amittebat, tunc omnis feudi alienatio ad irritum reuocabatur: eo excepto, quòd ille, qui ſecũdo loco beneficium acceperat, nõ amittebat,*

amittebat, si priori domino seruire, & ab eo feudum recognoscere volebat.

Ex hoc loco habemus duo. Primum, licere etiam iure hodierno, ei, qui feudum habet, alium, vt vulgò loquimur, subinfeudare, sine consensu dñi, si bona fide, & sine fraude id fiat. Alterum, mortuo subinfeudante sine descendentibus masculis, factam subinfeudationem ad irritum deduci; sed tamē si is qui subinfeudatus est, priori domino seruire velit, & feudum ab eo recognoscere, feudum non amittere, sed retinere posse.

Atque ita ex æquitate, iuris rigorem temperante, quo resoluto iure datoris resoluitur ius acceptoris, communi doctorum sententia receptum est: Vide interpretes in eum locum, Bald. in c. Cæterùm. de iudicijs, Curtium iuniorem de feudis, parte 4. num 85. vers. Sexta declaratio. Sonsbecium parte 13. nu. 177. Eguinarium Baronem de iure beneficior. lib. 3. cap 1. Cuiacium lib. 2. tit 9. in vsus feudor. Duarenum, cap. 12. nu. 14. Franciscum Burlatum cons. 163. nu. 31. lib. 2.

Cæterùm, Afflictus in commentarijs huius loci, nu. 1. & 9. hodierno iure id quod secundo loco adnotaui, negat locum habere posse, quia per legem Imperialem dominus non teneatur vasallum habere eum quem nolit. Scribit etiam Clarus in §. Feudum. q. 32. vix hanc sententiam in praxi posse obtinere; sed & Hartmannus Pistorius lib. 2. parte posteriori, q 44. nu. 10. apertè statuit, hāc sententiam recipiendam non esse.

Verùm quantum ad Afflictum attinet, nisi de Constitutione Imperiali aliter nos doceat, quænam sit, & an extra fines Regni illius locū habeat, non video, cur possim ei acquiescere. Dubitatio autē practica, vt sic loquar, Clari me non deterret, qui de iure, nō de facto nunc dissero. Magis mouent argumenta Pistorij, veruntamen nō remouent à communi sententia, tam præclaro fundamento innixa. Etenim eis respondere haud quaquam mihi difficilè videtur.

Primum argumentum est, ex regula generali quę docet, vasallum nihil omnino de feudo statuere vel disponere contrahendo posse, quo, se defuncto dominum obliget, c. 1. §. Et si clientulus. de alien. feud. c. 1. §. E contrario. de alien. de re alien. fa.

Respondeo, omnis definitio in iure periculosa est. Rarum est enim, vt non subuerti possit. l. Omnis definitio. de reg. iur. Hæc itaque generalis regula non habet locū in casu isto, nisi ostendatur lex, vel cōstitutio, contra tex. in d. tit. 9 lib. 2.

Secundum argumētum est, quia domino inuito, alius quàm is voluerit, vasallus obtrudendus non est, c. 1. §. Si duo fratres. de fratre de nouo benefic. inuest.

Respondeo, nihil obstare, quia non dicimus hoc generaliter esse receptum, & constitutum, vt domino inuito vasallus, quem nolit, obtrudatur; sed in eo casu tantùm quem proposuimus. Quare non, si non possint obtrudi vasalli defuncti, idcirco sequitur, obtrudi non posse eū, qui subinfeudatus est.

Tertium argumentum sumitur ex regula iuris. Resoluto iure datoris, nempe vasalli, qui subinfeudauit, resoluitur ius acceptoris, l. lex vectigali. ff. de pign. l. Si ex duob. §. Sed & Marcellus. ff. de in diem addict. §. Rursus. quib. mod. feud. amittat.

Respondeo, rigorem iuris id exigere secundum regulam istam, verùm æquitatem spectandam esse, secundum eam subinfeudatum, si seruire velit, & à domino feudum recognoscere, sicut à vasallo recognoscebat, admittendum esse. Videtur enim quasi nouus vasallus constitutus, priore vasallo viuente, cùm bona fide, & absque fraude constitutus fuerit. Denique lex ita specialiter scripta est, aut verius consuetudo introducta, de qua disputare non licet, sed secundum eam oportet iudicare.

Quartum argumētum est, quia subinfeudatio nō nocet agnatis, ergo nec domino nocere potest. Respondeo,

A domino vt noceat, specialiter receptum esse in hunc modum, vt teneatur subinfeudatum admittere, si seruire velit, & feudum ab eo recognoscere.

Quintum sumitur ex c. vlt. Si de inuestitura feudi contentio sit, &c. Verba hæc sunt: *Rursus si quis acceperit inuestituram feudi, cum omni incremento, quod ei obueniret, & aliquid accreuerit, viuente eo, à quo acceperit, ipsius erit. Et si ille, qui inuestituram fecit, sine hęrede decesserit, & feudum reuersum fuerit ad eū, à quo ipse tenuerit, vel ad aliū; quidquid post mortem eius, qui dedit, accreuerit, ad eū pertinebit, ad quem regressum fuerit.*

Rñdeo, nos non negare, quin id quod accreuit feudo, ad dominum pertineat. Feudum enim, vasallo priore defuncto ad eum reuertitur. Sed dicimus eundem dominum teneri, feudum ipsum subinfeudato relinquere, atque concedere, si is seruire voluerit, & ab eo feudum recognoscere: quod nō negatur ibi. Licet enim dñs teneatur ei feudum concedere, si seruire voluerit, &c. perma- B gni tamen refert hoc, quod dicit textus, nempe incremētum ad dñm pertinere. Quid enim si ille nec seruire vellet, nec feudum ab eo recognoscere, aut seruire non amplius posset? Tunc enim dominus non teneretur.

Sextum sumitur ex §. vlt. Apud quem vel quos. Hæc sunt verba: *Si aliquis de capitaneis, vel maioribus valuassoribus, vel de minoribus, suum beneficium, siue totum, siue partem alienauerit, & ipse vel hæres eius sine hærede decesserit: quia beneficium senioribus aperitur, totum quod fecit reuocari debet.*

Rñdeo, textū loqui de alienatione facta à vasallo, nos aūt nunc loquimur de subinfeudatione; inter ista discrimen apparet fuisse olim, & meritò nunc esse dicitur. Ex dicto tit. 9 lib. 2. in illis verbis. *Tunc omnis feudi alienatio ad irritum reuocabatur: Eo excepto, quod ille, qui secundo loco beneficium acceperat, non amittebat, si priori domino seruire, & ab eo feudum recognoscere volebat.*

Postremum argū est ex §. Rursus. quib. mod. feud. a- C mittat, vbi sic habet: *Rursus, si fidelis meus mediatè libellario nōie feudum dederit, & sine hærede decesserit, & feudum ad dominū redierit, vel postquam ad libellum dederit, vel pignori obligauerit, & domino refutauerit, tunc ille, qui ab eo acceperit, nullo iure aduersus dominū se tueri poterit.*

Rñdeo, nos in ijs terminis nequaquam versari, sed in eo casu, quo feudum alteri vasallus per inuestituram dedit (quam vocamus subinfeudationem) de hac facti specie nominatim constitutum fuit, & mutatū postea esse non constat, vt dominus teneatur secundum vasallum admittere, si seruire velit, & feudum ab eo recognoscere; quare argumentum ex omni alia specie alienationis petitum, non est satis firmum, quia inter hanc & alias alienationis species discrimen apparet fuisse, vt dixi.

Non obstat responsio allata ad tex. quo nostra nititur communisq; sentētia, nimirum eum esse accipiendum, vt locum habeat domino cōsentiente, & non repugnante, secus autem, si secundùm vasallum subinfeudatum re- D cipere noluerit.

Nam hæc responsio meram continet diuinationem, & repugnat verbis generalibus textus, quibus dr̄, eum, *qui secundo loco beneficium acceperat, non amittebat si priori domino seruire, & ab eo feudum recognoscere volebat.* Ergo igitur in electione & arbitrio ipsius secundi vasalli, an vellet beneficium retinere & non amittere, *domino scilicet seruiendo, & feudum ab eo recognoscendo*, non autem in domini arbitrio & voluntate feudum illi auferre, tanquam ad se reuersum ac deuolutum.

Aliam adfert responsionem idem Pistorius magis infirmam, quam & ipse tutam non esse fatetur, nimirum illa verba, *Eo excepto, quod ille, qui secundo loco beneficiū acceperat, non amittebat, si priori domino seruire, & ab eo feudum recognoscere volebat*, referenda esse ad eū casum, quo feudū à priore dño culpa amittebatur, nō autem ad eum casum, qui prior dñs absque hꝛde decedebat. Non rectè, quia repugnant verba superiora, quibus omnes

casus

casus exprimuntur sub eadem determinatione, vt feudū ad dominum reuertantur, constituta differentia inter casum alienationis & subinfeudationis, vt significant illa verba: *Eo excepto, &c.*

CAPVT LIII.

Subuasallus feudum alienare volens, an consensum requirere debeat domini sui immediati, an verò superioris domini mediati?


Vatuor sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima, requirendum esse consensum domini mediati, exempli gratia. Titius feudum dedit Caio, Caius Sempronio, Sempronius subuasallus siue subinfeudatus alienare vult, quæritur, an requirere debeat consensum Titij (quem dominum mediatū, siue superiorem cum alijs interpretibus appello) an verò B Caij domini sui immediati. Prior igitur sententia docet, exigendum consensum Titij ac Superioris mediati dñi. Ita docuerunt Gloss. in cap. Imperialem, in §. Illud, de prohibit. feudi aliena. per Frider. Bald. ibidem & Aluarotus, Iason consi. 176. lib. 1. Iacopinus à S. Georgio in inuestit. feud. in verb. & cum pacto de non alienando, nu. 21. 22. Clarus §. Feudum, quæst. 32. Hanetonius lib. 3. cap. 10. Bursatus consi. 91. nu. 1. & 136 nu. 57.

Fundamentum est præcipuum, quia is consentire debet alienationi feudi, qui directum habet dominiū eius, vt in d. c. Imperialem, sed directum dominium feudi habet dominus superior ac mediatus, Ergo illius consensus exigendus est.

Assumptio probatur. Nam subinfeudatio fit sine præiudicio domini, ergo retinet dominium directū, quia subinfeudans remanet vasallus, vt patet: Et cùm penes duos in solidum non possit esse dominiū. l. Si vt certo. §. Si duob. ff. commod. sequitur illud nō esse penes subinfeudantē, C quem immediatum subuasalli dominum appellamus.

Altera est sententia, exigendū esse consensum immediati domini. Ita Io. Faber in §. Adeo, in Instit. de locato. Zasius de feudis par. 9. num. 34. Hartmannus Pistoris q. 45. lib. 2. parte posteriori.

Fundamentum est in d. cap. Imperialem. §. Illud, de prohibit. feudi aliena. per Fridericū, vbi sic habetur: *Illud quoque præcipimus, vt si vasallus de feudo suo alium vasallum habuerit, & vasallus vasalli dominum domini sui offenderit, nisi pro seruitio alterius domini sui hoc fecerit, quem sine fraude antè habuerit, feudo suo priuetur, & ad dominum suum, à quo ipse tenebat, reuertatur, &c.*

Si feudum reuertitur ad dñm immediatum, cùm vasallus eo priuatur ob delictum, ergo similiter ad dominū immediatum reuertetur, si absque eius consensu fuerit alienatum. Videtur enim dominus immediatus tunc cōtemni à vasallo, Igitur eius consensus exigendus est.

Tertia est sententia, requirendū esse cōsensum vtriusque D domini, superioris nimirum siue mediati, & inferioris siue immediati. Ita Iacobus Ardizon. in summa feudali, cap. 103. vers. Nunquid sufficiat consensus maioris. Andreas Isernia in d. c. Imperialem, col. 4. vers. verius putarem, & ibidem Afflictus nu. 45. & 46.

Fundamentum est, quia vtriusque domini interest, superioris & inferioris, ne sine ipsorum consensu feudum alienetur. Superioris quidem, ne feudum ab eo concessum crebris alienationibus diminuatur: inferioris autē, ne illi inuito vasallus obtrudatur.

Quarta est sententia, distinguens inter feuda *quaternata*, & feuda, quæ *de tabula* dicuntur in feudis: de tabula sufficit cōsensus dñi inferioris immediati: In feudis autē quaternatis requiritur consensus vtriusq; dñi, ita Marinus Frecia in cōmētarijs feudalib. tit. de authoritate & potestate Baronis erga subfeudatarium, Authoritate prima, in principio. Fūdamentū est in constitutione Regni A Neapoli, q̄ nō pertinet ad rē nostrā. Feuda quaternata appellātur, quæ à superiori dño alicui vasallo simpliciter cōcessa, ab eo alteri subinfeudantur. De tabula verò dñr, quę à subuasallis possideri, & subinfeudari solent.

Ego existimo, eorū sniam probabiliorē esse, qui docēt, exigendum esse consensum dñi immediati inferioris, & moueor hoc argumēto. Nā aut dicimus vasallū, qui subinfeudauit, & quem dñm immediatum appellamus, aliquid iuris in feudo habere, quod subuasallus ab eo accepit, & recognoscit, aut id negamus: Vt id negemus nulla ratio suppetit, cur enim dñs appellaretur? Cur ab eo feudū recognosceretur? cur vasallū haberet sibi obligatum, iuxta naturā feudi? Si fatemur eū aliquid iuris habere, necesse est, vt fateamur illud esse quoddā dominium directum, quod illi cōpetat, tanquam vtile dominium (sic enim vocant) habenti. Nam & dñm vsusfructus appellamus, sed siue directum dominium, siue aliter nuncupetur, nō est in eo vis posita, modò cōstet de re, id est, eum habere aliquod ius in subuasallū situm, & in ipsum feudum. Ergo ratione huius iuris consensus eius exigendus est.

Dominus autē superior habet quidē ius in eodē feudo, sed nō in subuasallum; nec enim ipse habere pōt idē ius, quod habet dñs inferior. Nō enim duo possunt vno & eodē respectu, esse vnius & eiusdē rei dñi insolidum. Quid ergo? Habet dñs superior rōne feudi, & tāquā dñs illius sibi vasallū suum obstrictū. Vasallus idē ita obstrictus, dñs & ipse est eiusdem feudi, & alium subuasallum, nempe sibi obstrictum tenet. Sic duo sunt domini insolidum, diuersis tamen respectibus, & respectu diuersarum personarum. Hæc miris sed veris modis fiunt; ac proinde contrariæ sententiæ firmamentum corruit.

CAPVT LIIII.

Si plures sint successores in feudo, an & quomodo omnes fidelitatem domino iurare debeant?


Onnulla est controuersia hac de re: quia Iacobus Cuiacius lib. 3 tit. 9 existimat, omnes successores fidelitatē iurare oportere, quando feudum est diuisum, secus si indiuisum: Alij cōiter docent siue feudum diuisum sit, siue indiuisum, omnes ad iurādum obstringi. Multi putant sufficere, si vnus solus reliquorum omnium nomine iuret. Zasius par. 7. nu. 10. & 11. Cassaneus cōsuetud. Burgund. §. 7. nu. 3. Moder. Parisien. contra in consuet. Parisien. §. 2. Gloss. 4. nu. 37. Breuiter res sic se habet: si textui acquiescendū est. Omnes iurare oportet, siue feudū indiuisum, nisi vni tantùm obuenerit ex diuisione, quia ille solus iurabit: *Omnes filij eius, qui feudū acquisierint, fidelitatem facere debent, maximè si indiuisum habent: quòd si feudum ex diuisione ad vnum tantum peruenerit; ille tantùm faciet fidelitatem.* Verba sunt textus in c. 1. §. Omnes, si de feudo fuerit contentio, &c. Idem probatur in cap. Imperialem. §. Præterea Ducatus, de prohibit. feud. alien. per Frideric. ibi: *Ita vt omnes, qui partem feudi habent, iam diuisi, vel diuidendi, fidelitatem faciant.*

Nihil addo pro declaratione, q̄a verba satis sunt pspicua. Rursus poterit vnus cæterorū noīe fidelitatē facere, si mādatū habuerit in eā rē, & procurator fuerit cōstitutus. Id probo ex c. 1. §. Sed vtrū, per quos fiat inuesti. sic. n. ait: *Sed vtrū ipse, vel alius pro se inuestiturā faciat, vel suscipiat, nihil interesse putamus. Potest enim hoc negotium & per procuratorē ab vtraq; parte expediri.* Ergo etiā fidelitatis iuramētum p̄stari potest per procuratorem. Id probo ex sequentibus verbis eiusdem tex. *Nulla autem inuestitura debet ei fieri, qui fidelitatem facere recusat.* Si igitur per procuratorem inuestitura suscipi potest, etiam per eundem iuramentum fidelitatis præstari poterit, quia is alioqui inuestituram obtinere non posset.

Negotiū fecit aliquib. text. in extraord. c. feudor apud Cuiac. lib. 4. tit. 77. sic dicēs: *Cùm plures fratres vasalli paternum*

serunum habent beneficium, donec illud indiuisum possident, vna fidelitas, & vnum seruitiu domino fieri debet. Si verò partitum fuerit, quot partes erunt, tot erunt fidelitates.

Existimatum est, sniam hanc esse, si feudum sit diuisum, oẽs iurare debere, si indiuisum sit, vnum tantùm iurare debere, & ideo tex. in §. Omnes, si de feudo fuerit cõtentio, &c. corrigendus est in hunc modũ, vt loco illorum verborum, *Maximè indiuisum habent*, rescribendũ sit, *maximè si diuisum habẽt* Frustrà, & nõ rectè. Frustrà, quia illud verbum, *maximè*, argumẽto esset, idẽ esse statuendum, qñ feudum esset indiuisum, licet magis id procederet in feudo diuiso. Non rectè, quia textus non est corrigendus absq; authoritate, vel necessitate. Nulla hic authoritas est, nulla necessitas, quia textus in c. extraord. non dicit, vnum tantùm ex fratribus ad iurandã fidelitatem teneri, qñ feudum est indiuisum, sed dicit vnam fidelitatem præstandã, quod significat, oẽs fratres ac successores in feudo simul obligatos esse ad fidelitatẽ, & ad seruitium, nõ autem separatim, vti qñ diuisum est feudũ, quo in casu, *quot sunt partes feudi, tot sunt fidelitates*, quia. s. singuli separatim iurant, & quilibet pro sua parte tenetur ad seruitium præstandum; & ideo subdit textus ille, qñ feudum est diuisum; *seruitia verò non pro partibus, vt vnum primum, videlicet grauiora, sed pro quantitate beneficij moderanda* Sensus est, qñ feudum est diuisum, non esse præstanda separatim seruitia à singulis heredibus in eũ modum, quo vni duntaxat seruitium pstabatur antea, cùm feudum esset indiuisum ab omnibus, vt s. tantùm quilibet teneatur seorsim pstare, quantum antea oẽs simul, sed seruitia *pro quantitate beneficij moderanda*, id est, singuli pstare debent seruitiũ pro rata, ratione habita eius partis feudi quã possidet Quod verò de seruitijs dr, intelligitur de grauioribus, s. grauiora seruitia nõ pro partibus, vt vnum illud primum, præstãda esse, velut præstabant tẽpore, quo indiuisum erat feudũ, ad differentiã leuiorũ seruitiorum, in quibus talis moderatio necessaria nõ est. Ita mihi videtur tex. explicandus, quanquam paulò secus Hartmãnus Pistorius explicet, q. 47. num. 17. lib. 2. parte posteriore.

CAPVT LV.

Si dominus feudi decesserit, relictis pluribus successoribus, vtrum vasallus teneatur omnibus præstare fidelitatis iuramentum?

Ontrouersiæ, de qua disseruimus in pcedenti capite, affinis est altera de pluribus hæredibus & successoribus ab eo relictis, qui feudi dñs erat, vtrũ singulis iuramẽtũ fidelitatis præstãdũ sit. Etenim affirmãt Accursius i l. Si vsusfructus legatus, 26. in vers. oportere. ff. de vsufruct. Bart. in l. cùm vnus. ff. de alim. & cib. legatis, & multi alij, quos refert & sequit Ias. in l. de pupillo. §. Si pluriũ, num. 6. de oper. noui nunc.

Sed negant, & vni tantùm hæredũ faciendã esse fidelitatem contendunt, Gloss. in §. Omnes, in fi. si de feudo defuncti cõtentio sit, &c. Andreas Isernia, & Baldus ibidem, Hostiensis in summa de Feudis. §. vlt. Aretinus in l. 2. §. Ex his, in 2. not. ff. de verb. oblig. Iacopinus in inuestitura feudali, in vers. Qui quidem inuestiti, nu. 28.

Alij dixerunt, vasallum non teneri singulis dominis separatim fidelitatem facere, sed tantum vni eorum communi omnium vice & nomine eam recipienti. Ita Martinus Laudẽsis, Aluarotus & Præpositus in d. §. Omnes. Zasius de feudis, par. 7. nu. 11. 12 Moder. Paris. in Consuet. Paris. §. 2. Gloss. 4. nu. 53.

Ego puto priorẽ sniam oĩbus alijs probabiliorẽ esse, & iuri magis consonã, sed ita tñ accipiendã, vt si & vasallus oĩbus heredibus ac successorib. fidelitatẽ faciat, nõ tñ teneatur plura seruitia pstare, sed vnum tantùm seruitium oĩbus feudum possidẽtibus, siue diuisum sit, siue indiui-

A sum. Quod primò dixi, probo euidenti rõne. Nã certum est oẽs & singulos hæredes ac successores dñi defuncti pro rata parte feudũ obtinere: Ergo singulis, tanquã feudi dñis pro rata, fidelitatis iuramentum præstari debet à vasallo: Sed quia iuramẽtum est indiuiduũ, neq; enim p parte pstari potest, quia nõ recipit diuisionẽ, hinc efficit omnib. & singulis heredib. præstandum esse, arg. l. Heredes. §. An ea ff. fam. hercisc. l. 2. §. Ex his, vers. Ex quo. ff. de verb. oblig. Quod autem secundo loco dixi, probo, quia ex persona hæredum conditio obligationis non immutatur. l. 2. §. Ex his. ff. de verb. obl. Immutaretur autem, si vasallus ad præstanda plura seruitia teneretur, quia domino priori vnum tãtùm seruitium præstare tenebatur.

Fundamẽtum cõtrariæ sniæ positum est in c. Imperialem. §. Præterea Ducatus, de prohib. feudi alien. p Frider. vbi dicit tex *Præterea Ducatus Marchia Comitatus de cætero non diuidatur, aliud autem feudum, si consortes voluerint, diuidatur; ita vt omnes, qui partem feudi habẽt iã di-* B *uisi, vel diuidendo, fidelitatẽ faciãt; ita tamen, vt vasallus pro vno feudo plures dominos habere non compellatur: nec dominus feudum sine voluntate vasalli ad alium trãsferat.*

Rñdeo, hãc esse huius textus sniam. Dñm non posse, partem feudi alienando vel diuidẽdo hoc efficere, vt vasallus duos cogat habere dominos, loco vnius. Nihil offendit sniam nostrã hoc argumẽtum, qa & nos fatemur, plura seruitia pstanda nõ esse, qñ sunt plures successores, sed vnum tantùm: Et cõsequenter non cogitur vasallus plures dominos habere, quia oẽs hæredes & successores simul ita sunt dñi, vt vnum duntaxat seruitiũ exigere possint à vasallo. Præclarè Iabolenus in l. cui fundus c. ff. de cond. & demonstr *Et omnis numerus eorum, qui in locũ eius substituuntur pro singulari persona est habendus.* Vides Clarum in §. Feudum, q. 49. vers. Quæro nunc, & Hartmannum, q 47. lib. 2. parte posteriori, nu. 19.

CAPVT LVI.

C
Si vasallus cum consensu domini feudum creditoribus suis obligauerit, deinde nullis descendentibus relictis decesserit, vtrum dominus, ad quem feudum reuertitur, teneatur satisfacere creditoribus.

St hæc magni momẽti quæstio, an feudo ad dñm reuerso ob vasalli mortẽ absq; descendẽtibus, resoluatur hypotheca ipsius feudi, q̃ cum consensu dñi cõtracta est vasallo, s. illud creditorib. suis obligante & oppignorante. Existimo nõ resolui, sed manere, donec ipsis creditoribus satisfactum fuerit: Et moueor Textu, Ratione, Authoritate. Textu: adduco enim cap. 1. §. Etsi clientulus, de alien. feudi, cuius hæc sunt verba: *Etsi clientulus fecerit libellũ, vt aliud de medietate feudi sine domini voluntate, eo mortuo sine legitimo harede masculo (quod verbũ ita intelligendum est in feudo) id est, siue filio masculo, reuertitur feudum ad dominum. Si vero cum domini volũtate to-* D *tum vel mediũ alienauerit, stabilis permaneat alienatio.*

Hæc est sententia textus, alienationem firmam permanere, factam cum consensu domini, nec ideo resolui; quoniam vasallus, qui alienauit, absque filio masculo decesserit, ac proinde feudum fuerit ad dominum reuersum. Si alienatio manet firma & stabilis, neque resoluitur. Cur non & obligatio seu oppignoratio? licet enim feudum per oppignorationem non alienetur, sicut per venditionem, tamen eadem est ratio in oppignoratione, quæ in venditione, imò maior. Nam si alienatio firma permanet in præiudiciũ domini consentiẽtis, multò magis firma debet manere oppignoratio, quæ minus præiudicij domino adfert: sicut alienatio, consentiente domino valet, sic & oppignoratio: cap. Imperialem, de prohibit. feudi alien. per Frideric. quare nil proponi videtur, cur illa non resoluatur, imò *stabilis permaneat*, vt textus loquitur, hæc verò infirmari, & ad irritũ deduci debeat.

Ratione hanc sententiam probo. Nam siue perpen-

damus,

damus mentem contrahentium, siue id quod æquitati A consentaneum est, firmam permanere oportet oppignorationem hanc. Creditoris, proculdubio, ea fuit opinio ac intentio, vt super feudo securitatem haberet, atque hoc inter ipsum & debitorem actum est, feudumq; proinde oppignoratum. At quæ securitas hæc est, si resoluatur hypotheca mortuo debitore, & feudo, quãtum ad vtile dominium ad dominum reuerso? Non est verisimile, si cogitasset perpetuam non fore hypothecam, eum fuisse pecuniam mutuaturum, aut eam cautionem tam fragilem accepturum. Nec diuersa intelligi potest domini consensum accommodantis intentio fuisse, quia secundùm naturã actus & contractus pignoris cõsensisse existimari debet; ita nimirũ, vt maneat pignus, donec debita offeratur pecunia, soluaturq; ijs modis, quibus iure constitutum est in tit. quib. mod. pign. vel hypotheca soluitur.

Authoritate moueor, quia ita docuit Marinus Frecia lib. 2. de authoritate & potestate Regis erga subfeudatarium, authoritate 29. nu. 8. vers. Fallit etiam hæc regula, B vbi alios citat & refert, ac sequitur Hartmannus Pistorius lib. 2. parte posterior. quæst. 48. nu. 22.

Contrarium docuerunt Afflictus in c. 1. num. 31. qui successo. tenean. Zasius de feudis par. 6. num. 27. & par. 9. nu. 8. & 39. qui tamen loquitur, quando dominus cõsensit adiecta clausula, saluis iuribus ipsius. Idem latè respõdit in terminis eiusdem clausulæ adiectæ consensui præstito in oppignorationem, & alios citat latè differẽs Frãciscus Bursatus in consi. 171.

Primum argumentum est, quia omnis promissio & conuentio intelligitur rebus sic stantibus. l. quæro. §. Inter locatorem. ff. locati. l. si fuerit. ff. pro socio. l. quod seruus. ff. de cond. cau. data. latè Tiraquell. ad l. si vnquam. C. de reuo. dona. in præfatione, nu. 162. Ergo consensus domini in oppignorationem factam, locum habere intelligitur, ac domino præiudicare, rebus sic stantibus, id est, donec vasallus, qui oppignorauit feudum, vixerit, siue successores eius feudum obtinuerint, non autem, si C feudum reuertatur ad ipsum dominum.

Respondeo, antecedens sumptum esse ex regula brocardica, vnde sumptum argumentum sæpe infirmũ esse didici & animaduerti. Licet enim in dictis legibus promissio facta propter certas quasdam & iustas causas intelligatur, rebus sic stantibus, non tamen inde sumi potest generale quoddam, ac veluti absolutũ axioma, quãlibet conuentionem ac dispositionem accipiendam fore rebus sic stãtibus, ita vt quælibet varietas & mutatio postea contingens, ius immutet, infringatq; ipsam promissionem & conuentionem. Nam ne longius exempla petamus, ecce tibi casum alienationis feudi, cum consensu domini, à vasallo factæ. Vasallus moritur sine descendentibus masculis. Nunquid facta alienatio reuocetur, an verò consistat? Si spectes illud generale pronunciatũ. Quælibet promissio & obligatio intelligitur rebus sic stantibus, dices feudum ad dñm reuerti, alienationem rescindi, consensumq; non obstare, quia non amplius res est in D eodem statu. At contrarium deciditur in d. §. Et si clientulus, nimirum, alienationem stabilem permanere. Cur ita? quia secundum ipsam naturam actus, & intẽtionem contrahentium, & rei æquitatem iudicandum est, nõ secundum generales quasdam regulas. Omnis enim definitio periculosa est l. Omnis definitio, de reg. iur.

Secundum argumentum est, quia nõ solet consensus præiudicare iuri proprio ipsius consentientis, quoties interponitur, & adhibetur pro authoritate rei gestæ, vt valeat. l. Caius. ff. de pig. act. l. Cùm quædam. C. de admi. nitor. Ergo consensus dñi non præiudicat ipsi in iure proprio, & cõsequenter non impedit, quo minus vasallo sine masculis defuncto, feudum liberè ad eum reuertatur.

Respondeo, consensum non præiudicare domino, circa ius directi dominij, quod habet, & habuit tempore alienationis feudi, neque circa consolidationem vtilis dominij cum directo, modò pignus firmum maneat, quia si firma non consisteret feudi obligatio à vasallo facta, domino consentiente, id creditori præiudicium adferret, & naturæ rei gestæ repugnaret. Ea quippe natura contractus pignoris est, vt maneat ius firmum creditoris, donec ei pecunia fuerit persoluta.

Tertiũ argumentũ est, quia consensus dñi oppignorationi præstitus, confirmat oppignorationem, quæ aliàs non valeret. Confirmatio autem non tribuit nouũ ius. Qui enim confirmat, nihil dat. c. Quia diuersitatem, de concess. præben. l. Et quia. ff. de iurisd. om. iud.

Respondeo, hoc sufficere, vt propter domini consensum ita valeat oppignoratio, vt postea non infirmetur, cuius contrarium non probat dictum argumentum.

Quartum argumentum est, quia dominus consentiendo in oppignorationem feudi, non censetur renunciare iuri suo, quod scilicet per mortem vasalli absque masculis à lege ei defertur. Neque enim renunciatio præsumẽda est. l. Si dominus. ff. de seruit. vrb. præd. l. Si ex plurib. ff. de solut. l. Cùm de indebito. ff. de probat.

Rñdeo, non ideo consistere obligationẽ mortuo vasallo, quia dñs videatur iuri suo renunciasse, dũ oppignorationi consensit; sed quia oppignoratio semel rectè & legitimè facta, nõ debet irritari propter casum superuenientem mortis vasalli. Cur enim mors vasalli noceret iuri quæsito creditori? Nec dominus amittit vtile dominium, sed illud obtinet cum sua causa.

Quintum argumentum est, quia plurimum hæc inter se differunt, consentire, & obligari. Dominus ergo, qui consensit oppignorationi feudi, non est obligatus propter hunc consensum, ad soluendum æs alienum creditori ipsius vasalli.

Respondeo, dominum quidem non obligari ob consensum præstitum ad soluendum æs alienum, sed hoc efficere consensum præstitum, vt feudi oppignoratio legitimè constituta esse dicatur, ac proinde ita stabilis & firma permaneat, vt creditor pignori rectè insistat, donec ei debita pecunia persoluatur, nec aliter pignus & hypotheca eius soluatur, quam solutione eius quod debetur, vel alijs legitimis modis.

Sextum argumentum est, quoniam in generali sermone non continetur persona loquentis. l. Inquisitio. C. de solution. l. Qui insulã. §. vlt. ff. locati. Ergo dominus oppignorationi feudi consentiens, de propria ipsius obligatione sensisse existimandus non est.

Respondeo, brocardicum est quod assumimr, & nullius momenti argumentum, quia non dicimus, dominũ vigore consensus obligari, sed per consequentiam, si vult feudum liberare, & pignus ipsum luere.

Septimum argumentum. Qui consentit alienationi rei sibi debitæ in aliquem euentum, non propterea ius suum amittit, eueniente casu quo res ad eum deferatur, vt not. in l. Si à substituto. de leg. 1. Bart. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres, in 12. quæst. ff. de verb. oblig. Alex. in cõsi. 40. nu 7. lib. 4. Ergo nec dominus in proposita specie oppignorationi consentiendo ius suum amittit, feudo ob mortem vasalli absque liberis, ad eum deuoluto.

Respondeo, brocardica est propositio, ex qua conficitur argumentum, non hoc volunt Alex. non Bart. Contrarium docet Crauetta in consi. 24. num. 9. alios citans. Sed riuulos non adeamus, fontes spectemus. Imperator Gordianus. *Quoties ab omnibus qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem aspirare possunt, venditio celebratur, aut quibusdam vendentibus* (arrige aures) *alij consenserit, contractus authoritas conuelli nequaquam potest*. Idẽ habemus ex l. Nihil. §. 1. de leg. 1. & alibi, ex quo videre licet, quàm arũdineo scipione nitantur, qui generalibus istis propositionibus nituntur.

Postremum argumentum pertinet ad eum casum, quo consensus à domino interponitur, *saluo iure ipsius*. Hæc enim clausula & protestatio efficere debet, vt nullũ consentienti præiudicium inferatur. arg. l. Si debitor. §. 1. & l. Sicut. §. Non videtur. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. sol.

Respondeo,

Respondeo, duplex ius domini distinguendum esse, vnũ est directi dominij, & istud reseruatum esse intelligitur, quare oppignoratio consistit, saluo tamen iure directi domini, quod in consensu præstiti expresse reseruatur, vel tacite reseruatũ intelligitur. Alterum est ius vtilis dominij consolidandi cum directo, eueniente casu mortis vasalli absque liberis; Et istud quoq; reseruatum intelligitur, neque.n. impeditur hæc consolidatio, sed saluo iure creditoris, quod habet in pignore. Neque.n. ius creditoris ex illa reseruatione tollitur. Et hoc est quod Doctores dicũt, clausulã illã, saluo iure dñi, non includere ea iura, quæ dominus consentiendo patitur in aliũ transferri. Alioqui reseruatio illa consensui esset contraria, & veluti quædam protestatio contraria facto. Sed de hac re satis.

CAPVT LVII.

Consensus præstitus à domino feudi oppignorationi à vasallo factæ, vtrum ad vsuras, siue ad id quod interest extendatur?

VAsallus feudum oppignorauit, consentiente domino, valet oppignoratio creditori facta, & non quoad sortem duntaxat pecuniæ debitæ, verùm etiam quoad vsuras, siue interesse post moram debitas, sicut docet Hartmãnus Pistorius lib. 2. parte posteriori, q. 49. nu. 18. Huius rei hanc coniecturã habeo, quod fideiussor (cuius obligatio strictè accipienda est) in omnem causam cõductionis obligatus, tardius illatarum per moram coloni, pensionum vsuras præstare cogitur. l. Quæro. ff. locati. Nam sicut obligatio fideiussoris ad vsuras extenditur, ita & consensus domini, quia dũ dominus in oppignorationem consentit feudi, dicitur in omnem causam consentire. Alia ratio est fideiussoris, qui cùm taxatione in certam quantitatem obligatus est, vt in d. l. Quæro, & similiter domini consentientis, vt feudum oppignoretur à vasallo sub certæ quantitatis taxatione: tunc enim consensus pertinet ad sortem.

Contrariũ docuit Marinus Frecia, de authoritate & potestat. Baronis erga subfeudatarium, q. 20. & ante eum Afflictus ad c. Imperialem, q. 8. num. 23. de prohib. feud. alien. per Frideric. Negat enim dñm consentire in oẽm causam, dum consentit oppignorationi feudi, quod facilè concesserim, si adiecta certæ quantitatis taxatione, vt dictum est, consentiat, puta consentio, vt pignus oppignoratum sit pro quantitate centũ aureorum dũtaxat. Cæterùm, si consentiat simpliciter, nec ad certã summam pecuniæ cõsensus restringatur, aliter est respondendũ. Qđ verò dicit Marinus, non extendi consensum ad vsuras, q̃ ex mora veniunt debitoris, q̃a culpa debitoris vasalli domino nocere non debet, nihil mouet, quia mora debitoris vasalli non nocet dño per se & principaliter, sed in consequentiam contractus pignoris, cui dñs ipse consensit. Nã vsuræ veniũt tacitè, & in consequentiã cõtractus bonę fidei post morã, ex officio iudicis l. Lucius. ff. deposi. & d. l. Quęro. ff. locati. Quare Dominus consentiens pignori, qui cõtractus bonę fidei est. §. Actionũ. in Instit. de act. videtur consentire in omnem causam, quæ *ex ea numeratione nasci potuit*, vt verbis vtar Pauli in l. Si quis pro eo. §. Si nummos. ff. de fideiussor. licet non ignorem ad aliam facti speciem responsum illud pertinere.

CAPVT LVIII.

Feudum nouum concessum iure antiqui feudi, vtrum naturam assumat feudi antiqui.

FEudum nouum iure antiqui feudi à domino datur, nunquid naturam habeat antiqui feudi? Negant Oldradus in consi. 178. Factum tale est, Albericus in Dictionario iuris, in verbo, Nouum non est. Alex. in consi. 10. lib. 3. Iason in præ- A ludijs feudorum, nu. 88. & in consi. 57. lib. 1. & in consi. 152. & 180. lib. 2. Zasius consi. 13. nu. 14. lib. 1 alios citat. Antonius Gabrielius cõm. cõcl. li. 1. tit. de Feudis. cõcl. 1.

Fundamẽtum est, quia verba illa, *iure antiqui feudi*, veritatem nõ immutant, arg. l. Si fortè. ff. de Castrensi peculio, ibi. *Veritatem enim spectamus, nõ quod quis finxit*. Addit Iason aliud argumẽtum, contrariorum eadem est disciplina, sed feudum antiquum concessum iure feudi noui, non assumit naturam feudi noui, arg. cap. 1. de vasallo decrepitæ ætatis, ex cap. 1. an agnatus vel filius. Ergo è conuerso idem dicendum.

Affirmant alij magis communiter Doctores apud Antonium Gabrielium, loco proximè citato. Clarum. §. Feudum, quæst. 8. Roland. à Valle, cons. 60. lib. 1. & consi. 16. lib. 3. Menochium, in consi. 160. nu. 25. lib. 2. Ludolphũ Schraderum, par. 2. cap. 3. nu. 70.

Fundamẽtum est, quia sicut contractus ex conuentione legẽ accipiunt. l. 1. §. Si conueniat ff. depositi. Sic feu- B dales cõcessiones ex tenore inuestituræ. Tenor enim inuestituræ spectandus est, c. 1. de feudo Marchiæ, cap. 1. de fratrib. de nouo benef. inuest. c. 1. de feudo non habente propriam naturam, cap. 1. de natura success. feudi, cap. Si cui multi. §. Item si quis eo tenore, in capitulis Extraordinarijs.

In hac q̃õne, quo minus communiorem sententiã affirmantem amplectar, nec Iasonis, nec Oldradi argumẽtum remoratur. Nam fateor, verba illa, iure antiqui feudi, veritatem non immutare: neque.n. hoc efficiũt, vt verè feudum sit antiquum, sed vt assumat naturam & vim antiqui feudi, ac eodẽ iure cẽseatur quo antiquũ feudũ. Hoc verba significant, voluntas partium adest, & potestas; quid enim prohibet, quo minus pacto noua natura feudo tribuatur ab ea diuersa quam habet? lex autem in argumento allata loquitur de eo, quod in potestate disponentis non est, vt inducatur.

Argumẽtum verò Iasonis nullius est momenti, quia C subest ratio diuersitatis. Nõ potest pacto effici, vt feudũ antiquũ assumat naturã feudi noui, quia id agnatis præiudicat, quibus cõpetit ius ex antiquis inuestituris, Vasallus autem neque cum dñi consensu præiudicare potest agnatis, vt in c. 1. de alien. feudi patern. Quòd autem feudum nouum assumat naturam feudi antiqui, non vergit in alicuius præiudicium, nisi domini, quia multi succedunt, qui aliàs non succederent, si feudum nouum esset.

Magis igitur moueret Alexandri argũ: illa verba inuestiturę, iure antiqui feudi, vel secundũ naturã antiqui feudi, aliũ sensum posse recipere; vt nimirum dñs significare velit, feudũ antiquitus cõcedi solitũ esse; Sed q̃õ ꝓponi sub ea facti specie, in qua cõstat feudum nouũ esse, & inuestiturę tenorẽ ita esse cõceptũ, vt sensus sit, feudũ licet nouum, concessum tamen fuisse secundum naturam antiq̃ feudi: Ita vt nõ iure noui feudi, sed antiqui cẽseat.

Illud ergo vnum communem sententiam dubiã reddere videtur, quod si in proposita hypothesi feudum su- D sciperet naturam antiqui feudi, ius & actio agnatis quæreretur, ijsque in successione post vasalli obitum locus pateret, sicut in antiquis feudis constitutum est. At hoc regulis iuris repugnare videtur, quibus cautum est, neminem alteri stipulari posse nisi sit in potestate: Lege, Stipulatio ista. §. Alteri. ff. de verb. obligat. l. Si mihi & Titio. ff. de verb. oblig. Sed respondendum est, hanc iuris regulam non procedere in feudis. Id patet ex cap. 1. de feudo Marchiæ, ibi. *Nisi pactum fuerit in inuestitura quod fratri frater succederet*, & in c. 1. de duob. fratribus à capitaneo inuestitis, ibi. *Propter tenorem inuestituræ insertum, eius pars fratri, non domino est quæsita.*

Rationẽ hãc adfero: quia feudum est beneficium, & ex amore domini procedit & acquiritur, c. 1. de feudo dato in vicẽ legis cõmissoriæ. Ita verò iure specialiter cõstitutũ est in donatore & liberalitatẽ exercente, vt pactum valeat adiectũ in fauorẽ alterius. l. Quoties. C. de donat. q̃ sub modo, Ergo & ĩ feudis ac beneficijs, q̃ à donatione

Qq non

non procul distant, idem constituendum videtur.

Hæc aũt snia cõis nõ procedit in prælatis Ecclesiarũ, absq; solennitate requisita res in feudũ cõcedentibus, qa illi sicut non pñt res in feudum cõcedere, nisi solitæ sint infeudari, vel nisi solennia adhibeant, ita nouum feudũ concedere non pñt, sm formam antiqui feudi, & ita oẽs docent: solus quem viderim Curtius iunior p. 1. q. 8. ad finem, dissentit ab hac snia, perperam, vt mihi sanè vr: *Quando prælatus*, inquit, *aliquid confitetur, quod habet iuris præsumptionem pro se, talis confessio valet, sed feudum in dubio præsumitur antiquum, Ergo, &c.* Non rectè monet, quia quæstio supponit feudum esse nouum, & id certum esse, non autem dubium: cõsequenter præsumptionibus & coniecturis locus non est, quas adducit, vt antiquum præsumatur. de qua præsumptione, sitne iuri consona, sequenti capite differemus.

CAPVT LIX.

Feudum an in dubio, antiquum vel nouum præsumatur?

DE hac quæstione tres sunt doctorum sentẽtiæ, vna, & magis communis est, feudum in dubio antiquum præsumi. Altera, nouum præsumi. Tertia, nec antiquum neque nouum præsumi, sed asserenti antiquum esse vel nouum, probationẽ incumbere. Vide Iacobum Menochium de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 93. & arbitr. iud. casu, 191. & Ludolphũ Schraderum de feudis, par. 2. cap. 3. num. 41. Isti alios citant diligenter & prolixè.

Prioris sententiæ fundamentum est in c. 1. de success. fratrum, vel gradib. succedent. in feudo, & in c. 1. Si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnatos.

Scdæ opinionis fundm̃ est, quia cũ res præsumat libera potius, q̃ feudalis. arg. l. Altius. C. de seruit. & aqua. præsumendum vr, rem fuisse antea liberam & non feudalem: & consequenter si constet nunc feudalem esse, credendum est, potius feudum esse nouum, q̃ antiquum.

Tertiæ opinionis fundm̃ esse põt, quia ei qui dicit incũbit probatio. l. 2. ff. de probat. Et quilibet probare tenet id, quod est fundamentum suæ intentionis vel exceptionis. l. Actor. C. de probation. l. Generaliter. ff. de Except.

Ego puto hanc quæstionem decidi ex d. c. 1. de success. fratrum, vel gradib. succed. in feud. & c. 1. Si de feudo defuncti fuerit controuers. atque ita decidi, vt neque priori sententiæ neq; posteriori sit locus, nec tertia quoque sententia recipienda sit, sed hanc rem pendere ex probationibus factis, quibus deficientibus, ab vtraque parte iureiurando delato, causam esse decidendam.

Sic. n. authores feudalium librorũ in citatis locis docẽt. *Si verò dominus vel alius beneficium defuncti nouum esse dicit, agnatus autem illius proximus paternum esse contendat, tunc onus probationis incumbit illi qui nouum dicit.* Hæc verba priori sniæ suffragarentur, sed ita pergit textus. *Sed scio aliter pronunciatum esse. Bonus. n. iudex causa cognita diligenter intuebitur, cuius potius iureiurando dirimenda sit hæc q̃stio, vtroque scilicet in probatione, deficiente.*

Rursus alibi sic habetur. *Si de feudo defuncti militis sit contentio inter dominum & agnatos defuncti, domino nouũ feudum, agnatis verò paternum esse contendentibus, agnati in possessione feudi, de quo quæritur, cõstituẽdi sunt. Eo facto, super principali quæstione cognoscendum est. Vtroque autem deficiente in probatione, electio iurisiurãdi agnatis dãda est.*

Hic vides ab vtraq; parte probationes exigi: vtraq; verò deficiente, iureiurando litẽ esse dirimendã, & agnatis electionẽ dandã, an. s. ipsi iurare velint, vel aduersæ parti iusiurandũ deferre. Non ergo affirmandum, feudũ antiquum præsumi, quia si antiquum præsumendum esset, nulla ex hac parte probatio exigenda esset. Non est etiã affirmandũ, nouum præsumi: quia sic eodẽ modo nõ incumberet probatio, sed dicendum est, quod textus tacitè indicat, vtramq; partẽ probare oportere; Et vtraque parte in probatione deficiente, iudicem æstimare oportere, cuius potius iureiurando definienda sit quæstio. Atq; in dubio, agnatis electionem iurisiurãdi dandam esse: quod ego sic accipio, si aliquid pro agnatis sit, quod iudicẽ moueat, ex eo quod habetur in c. 1. §. Sacramentum. de Consuet. recti feudi, vbi *Sacramentum nõ semper est dandum possidenti, sed quãdoq; possidenti, quandoq; petenti, quãdoq; neutri datur, & cum alicui horũ datur, ita demum datur, si aliquid pro eo sit, quod iudicẽ moueat: vbi nihil est, qđ faciat pro aliquo eorum præter possessionem solam: tunc secundum quod iudici melius visum fuerit, aut possidenti dabitur Sacramentum, aut authore nihil probante, qui conuentus, etiam si nihil præstiterit, absoluitur reus vel obtinet.*

CAPVT LX.

Possitne vasallus inuito domino feudum refutare?

B SI quis omnium scripta perpenderit, qui de hac quæstione disserunt, vtrum vasallus renunciare possit domino suo inuito feudum, inueniet, nisi fallor, quinque diuersas sententias. Prima est, si domini non intersit, quia scilicet non sit intempestiua renunciatio, vasallum renunciare posse feudum in manibus domini, etiã inuiti. Ita Curtius iunior de feudis, par. 4. nu. 135. Zasius in vlt. par. nu. 13. Fundamentum est in c. 1. de vasallo, qui contra constit. Lotharij beneficium alienauit. Sic enim text. ait: *Quia vasallus etiam sine domini voluntate rectè feudum refutare potest, post refutationem tamen ad seruiendum non tenetur, sed eum quidem tunc offendere non debet.*

Secunda est sententia, refutare posse feudum nisi sit ligium, ita Bald. in c. Cæterùm, in 6. col. de iudic. Ratio est, quia graue est, Principi fidem fallere, ideo non debet vasallus eum illudere, feudum renunciando.

Tertia est sententia cæteris communior, distinguendum esse vtrum feudum datũ sit, pro aliquo seruitio determinato à vasallo præstando, an verò pro indeterminato seruitio & generali, quod debetur ex natura feudi. Priore casu feudum refutari non posse, posteriori autem posse. Ita omnium primum docuit Glos. in cap. 1. §. vlt. de cap. qui curiam vendi. Bartolus in l. Is cum quo. ff. de aqua plu. arcen. Alexand. in l. Si quis vi. §. Differentia, num. 14. ff. de acquir. possess. Clarus §. Feudum. quæstio. 34. alios citat Ludolphus Schraderus de feudis, parte 8. cap. 1. num. 61.

Ratio differentiæ inter vtrumq; casum, à dicta Glossa adfertur his verbis: *Quoniam vasallus, qui habet feudum conditionale* (id appellamus, ad certum seruitium) *est obligatus domino ad illud seruitium, vel per stipulationem, vel saltem per pactum in isto contractu infeudationis appositum, & ita inuestitum: vnde certa actione ad id faciendum posset à domino conueniri, puta vel ex stipulatu, vbi ad factum est obligatus per stipulationem, vel certi condictione, vbi certum quid promiserit: vel præscriptis verbis, vbi stipulatio non interuenit; vel etiam condictione ex maioribus informata per pactum, quod esset ineptum dicere, vt per eius refutationem actio domino competens tolleretur. At cum liberè feudum recepit, non apposita aliqua conditione, sed simpliciter fuerit de eo inuestitus, nihil est præter sacramentum, de quo Deum habebit vltorem, si contrà fecerit, si fidelitatem iurauerit: quia & feudum amittit, si culpam committit, per quam amittere debeat. Ad nihilum enim est obligatus. nisi ex natura feudi, nisi quia si domino non seruierit, secundum quod ex natura feudi debuerit, ipsum feudum amittit: sicut enim iure consuetudinario feudorum permittitur vasallo feudum refutare, ita eodem iure liberatus est, postquam feudum refutauit ab illa obligatione naturali, qua tenebatur domino seruire: Et hoc est, quod ibi dicitur ad seruandum postquam refutauit non tenetur.* Hactenus Glos.

Quarta est sententia, feudum refutari non posse, ẽtsi pro de-

pro determinato seruitio datũ fuerit, si seruitiũ in faciẽ- A do cõsistat, secus si cõsistat in dãdo. Ita Fely. in c. Quæ in Ecclesiarũ, nu. 78. de cõstit. Rõ est, quia is, qui ad faciẽdũ obstrictus est, nõ cõpellitur præcisè. l. stipulationes nõ diuiduntur. vers. Celsus. ff. de verb. oblig. secus autem cùm quis obligatus est dare, quia pręcisè tenetur, & consequẽter non potest renunciando se ab onere dandi eximere.

Quinta est snia, licet feudũ datũ sit ad seruitiũ indeterminatum, tñ non licere vasallo illud refutare, quoties vel iureiur. vel stipulatione dño contractũ feudi obseruare, & seruitia feudi præstare promiserit. Vide Schraderum vbi suprà, nu. 63. & Iacopinum in tract. de Rhoydis siue operis, nu. 42. Afflictum in prælud. feudor. nu. 96. & 98. & in cap. 1. nu. 43. de vasallo, qui contra constit. Lotha.

Fundamentum est, quia iuramentum obligat præcisè ad factum: & stipulatio parit obligationem & vinculum, à quo non potest quis se liberare, nisi altero consentiente. l. sicut. C. de act. & oblig.

B Ego priorem sententiam cæteris probabiliorẽ esse iudico & amplector. Nititur enim firmiori fundamento, quàm aliæ, nempe textu satis diserto, quo declaratur, licere vasallo feudũ refutare, etiam sine voluntate dñi; & post refutationem ad seruitia præstanda non teneri.

Hęc feudalis regula, nisi fallor, sumitur ex iure cõi. Nã vsufructuarius relinquere potest vsumfructũ: & cùm paratus est eũ derelinquere, nõ tenet᷑ onera p̄stare. l. Cùm fructuarius. ff. de vsufr. Ergo & vasallus cùm paratus est feudũ refutare, liberatur ab omni onere seruitij præstandi; Vasallum autem ab vsufructuario parum differre, cõstat ex feudi definitione, vt in c. 1. §. Beneficium, in quib. causis feudum amittatur. ibi: *Vt proprietas quidem rei immobilis beneficiatæ penes dantem remaneat: Vsusfructus verò illius rei, ita ad accipientem transeat, &c.*

His accedit alia ratio, quia vasallus ad seruitia præstanda domino tenetur propter feudum: Ergo, si feudum derelinquat, non tenetur. argum. l. Etsi fortè. §. Labeo. ff. si serui. vend. C

Neque huc illa pertinent, quæ de contractibus vltro citroq; obligatorijs adferuntur, à quibus recedere nõ licet altera parte inuita, quia feudum est beneficium, non autem cõtractus: Et licet aliquam similitudinem habeat cum contractu, propter ea, quæ tenetur vasallus dare vel facere ex natura feudi, vel ex pacto: tamen hæc non mutant naturam feudi, neque in contractum illud transferre possunt. Sic & vsufructuarius ad aliqua onera tenet᷑ ex natura vsusfructus, vel etiã ex pactis & stipulationibus, & tamen vsumfructum derelinquere potest & renunciare, quo facto amplius non tenetur.

Secunda opinio nullum habet firmum præsidiũ, quia si valeret illa ratio, nunquam liceret vasallo feudum refutare, quod tamen repugnat vsibus feudorum. Non potest igitur vasallus fidem fallere, & principem decipere, donec vasallus est, cæterùm si feudum refutauerit, non debet quidem illum offendere, sed ei seruire amplius nõ D tenetur, nec remanet deceptus à vasallo Princeps, quia si non præstat seruitium, non habet etiam beneficium; nisi intempestiuè fiat renunciatio atque domini intersit, tunc non fieri.

Tertiæ opinionis fundamentum consistit in eo, quòd actio competat domino aduersus vasallum, qui se obligauit ad certum seruitium, ac proinde illa tolli non possit refutatione feudi. Respõderi potest, imò tolli posse actionem illam ob renunciationem feudi à vasallo factã, quia vasalli promissio & obligatio intelligi debet secundùm naturam rei, super qua interponitur. Hæc est autem natura feudi, vt refutari possit inuito domino. Neque enim ad contractum reuocanda res est, quæ ex beneficio proficiscitur, quòd sicut ab initio non confertur in inuitum. l. inuito. de reg. iur. ita postquam collatum est, renunciatione tolli debet secundùm antiquam iuris regulã: Vnusquisque renunciare potest fauori suo. l. pen. C. de pactis;

CAPVT LXI.

Vtrum feudum præscribatur longissimo tempore, id est, 30. vel 40. annorum, quoad dominium directum in præiudicium domini.



ET olim fuit, & nunc est ingens controuersia, vtrum spatio longissimi temporis triginta vel quadraginta annorũ directum dominiũ feudi à vasallo alienati sine cõsensu domini, pręscribatur aduersus ipsum dñm. Affirmauit enim Glos. in c. 1. §. Præterea, de capitulis Corradi, & post eam alij multi, vt patet ex Baldo de præscrip. in 4. parte, partis princ. q. 12. vers. Quarto quæro. Curt. sen. consi. pen. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 160. Menochius alios adducens in cõsi. 143. nu. 20. vers. Septimo comprobatur, lib. 2.

Sed negant Andreas Isernia in d. §. Præterea, nec nõ B Afflictus ibidem alios citans, num. 24. Clarus §. Feudum, quæst. 45. vers. Si autem quæritur. Zasius latissimè in cõsilio 15. lib. 2.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia tanto temporis spatio tollitur omnis actio. l. Sicut. l. Omnes. C. de præscrip. longiss. tempo. 30. vel 40. Et licet nullam præscriptionem obstare dicatur in d. §. Præterea, & in c. Imperialem, de prohibita feudi alien. per Frideric. tamẽ nõ excluditur pręscriptio 30. vel 40. annorum. Neque enim credendum est, Romanum Principem vno verbo totam præscriptionum obseruationem tot vigilijs excogitatam voluisse euertere arg. l. Si quãdo C. de inoff. testam. Huc accedat tex. in c. 1. §. Porrò, qualiter olim poterat feudũ alienari, ibi: *Præscriptione autem 30. annorum submouebatur tam sciens, quàm ignorans, &c.* & in c. 1. §. si quis per triginta, si de feudo defuncti fuerit controuers. &c. vbi dicit tex. *Si quis per triginta annos rẽ aliquã, vt feudũ possederit, & seruitiũ domino exhibuerit, quãuis de ea re nõ sit* C *inuestitus, præscriptione triginta annorum se tueri potest.*

Fundamentum posterioris sententiæ est in d. cap. 1. §. Præterea, de capitulis Corradi, vbi sic dicitur: *Præterea vt liceat dominis omnes alienationes feudi factas, nulla obstante præscriptione, reuocare.* Item in d. c. Imperialem, vbi Fridericus ita statuit: *Nos autem ad pleniorem regni vtilitatem prouidentes, non solùm in posterum, sed etiam huiusmodi alienationes illicitas, hactenus perpetratas, hac præsenti sanctione cassamus, & in irritum deducimus, nullius temporis præscriptione impediente: quia quod ab initio de iure non valuit, tractu temporis conualescere non debet.*

Ego puto, totã difficultatẽ consistere in considerãda mẽte Friderici Imperatoris, an. s. voluerit omnẽ pręscriptionẽ auferre, etiã longissimi temporis triginta vel quadraginta annorũ: Et licet multa disputari possint, tñ vt putem hanc fuisse Friderici mentẽ, tollendi etiã 30. annorum præscriptionẽ, magis inclinat animus. Primùm, D ex verbis generalibus: *Nullius temporis præscriptione impediente.* Hæc enim verba secundùm naturam suam oẽm præscriptionem includunt, & consequenter etiam triginta vel quadraginta annorum. Nullũ. n. est maius mentis nostræ testimonium, quàm qualitas inspecta verborum. Nam quorsum nomina, nisi vt demonstrent voluntatem dicentis? l. Labeo. ff. de suppellect. leg. Secundò, ex ratione, quam Fridericus adfert: *Quia quod ab initio de iure non valuit, tractu tẽporis conualescere non debet.* Hæc enim ratio conuenit etiam præscriptioni triginta vel quadraginta annorum. Tertiò, quoniam Fridericus ita statuit ad pleniorem regni vtilitatem. Hæc est autem plenior vtilitas, si nullius etiam longissimi temporis præscriptio impediat, quo minus feuda à dominis vendicari possint. Quartò, quia ante Friderici constitutionem feuda non poterant alienari sine consensu domini, & alienata reuocari poterant ex lege Corradi, nulla præscriptione obstãte. Ergo Corradi lex accipienda est de pręscriptione longissimi tẽporis, aut non, sed tantùm longi tẽporis, si pri-

mum concedatur, habemus quod volumus; si secũdum, tunc sequitur Friderici constitutionem aliquid operari debere, atque adeò impedire præscriptionem, etiam longissimi temporis, ne sit superflua. Quintò, nã Fridericus non ignorabat præscriptionem duplicem extare, vnã longi temporis antiquitus cognitam, alteram longissimi, postea introductam, quæ habetur in l. sicut, & in l. Omnes. C. de præscrip. longiss. tempo. cùm ergo dixit: *Nullius tẽporis præscriptione impediente*, proculdubio voluit etiam longissimi temporis præscriptionem includere, quia si id noluisset, eam facilè potuisset excipere.

Ex his responsio patet ad contraria argumenta. Primum enim argumentum soluitur ex eo, quòd verba Imperatoris vniuersalia sint, & complectẽtia omnem præscriptionem: Et ideo cùm in verbis nulla sit ambiguitas, non est facienda voluntatis quæstio. l. Ille aut ille. §. Cùm in verbis. ff. de leg. 3. Aut si de voluntate disputandũ est, illa ex verbis colligi debet. d. l. Labeo. ff. de suppell. leg.

Ad secundum quod attinet, respondeo, tex in d. §. Porrò, ad aliam longè diuersam præscriptionem pertinere, ad illam scilicet, per quam dominus excluditur à iure seu di redimendi eo in casu, quo alienatio valet.

Ad tertium argumentum, ex §. Si quis per triginta respondeo, textum illum loqui similiter de alia præscriptione, cùm scilicet aliquis præscribit rem in feudum, ex eo quod per triginta annos eam vt feudum possideat, & seruitia domino exhibuerit. Hæc res procul distat à quæstione nostra. Non enim subiacet alicui legis prohibitioni, non aufert dominium directum domino feudi, & prorsus differentem habet iuris rationem.

CAPVT LXII.

Filij fratrum an in feudo succedant in stirpes, vel in capita?

Disserui lib. 6. controuers. c. 3. de controuersia illa successionis filiorum fratrum, an constituenda sit in stirpes, vel in capita, & secutus sum Azonis sniam argumentis allatis, q̃ ibi videri possunt; Et qm̃ etiam in feudis eadẽ quæstio controuersia est, vt patet ex Zasio par. 8. nu. 18. Claro in §. Feudum. q. 75. Ludolpho Schradero p. 7. c. 7. nu. 16. Hippolyto Riminaldo consi. 410. volui paucis verbis eam attingere, vt saltem opinionem indicarem meã, quæ talis est. Nullo iuris feudalis textu definitum esse cõstat, an hæc successio sit in stirpes, an verò in capita. Ergo iure communi decidenda est, cap. 1. de feudi cogn. Ergo secundum Azonis sententiam lis est danda, cui & Caroli V. decisio suffragatur, & quæ nos attulimus, contrarijs argumentis refutatis in dicto cap. 3. lib. 6.

CAPVT LXIII.

Ius accrescendi an locum habeat in feudo nouo à Principe concesso.

SI duobus feudũ fuerit ab Imperatore concessum, & alter eorum absque liberis decesserit, vtrum ad principem feudum reuertatur, an autem accrescat socio, siue consorti, non est eadem omnium sententia. Nam accrescere consorti, siue socio, docuit Bald. ad l. vn. §. In primo. C. de cad. toll. quẽ secutus est Alex. ad l. si mihi & Titio, num. 7. ff. de verb. oblig. & in consi. 30. nu. 7. vers. Secundo dato, lib. 1. Soc. iun. in consi. 73. nu. 22. 23. lib. 1. Clarus in §. Feudũ. q. 77. Ludolphus Schraderus de feudis, par. 7. c. 1. nu. 11. Sed ad Principem reuerti docuit Cynus ad l. vn. C. quando non petentium partes. Iason in d. l. si mihi & Titio, nu. 6. Corneus in consi. 196. lib. 2. Zasius de feudis, par. 8. nu. 31.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. vn. C. si liberalitatis Imperialis socius. lib. 10. licet enim illa lex de

A feudo non loquatur, tamen eius ratio locum habet etiam in feudo, quando ex Principis liberalitate processit. Neque in feudis à Principe concessis, contrarium feudali consuetudine & iure cautum est. Ergo ius commune seruandum videtur, arg. c. 1. de feudi cognit. Sic autem in d. l. vn. constituit Imperator Constantinus: *Iubemus, vt si quis fortè ex his, quibus communiter à nobis aliquid donatum sit, nullo hærede relicto decesserit: ad consortẽ potius solatium, quàm ad personam aliam pars decedentis perueniat.*

Posterioris sententiæ fundamentum est, quoniã generali feudorum iure seu consuetudine cautum est, in feudo nouo ius accrescendi locum non habere, & ideo vasallo mortuo eius portionem, nullo hærede existente ad dñm reuerti: Neq; vlla distinctio adhibetur, vtrũ à Principe concessum sit feudum, an ab alio. Sic, inquam, cõstitutum est in c. 1. de feudo Marchiæ: *Si duo fratres simul inuestiti fuerint de beneficio nouo, & non de paterno, si vnus eorum sine descendentibus masculini sexus mortuus fuerit*
B *dominus succedit, non frater, nisi pactum fuerit in inuestitura, quod frater fratri succedat. Per pactum enim frater succedit, non dominus.* Idem habetur in cap. 1. de fratribus de nouo benef. inuestitis, & i c. 1. de duob. fratrib. à C. inuest.

Hanc posteriorem sententiam iuri magis consentaneam existimo, quia iura feudalia sunt expressa in hac facti specie, & apertè decidunt, feudum ad dominum reuerti: Et licet nominatim de feudis non loquantur, quę à Principe conceduntur, tamen generaliter loquuntur, & consequenter comprehendunt etiam casum istũ, quo feudum à Principe concessum est. Non ignorabant iuris feudalis authores, feuda concedi solere ac posse tam ab Imperatore, quàm ab alijs inferioribus, qui non prohibeantur iux. c. 1. de his qui feud. dare poss. Ideo cùm generaliter decernunt feudum ad dominum reuerti, nec cõsorti accrescere, sine dubio de omni feudo id decreuerũt, siue ab Imperatore concesso, siue ab alio.

Non obstat text. in d. l. Vn. quia non loquitur de feu-
C do, sed de alia liberalitate. In feudo enim specialis est constitutio, vt non consorti accrescat, sed ad dominum reuertatur. Nec obstat, quod non loquantur feudales constitutiones de feudo à Principe concesso, sicut loquitur de liberalitate Imperiali. d. l. vn. quia generaliter disponens ac loquens, omnes casus comprehendit, qui sub verbis generalibus continentur. l. Si duo. in fi. ff de admi. tuto. latè Ripa ad l. 1. nu. 51. ff. de vulg. & pupill.

CAPVT LXIIII.

Ius accrescendi an locum habeat in feudo, quod duobus simul concessum est, & cuiuslibet eorum descendentibus.

INter omnes conuenit feudo duobus concesso in solidum, aut verbis distributiuis, puta, *eorũ cuilibet*, altero sine masculis decedente, alteri
D portionem eius accrescere, quasi ambobus in solidum feudum datum sit: Sed controuersia est, quando duobus concessum est feudum, & cuiuslibet hæredibus seu descendentibus, an idem sit dicendum: Etenim idem hoc in casu statuendum esse, respondit Soc. sen. in consi. 66. nu. 14. lib. 3. Alex. in consi. 30. col. 4. vers. Tertiò considero. lib. 2. Ludolphus Schraderus de feudis, par. 7. cap. 1. nu. 16. 17. & seq.

Sed contrarium docuerunt Petrus Ancharanus in consi. 245. Alex. in consi. 13 & 17. lib. 5. Curt. iun. de feudis 2. parte 2. partis, nu. 79. Ronchegallus ad l. Eandem, nu. 132. ff. de duob. reis. Bellonus consi. 20. nu. 4. Cur. sen. consi. 55. Hieron. Gabriel. consi. 87. nu. 3. Dom. meus Cephalus in consi. 345. nu. 19. lib. 3. Aurelius Corbulus de iure emphyteutico, c. 12. nu. 88.

Fundamentum prioris sniæ est in eo positum, quod per illa verba: *Et cuiuslibet eorũ hæredibus, siue descẽdẽtib.* videatur hæredibus vtriusque insolidum: tacta concessio

feudi:

feudi: Ex quo sumi potest argumentũ, multò magis concessum videri ipsis principalibus in solidum ipsum feudũ quia ipsi magis dilecti sunt, & chari domino concedēti, quàm hæredes eorum, ideoq; magis eis consulere dominus voluisse existimandus est, quàm alijs.

Fundamentum autem posterioris sentētiæ in hoc est positum, quod verba illa; *Et cuiuslibet eorum*, ad hæredes tantùm referantur, & consequenter non ad ipsos, quibus feudum conceditur. Ideo in illis regula iuris obtinet, sit locus non vt iuri accrescendi.

Sed hanc sñiam magis mihi persuadet argumentum, quo vsus est D. Cephalus pceptor meus. Cùm feudũ cōceditur duobus puta Titio & Sēpronio, concessum videri pro rata & virili portione. arg. l. Reos. §. Cùm ĩ tabulis. ff. de duob. reis l. 1. C. si plures vna sēteti. l. si mihi & Titio. ff. de verb. oblig. Cōsequenter illa verba: *Et cuiuslibet eorum hæredibus*, hũc sensum inducere, vt & hæredibus eorum pro rata eadem ac virili portione feudũ acquiratur, quia ex persona hæredis non mutatur causa obligationis, sed eadem manet l. 2. §. Ex his. ff. de verb. oblig.

Argumentum contrariæ sñiæ locum haberet, si constaret, per illa verba, quemlibet hæredum in solidum vocari ad feudũ, sed hoc valdè dubium est. Nam verba illa, *Cuiuslibet eorum*, non attribuuntur vnicuiq; in solidum, sed secundùm naturã ipsius concessionis factæ, vt videlicet, quilibet hæres obtineat partē authoris sui in feudo.

CAPVT LXV.

De meliorationibus & sumptibus in rem feudalem factis à vasallo, quomodo, feudo ad dominum reuerso, eorum ratio habenda sit.



Ait tex. in c. 1. §. Si vasallus. tit. Hic finitur lex, & consuetudines Regni incipiunt: *Si vasallus in feudo aliquod ædificium fecerit, vel ipsum sua pecunia meliorauerit: & contigerit postea, vt vasallus sine filio masculo decedat: dominus aut patiatur ędificium auferri, aut soluat precium meliorationis.* Iam controuersia est circa precium meliorationis, an taxari debeat secundùm æstimationem ædificij & meliorationis *(eo scilicet vsque duntaxat, quo fundus preciosior factus est, etsi plus precij fundo accessit, solum quod impensum*, iuxta l. In fundo 39 ff. de rei vend.) an verò secundùm æstimationem ipsorum ruderum, & materiæ ita ablatæ, vt videre licet ex Baldo in d. §. Si vasallus, & in c. 1. §. Si quis de manso, de cōtrouers. inuest. Berono questione famil. 96. Claro §. Feudum. q. 88. vers. Sed quæro. Rolandus à Valle in consi. 28. nu. 10. lib. 1. Tiraquell. de retract. Conuent. Glos. 7. §. 1. num. 6. Ludolpho Schradero de feudis, par. 2. 9. partis, sectione 2. num. 93. Hartmanno Pistoris q. 42. lib. 2. parte posteriori.

Fundamentum eorum, qui putant æstimanda esse rudera, positum est in l. In fundo. ff. de rei vend. in illis verbis: *Constituimus verò, vt si paratus sit dominus tantũ dare, quantum habiturus esset possessor, ijs rebus ablatis, fiat ei potestas.* Et ratio est, quia non plus interest possessoris; alioquin dominus permittet ædificiũ auferri: quo ablato nil amplius obtinebit: Et videtur esse optima pruportio inter hæc duo, quæ sunt in electione domini, vt nimirũ vel patiatur ædificium tolli, vel soluat æstimationem ruderum, hoc est, materiæ ędificij seorsim consideratæ. Talis proportio non est inter sumptum ipsum meliorationis siue ædificij, & patientiam illam, vt tollatur ędificiũ: quia maior sine dubio est sumptus ædificij, quàm æstimatio ruderum, quæ sublato ædificio vendi possunt.

Contrariæ autem sñiæ fundamētum est in verbis dicti §. Si vasallus, quibus disertè cauetur, vel dñm pati debere, vt ædificium tollatur, vel precium meliorationis soluere. Non enim text. dicit, soluendum esse precium ruderum, sed meliorationis: Est autem melioratio, ipsum ędificium, vti nunc est, cōsideratum, non vt destructum

A in ruderibus apparet. Ad l. In fundo, respondent, illã loqui in bonę fidei possessore, non autem in eo, qui ab ipso rei domino causam habet, sicuti vasallus: is enim videtur plus iuris habere consequendi eiusmodi expensas.

Ego verò hanc controuersiã dirimendam esse puto ex responso d. l. In fundo, seruata Cellius distinctione, vt si tale sit ædificium, quod dñs esset facturus, quia diues erat, & facilè illud facere poterat, & verisimiliter fecisset: tunc soluendum sit preciũ meliorationis, nō ruderum, vt in d. l. In fundo. Cæterùm, si dñs sit pauper, ac proinde tantùm impendere nō potuisset, tūc pati debeat ędificiũ tolli, vel soluere precium ipsorum ruderum, sed Celsum audiamus: *In fundo alieno, quem imprudens emeras, si ædificasti aut conseuisti, deinde euincitur; bonus iudex variè, ex personis, causisq, constituet. Finge & dominum eadē facturum fuisse: reddet impensam, vt fundum recipiat, eo vsq; duntaxat, quo preciosior factus est, & si plus fundi precio accessit solum quod impensum est. Finge pauperem, cui si reddere id cogatur, laribus, sepulchris auitis carendũ habeat, sufficiet tibi permitti tollere ex his rebus, quæ possis: dum ita ne deterior sit fundus, quàm si initio nō foret ædificatũ: Constituimus verò, vt si paratus sit dominus tantum dare, quantũ habiturus esset potestas, ijs rebus ablatis, fiat illi potestas.* (B)

Nil moror differentiam illam inter vasallũ & bonę fidei possessorem, quia in vtroq; eadem æquitatis ratio viget: licet enim vasallus à domino causam habeat, & bonæ fidei possessor non item; quid hoc ad sumptuum rationem facit? cùm absque omni dubitatione sumptuum deductio bonæ fidei possessori concedatur, quia se dominum putat, & in percipiendis fructibus idem iuris, quod dominus habet l. Qui scit. §. Porrò ff. de vsuris?

Magis mouet quod textus feudisticus non adhibuit hanc distinctionem: sed quid vetat eam adhibere, cùm res sit dubia, nec verba in feudis ita sint generalia ac pręcisa, vt interpretationem excludant quæ ex legibus fit, ex bono & ęquo? quod enim omissum est in feudis, supplendum est ex iure nostro, c. 1. de feudi cogni. (C)

CAPVT LXVI.

Possitne Episcopus solus, absq; consensu Capituli, in feudũ dare rem ad se reuersam, infeudari solitam?



Rem solitam infeudari ad Episcopum reuersam, vtrum à solo Episcopo in feudum dari possit, absque consensu Capituli, non est eadem omnium sententia. Distinguendum multi putant; vtrum res communis sit Episcopo & Capitulo, & consequenter eius concessio simul ad Episcopum & Capitulum pertineat, an verò ad Episcopum solum. Priore casu non posse Episcopum solum infeudare arbitrantur: Posteriore autē casu posse. Alij dicũt indistinctè subinfeudari posse ab Episcopo solo, absque consensu Capituli. Vide Baldum, Afflictũ, & alios interpretes in c. 1. de his qui feudũ dare possunt, (D) Curtium iuniorem de feudis, in 2. parte in princ. in 2. quęst. Ludolphum Schraderum de feudis, par. 2. c. 4. nu. 17.

Prioris sententiæ ratio est manifesta, quia si res communis est Episcopo & Capitulo, iuris rationi non est consentaneum, vt Episcopus solus de ea aliquid decernat absque consensu Capituli. Neque enim de re aliena quisquam rectè disponit, absque domini consensu.

Fundamentum contrariæ sententiæ est in cap. secundo de feudis, ibi. *Feudum decedentis liberè, si videris expedire, concedas.* Sed hoc non est ita accipiendum, vt proinde liceat Episcopo, rem sibi & Capitulo communem, liberè concedere, absque consensu Capituli: Non enim summus Pontifex ibi de hac facti specie loquitur, in qua scilicet res communis est Capitulo, & rectè intelligi id potest, *liberè concedas*, scilicet vel solus, si concessio ad se solum spectat, vel adhibito consensu Capituli, si res ad Capitulum quoque spectat. Deniq; ex

vno verbo generali non licet Summi Pontificis responsum ita exaudire, vt rationi repugnet & legi. Concludo igitur, eorum sniam, qui distinguunt an res communis sit Episcopi & Capituli, nec ne, vt priore casu etiã Capituli consensus requiratur, posteriori autem solus Episcopus eam in feudum dare possit, probabiliorem videri.

CAPVT LXVII.

Quid requiratur, vt res dicatur solita in feudum dari, & primò circa tempus.

VAriarum quoque sententijs est, quando res Ecclesiastica dicatur solida in feudum dari. Prima opinio fuit, requiri tempus, cuius initij memoria non extet, vt refert Glos. in c. 1. in vers. Antiquitus. de his qui feud. dare poss. Argumentum est illud quod text. ibi dicit: *Feudum dare possunt Archiepiscopus, Episcopus, Abbas, Abbatissa, Præpositus, si antiquitus consuetudo eorum fuerit feudum dare.* Et idem verbũ *antiquitus* repertũ est in c. 1. Episcopum vel Abbat &c.

Secũda est opinio, requiri tempus triginta annorum, vt refert Glo. loco proximè citato. Adstipulatur huic sententiæ, quod hoc videtur tempus longissimum, & sufficiens ad præscriptionem cuiuscunque iuris. l. Sicut. C. de Præscript. 30. vel 40. annor.

Tertia est opinio Iacobi Beluisij, Andr. Iser. & Iacobi. in verb. iu feudũ. nu. 37. Zasij par. 5. nu. 52. requiri spatiũ annorũ quadraginta, qm̃ ad præscribendas res Ecclesiasticas idem tempus requiritur, vt in c. de Quart. de Præscript. & in Nouell. Hæc constitutio innouat const. 111. ex qua sumitur auth. Quas actiones. C. de sacros. Eccles.

Quarta fuit snia Baldi, ita distinguentis. Aut talis consuetudo feudum dandi damnosa est Ecclesiæ, & tunc requiritur spatiũ tpis, cuius initij memoria non extet. Aut Ecclesiæ vtilis est, & triginta anni sufficient. Aut nõ constat an sit vtilis vel damnosa, & tunc requirunt' quadraginta anni. Ita Bald. in d. c. 1. nu. 8. de his q feud. dare pos.

Priori membro suffragatur, quòd vulgò dicitur, tanti tpis præscriptionem vim, habere priuilegij. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quot. & æstiua. l. 1. §. vlt. & in l. In summa. §. Varus. ff. de aqua plu. arcen. c. Super quibusdam. §. Præterea. de verb. sign. c. 1. de Præscript. lib. 6.

Alteri suffragatur, quod hic nõ agitur de Præscriptione rerum Ecclesiasticarum, sed de consuetudine inducenda, ex consensu quodam Ecclesię, quod triginta annis optimè colligitur.

Postremo denique membro distinctionis Baldi fauet regula iuris, quæ annorum quadraginta spatium in reb. Ecclesiæ præscribendis requirit, d. cap. De quarta. & d. Auth. quas actiones.

Quinta fuit aliorum sententia, decem annos sufficere, quia longa consuetudo inducatur decennio. argum. l. vlt. C. de emancip. libero.

Sexta fuit snia Curtij iunioris de feudis, parte 2. post nu. 7. vers. *Idcirco omnibus rectè pensatis*, distinguendũ esse, vtrum ab initio res Ecclesiastica in feudũ data sit absque iuris solennibus, & tunc requirat' tempus hominum memoriam excedens, arg. c. 1. de Præscript. lib. 6. An verò ab initio data sit adhibitis solennibus, & tunc absque vllo tpis cursu res dicatur solida in feudum dari, ac proinde si ad Ecclesiam reuertatur, Prælatus eam libere, si viderit expedire, in feudũ dare poterit. arg. c. 2. de feudis.

Postrema est sententia Ludolphi Schraderi de feudis, parte 4. cap. 2. num. 25. is amplectitur sententiam Curtij iunioris, in dictis duobus casibus, quando videlicet rem ab initio solenniter in feudum datam fuisse, vel minus solenniter constat, vt priore casu nullus temporis cursus requiratur, posteriore verò tempus hominum memoriã excedens necessarium sit, eisdem argumentis, quæ attulit Curtius iunior. Cęterùm si non constet, vtrum ab initio res fuerit in feudum data, solennibus adhibitis nec ne, putat ille requiri spatium quadraginta annorum.

In tanto opinionũ conflictu ipse opinor, non erraturum eum, qui hanc rem nullo iure decisam, arbitrio prudentis iudicis cõmittendam existimauerit. arg. l. 1. ff. de iure delib. l. 1. ff. de effractorib. Nam & cùm quærit', quãto tpe cõsuetudo introducta obfirmetur, eorum snia valet, qui nullum certum tempus præfiniunt, & id iudicantis arbitrio committunt, vt declarat Menoch. de arbitr. iud. casu 38 nu 6. Si tñ aliquid certi statuendum sit, eorum sniam iuri magis proximè accedere iudico, qui annorũ quadraginta curriculum exigunt, argumento sumpto ex c. 5. de præben. lib. 6. vbi summ. Pontif. *Cùm de beneficio Ecclesiastico*, inquit, *consueto clericis secularibus assignari, prouideri mandatur, de illo debet intelligi, quod tanto tempore ab vno, vel pluribus secularibus clericis insitutis in eo rectoribus extitit continuè ac pacificè gubernatum, vt præscriptio legitima sit completa.* Præscriptio aũt legitima rerum Ecclesiasticarum est quadraginta annorum, c. De quarta. de Præscript. d. Auth. Quas actiones. Et licet res in feudum pręscribatur annis triginta, vt habetur in c. 1. §. Si quis per triginta, si de feudo fuerit cõtrouers. tñ id locum habere intelligitur in priuatis, non autem in Ecclesia, pp iuris regulam generalem, in Ecclesia requirentem spatium annorũ quadraginta, vt declarat optimè Bald. de Pręscript 4. parte 4. partis princ. quæst. 12. vers. Primò. igitur quæro, nu. 4. & Zasius parte 6 nu. 31.

Reliquæ aliæ opiniones nullo firmo nituntur fundamento. Prima enim frustrà requirit spatium tẽporis memoriam excedentis, cùm sufficiant quadraginta anni ad consuetudinem & præscriptionem inducendam.

Secunda opinio, non rectè moderatur tempus ad triginta annorum spatiũ, ex l. sicut, quia maius tempus nimirum 40. annorum ad res Ecclesiarum præscribendas constitutum est.

Tertia opinio non rectè docet in primo & secundo membro, quia si modò res antiquitus consueta sit in feudum dari ab Ecclesiæ prælato, poterit Episcopus in feudum dare, vt in d. c. 1. de his qui feud. dare poss. vbi illud non discutit', an Ecclesiæ sit illa concessio vtilis vel damnosa. Nec enim si minus expedierit Ecclesiæ, prælatus dabit rem ad se reuersam in feudum, memor eius quod summ. Pontif. monet in d. c. 2. de feudis. *si viderit expedire*, quare frustrà illius temporis, quod memoriam hominum excedat, in priori membro præsidium imploratur. In secundo autem membro, nec vlla temporis præscriptio necessaria est, cùm in vtilitatem Ecclesiæ res cedat. arg. d. c. 2. de feudis, & dato quod necessaria esset, illa nõ trigennalis, sed quadraginta annorum necessaria foret.

Quinta sententia malo nititur fundamento in l. vlt. C. de emancip. liber. quia text. ille non loquitur de longa consuetudine, circa res Ecclesiasticas. Nostra quæstio de re Ecclesiastica, antiquitus in feudum dari solita, quare nihil obstat.

Sexta & septima opinio frustrà requirit tempus memoriam hominum excedens. frustra distinguit, vbi lex nullam distinctionem requirit. Nam nil aliud lex requirit, quàm vt *consuetudo antiquitus fuerit feudum dare.* d. c. 1. de his qui feud. dare pñt. Sicut aũt tpe quadragenario inducitur præscriptio contra Ecclesiam, ita meritò consuetudo induci poterit feudum dandi, si Ecclesiarũ prælati per annos quadraginta feudum dederint.

CAPVT LXVIII.

Quot requirantur actus, ad inducendam infeudandi consuetudinem.



ALtera est controuersia, quot requirantur actus ad consuetudinem inducendam in proposita quæstione, vt Episcopus siue Prælatus Ecclesiæ rem in feudum dare possit. Binum actum requiri ac sufficere authores sunt multi, Zasius de feudis

parte

parte 5.nu.52.Iacopinus in vers. In feudum.nu.37. Afflictus in c 1.nu.17.de his qui feud.dare poss. Nullam verò legem habent hoc dicentem; Nam l.3.C.de Episcop.aud. opponit quidem delictum semel commissum, consuetudini delinquendi, sed non docet consuetudinem ex vno actu generaliter induci. Obstarent enim fortasse leges, quæ frequentiam actuum requirunt l.1.C. quæ sit longa Consuet.l.3.C.de ædif priua.

Alij igitur dixerunt, sufficere vnum actum solennem, videlicet rem in feudū semel datam esse ab Ecclesiæ prælato solennibus adhibitis, ita Curtius iunior in 2.par.feudor.q.3.Ludolphus Schraderus de feudis, part.4.c.2 nu.25.Fundamentum est in c.2.de feudis, vbi summus Pontifex Episcopo licere scribit, rem ad Ecclesiam reuersam, alij in feudum dare: Non requirit summus Pontifex multos actus, sed vnum tantùm, qui solennis præsumitur. Quod si non constet, verum prima concessio in feudum ab Ecclesia facta fuerit solenniter; tunc nihilominus consuetudinem ad hūc effectum induci Ludolphus scribit, si lapsi fuerint anni quadraginta: quia ex huius temporis longissimi lapsu, solennia iuris præsumenda sunt.

Cæterùm, Iacobus Menochius de arbitr. iud. casu 81. nu.5.non putat vnum actum sufficere, quāmuis solennem, quia tex.in c.2.de feudis, etsi nihil de actuum pluralitate dicat, non concludit tamen vnum sufficere: Existimat ergo totum hoc arbitrio iudicis esse relinquendū.

Ego in hac quæstione sic statuo. Quandoquidem iure definita non est, iudicis arbitrio committendam esse arg. l.1.C. quæ sit longa consuet.ibi. *Præses prouinciæ probatis ijs, quæ in oppido frequenter in eodem controuersiarum genere seruata sunt, causa cognita statuet.* Sed si semel fuerit in feudum res data solenniter, non video cur Prælatus Ecclesiæ non possit rem ad Ecclesiam reuersam in feudum rursus dare, si viderit expedire, vt loquitur summus Pontifex in d.c.2.de feud. Etsi enim non declaret ibi Pontifex maximus, vnum actum solennem sufficere; id tamen ipsius menti valde cōgruit, & iuris cōsonat rationi, quia cùm solennitates iuris in ea concessione semel adhibitæ sunt, ex eo manifestum est, & vtilem Ecclesiæ fuisse & necessariā: Quare si iterum expediat, nil proponi video, cur Prælatus nequeat eam rem in feudum concedere.

Si verò non constet primum actum solennem fuisse, non parum momenti habebit tempus longissimum, cum eo coniunctū 40.annorum: licet non negauerim ex iteratione rem clariorem reddi.

CAPVT LXIX.

Princeps castrum cum iurisdictione in feudum concedens, an videatur etiam cum mero & mixto imperio concedere.

GRauis est controuersia inter doctores, vtrum si castrum cum iurisdictione in feudum à Principe concedatur, etiam merum & mixtum imperium concessum videatur. Aliqui affirmāt: Aliqui negant. Alij alijs atque alijs distinctionibus vtuntur. Vide Io.Andr.ad specul.tit. de Iurisd.om.iud. Oldradum cons.152.Castrens cons.187.nu.4 lib.2. Alex.cons.35.lib.4.Parisium cons.8.nu 5.& cons.9.nume.14. lib.1. Felynum & Alciat in c.Quod sedē.nu.27. de off.ord.Iasonem, Cagnolū, Decium, Curtium iuniorem, Longoualium & alios ad l.Imperium.ff.de iurisd.om.iud Couuar. practic.quæst.c.1.nu.10. Menochiū de Præsumpt. lib.3. Præsumpt.97.nu.15.& seq.Rolan.cons 42.48.lib.2.

Ego ne diu suspensum teneam lectorē in hac facti specie, merum & mixtum Imperium in vasallum trāsire nō dubito: Fundamentum meum est, quia beneficium principis latissimè interpretandum est. l.penul. ff. de constit. princip. Sed iurisdictio latissimè sumpta, comprehendit etiam merum & mixtum Imperiū, Ergo merum & mixtum Imperium, cōcessa iurisdictione, videtur cōcessum.

Assumptio probatur ex l.1.ff.de off.eius cui mand. est

A iurisd.ibi. *Iurisdictionem suam mand.* Illa enim verba de mero imperio accipienda sunt, & in §. Iusiurandum. in Authen. de defensoribus ciuit.ibi. *Præter illa sola quæ iurisdictione egent, & ex ipsa iudicum authoritate pendent.* Vbi Glos. *Iurisdictione*, inquit, *scilicet maiori, vt merum imperium vel mixtum.*

Primum argumentū cōtrariæ sententię est ex l.1.ff.de off.eius.l Solet.ff.de off.procōs. & leg l.Nemo potest gladij.de reg.iur.cū similibus, quibus declaratur merum imperium delegari non posse: Rñdeo, eas leges loqui de magistratibus, non autē de Principe, quem certū est causas meri imperij delegare posse: magistratus autem non possunt, quibus specialiter legibus, vel senatusconsultis, vel Principum constitutionibus demandantur, vt in d.l 1.

Secūdum argumentū est ex l.Si in aliquam.7.ff.de offic.procons.& leg. *Cùm plenissimam autem iurisdictionem proconsul habeat, omniū partes, qui Romæ quasi magistratus, vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent.* Ergo

B aliter dicendum vī, si non plenissima iurisdictio sit concessa. Respondeo, negando consequentiam: Etsi enim plenissima iurisdictio plus contineat, & vbi illa conceditur, res sit magis perspicua, nihil tñ prohibet, quominus idē respondēdum sit, vbi iurisdictio conceditur simpliciter.

Tertium argumentū sumi potest ex l.vlt.ff.de off.eius cui mand. est iurisd. *Mandata iurisdictione priuato, etiam imperium, quod non est merum, videtur mandari, &c.* Respondeo, nō loqui de iurisdictione à Principe mādata, qa illa cùm latissimè interpretanda sit, etiā merum imperiū continebit: vt scilicet in eum sit translatum, cui iurisdictio concessa est, non etiam vt ipse delegare alteri queat.

Quartum argumētum, merum imperium est ex regalib.c.1. Quæ sint regaliæ ibi. *Mulctarum pœnarumq; compendia*, Ergo in vasallum non transit, nisi nominatim fuerit concessum.arg.c.Quod sedē de offic.leg. Respondeo, hic nominatim cōcessum videri, cùm iurisdictio sit concessa, vt patet ex d.c.1 ibi. *Potestas creandorum magistratuum, ad iustitiam expediendam*, ponitur inter regalia. Iu-

C risdictionem autem habens, videtur in consequentiam habere potestatem cōstituendorum magistratuum.l.Imperium.in fine.ff.de iurisdict om.iud.

CAPVT LXX.

Si vasallus de castro inuestitus sit à Principe, cum iurisdictione meroq; & mixto imperio, an habeat ius confiscandi, id est, compendium & emolumentum pœnæ confiscationis?

CAstro in feudum dato, cum iurisdictione meroq; & mixto imperio, etiam ius confiscandi concessum videri plurimi quidem affirmant; sed nulli rectè probāt. Affirmant etiam Iacopin.in vers.Cū mero & mixto Imperio, nu.89. Egidius

D Bossius tit.de regalijs, nu.15. Guido Papæ decis.76.Brunus cons.51.in 2. Natta cons.240 nu.5.Roland.à Valle, cōs.78.lib.2.Martinus Garatus Laudēsis cōs.37.& ibi latè in additionibus: nouissimè alios citās M.Ant.Peregrinus de iure fisci, lib.1.tit.de his q habēt iura fiscalia, n.89. cū seq.Ludolph.Schrader.de feud.sectione 3. p.10.n.92.

Probare autem id conantur duobus potissimū argumentis. Primū est, quia merum imperiū latè patet ex sententia Bartoli & aliorum, in l.Imperium.ff.de iurisd.om.iud. Nam aliquot gradus ij constituunt, & docent confiscationes ad primum eius gradum pertinere: Ergo vasallus, qui merum & mixtum imperium habet, ius confiscandi habere videtur, tanquam pertinens ad merum imperium, & præcipua illius pars atque potestas.

Alterum est argumentum, quoniam vasallus ita de castro inuestitus consequi debet emolumēta omnia, & fructus qui ex castro & ex iurisdictione, ac mero mixtoque imperio percipi possunt. Habet enim vtile dominiū feudi.

di. Pœnæ autem, mulctæ, cõfiscationes, videntur esse fructus, qui ex iurisdictione & Imperio proficiscuntur: Ergo ad ipsum vasallum pertinere videntur.

Sed quod attinet ad primum argumentum, illud solidum ac firmum esset, si constaret confiscandi ius ita pertinere ad merum imperium, vt omnis qui merum imperium habet, ius cõfiscandi habere diceretur: quasi ius confiscandi mero imperio annexum sit, vel pars eius siue gradus dici possit. Sed non est ita: quia ius confiscandi est vnum ex regalibus & iuribus fiscalibus, quæ Principi reseruata sunt; & ideo non transit in vasallum, nisi specialiter ei concedatur. argum c. Quod sedem. de off. legati.

Et hic est error, mea sententia, cõfundere iura fiscalia, quæ & regalia siue regaliæ dicuntur, cum mero imperio: cùm hæc soli Principi competant, illud autem etiam magistratibus competat: Hinc manifestum est, magistratus merum imperium habere, non tamen ius confiscandi, hoc est, sibi attribuendi bona confiscata, vt post Cumanum declarat Bossius, & nemo dubitat, in tit. de regalijs, nu. 15. Ergo & in vasallis idem responderi potest, nisi doceant sibi fiscalia concessa fuisse.

Nec ridiculum est (quicquid contra existimet Bossius loco annotato) affirmare, vasallum exercitium habere iurisdictionis, merique & mixti imperij, veruntamen pœnas & confiscationes non habere: licet enim inuestitura illum cõstituat procuratorem in rem suam, vt ipse loquitur, non tamen ei tribuit fiscalia iura. Quare tanquam vasallus ac iure proprio iurisdictionẽ exercebit, non etiam regalia iura sibi vendicabit.

At inquit Rolandus à Valle, d. cons. 78. nu. 9 Concesso mero imperio, videtur etiam concessa bonorum publicatio. arg. l. 2. C. de bonis vacan. lib. 10.

Sed nullũ præstat argm̃ illa lex. Imperator Constant. *Si quãdo annotationes nostra cõtineãt possessionẽ siue domũ, quam donauerimus integro statu donatam, hoc verbo ea vis continebitur, quã antè conscribebamus cũ adiacentibus, & mãcipijs, & pecoribus, & fructibus, & omni iure suo, vt ea q̃ ad instructum possessionis vel domus pertinent, tradẽda sint.* Quid hæc quæso cum re nostra?

Subdit idẽ Rolãdus, *vasallus æquiparatur habẽti iurisdictionẽ ĩ dominio & administratione, c. 1. §. Si ministrales. de pace tenẽda. Sed trãslato mero imperio, ĩ administratione intelligitur etiã translata confiscatio. l. 1. C. ne sine iussu, &c.* *Si ministeriales*, inquit tex. *alicuius domini inter se guerram habuerint, comes siue iudex in cuius regimine eam fecerint per leges & iudicia ex ratione persequatur.* Quid hæc ad Rhombum?

Imperator Theodos. *Nulli iudicum liceat (exceptis ijs qui in summa administrationis positi sunt potestate) proscriptionis tempestate totius substantia aliquem percellere, nisi ad nostras aures hoc ipsum referatur.* Hic nullum verbum video pro argumento Rolandi.

Sed is ita pergit, *quia castrum est donatarij, Ergo & emolumentum confiscationis, quod ex eo procedit. l. Solum. §. Meum. ff. de rei vend. Et quia sibi data est potestas in personas, fortius in rebus. l. 2 §. 2. C. de agentib. in reb lib. 12.*

Ad primum, nego consequentiam, & ratio negationis est, quia vasallus habet quidem vtile dominium castri, merum mixtumque imperium, sed non habet regalia & fiscalia iura: illa enim Principi reseruata esse videntur, nisi in vasallum nominatim transferantur, quia pertinent ad Principem, nec sunt annexa mero imperio.

Ad secundum, iterum consequentiam nego, ratio negationis est, quia potestas animaduertendi in facinorosos mero imperio continetur. l. Imperium. ff. de Iurisd. Potestas verò confiscandi non continetur, quia pertinet ad principem. Vasallus quidem pœnam confiscationis statuere potest, cùm punire delinquentes possit, non autem sibi bona confiscata applicare, eaque occupare: quia compendia confiscationum, inter regalia numerantur.

Illa verò lex malè citatur à Rolãdo: Voluit citare. l. 4. Vbi Imperator Zeno. *Absurdũ est enim*, inquit, *vt in cuius*

A *salutem vel existimationem valeat quisquam proferre sententiam, cuius de nulla repossit pecuniaria iudicare.* Hoc argumentum vasallo in quæstione nostra obijci non potest, quia & de re pecuniaria, & de pęna sanguinis & confiscationis iudicare poterit, sed non sibi poterit pœnam, fiscalia iura non habens, arrogare.

Alterũ argm̃ est, q̃d pœnæ & confiscationes bonorũ fructus sint iurisdõnis. Rñdeo, hãc ꝑpositionẽ esse Bart. in l. vlt. ff. sol. matr. & multorũ aliorũ, quos Tiraquel. cõmemorat de retractu cõuentionali §. 5. Glos. 4. nu. 21. sed absolutè verã non esse, nulla lege, nulla rõne probari, q̃a cõfiscationis pęnã, et alias pęnas irrogat quidẽ is, qui merum habet imperiũ, sed eius compendia & emolumenta ad Principem spectant, quia sunt regalia & Principi reseruata, vt in d. cap. 1. quæ sint regaliæ. Ergo ad alios non spectant, ijs exceptis, quibus ipse specialiter concesserit.

Contrariam igitur sententiam, quam post alios, quos adducit (licet pauci eorum fideliter citentur) secutus est
B Afflictus in d. c. 1. vers. Condemnatotum. nu. 39. quę sint regalia, & ipse amplector, eo argumento vsus, quod iura fiscalia distinguenda sint à iurisdictione, & mero imperio, non autem ita temerè, & absque vlla veterum legum authoritate confundenda. Si quis verò communem sententiam, vsu fortè receptam sequi maluerit, lata erit via, vt verbis vtar Phocylidis apud Plutarchum.

CAPVT LXXI.

Quando res Ecclesiastica in feudum dari solita, efficiatur de mensa Ecclesiæ, & proinde non possit amplius infeudari, nisi solennibus adhibitis.

SEd rursus cõtrouertitur, si res ecclesiastica in feudum dari solita sit, & ad Ecclesiam reuertatur, quid requirat, vt de mẽsa Ecclesiæ efficiat, vt proinde in feudũ amplius dari nõ pos-
C sit. Hanc quęstionem latè Curtius iunior exequitur de feudis, p. 2. q. 5. & latiùs diligentiusq; Menoch. de arbit. iudicum, casu 433. & in cons. 79. lib. 1. & de præsumpt. lib. 6. Præsumpt. 87. Zasius p. 5. nu. 49. Ludolphus Schraderus part. 4. cap. 2. nu. 24. Intellexi ex his communẽ esse sententiam ex tacita vel expressa declaratione prælati rẽ censeri applicatam mensæ Ecclesiæ, ex doctrina Bart. in l. vlt. C. de bonis vacantib. lib. 10. Sed cõtrarium docuisse Io. Immolensem in c. Vt super. post nu. 7. de reb. eccl. non aliena. eo argumento, quod non sit in potestate Prælati mutare statum rei Ecclesiasticæ: cui argumento satisfactum hactenus non est, licet non negauerim, textũ, quem citat Immolensis, ad rem non pertinere, in c. Cùm de beneficio. de præben. lib. 6.

Res, mea sñia, sic se hẽt. Ex l. vlt. C. de bonis vacãtib. lib. 10. in qua fundm̃ habeat Bart. sñia, vnum illud colligi potest, quo pacto res applicari mensæ Episcopi possit, quia formam illa lex continet, qua res fisco applicantur.
D & l. 3. eod. tit. Cæterùm, an Prælatus possit ita declarando efficere, vt res mutet statum suum, nec amplius in feudum dari possit, non rectè quis dixerit, illis legibus declarari aut colligi posse. Non rectè etiam adfertur pro eadem sententia text. in d. cap. Vt super. de reb. eccles. non alien. quia summus Pontifex non declarat ibi, an res effecta sit de mensa, sed ait, *Siue intelligantur de mensa, siue non, vt non alienentur, consultius existimamus.*

Non puto Epi declarationẽ tacitã vel expressam impedire, ne res in feudum dari possit, ẽm antiquam cõsuetudinẽ, si Prælatus viderit expedire, vt loquit̃ tex. in c. 2. de feud. *Quia nemo põt sibi eã legem imponere, vt à priore voluntate ei recedere nõ liceat.* l. Si qs in princ. de leg. 3. Et multò minus successori suo legẽ eiusmodi p̃t imponere. arg. c. Innot. de elect. ibi: *Qui successoribus suis nullum potuit in hac parte præiudicium generare pari post eum, imò eadẽ potestate functuris, cùm non habeat imperium par in parem, &c.* & Gloss. ibi adducit concordantes textus.

Quid

Quid ergo? Nihil est tam naturale, q̄ vnumquodque solui eo vinculo quo ligatú est. l. Nihil tam naturale. de reg. iur. c. 1. eod. tit. Cùm itaque Ecclesiæ consuetudo est in feudum dandi res aliquas, contraria consuetudine ad eam tollendam opus erit, quæ requirit longum tempus, nec sufficit semel vel bis contrarium actum esse. Et hoc est, quod dicitur: *Temporaria permutatio ius prouinciæ nõ innouat.* l. Nemo. 164. §. Temporaria, de reg. iur. Et ita doctores tradunt. Consuetudinem tolli eo modo quo inducta fuit, nimirum per contrariam consuetudinem. Vide Decium & Cagnol. in d. §. Temporaria. Quare in proposita quæstione sic concludo, rem in feudum antiquitus dari solitã, ad Ecclesiam reuersam, tunc censeri de mensa Ecclesiæ effectam, ad hunc effectum, vt deinceps dari non possit, nisi solennibus adhibitis; cùm per contrariã consuetudinem in feudum dari desierit, & solita longo tempore fuerit à Prælato retineri.

CAPVT LXXII.

Vtrum Prælatus Ecclesiæ laicis in feudum concedere possit decimas ad Ecclesiam reuersas, ante Concilium Lateranense concedi solitas?

VEra & cõis sñia est, non licere Ep̄o laicis in feudum concedere decimas ad Ecclesiam reuersas, ante Concilium Lateranense solitas cõcedi, quia Cõcilij Lateranensis prohibitio gñalis est, ne laicis decimæ cõcedantur. c. Prohibemus. c. Quamuis. de decimis. c. Ad Ap̄licã. de his q̃ fiunt à Prælatis sine consensu Capituli. c. 2. §. Sanè. de decim lib. 6. & alibi. Ita docuerũt Io. Andr. in d. c. Prohibemus, & ibidẽ quoq; Panorm. Calderin. cons. 1. tit. de feudis. Curtius iunior de feudis, par. 2. q. 8. Zasius de feudis, par. 3. nu. 25. Couuar. lib. 1. variar. resol. cap. 17. num. 5. vers. Præter hæc alios citat Menochius de Præsumpt. lib. 6. Præsumpt. 86. post num. 5.

Cõtrariũ docuit Cardinalis Florent. in c. 2. de feudis, Gloss. in c. Prohibemus, & alij quos commemorant Curtius iunior, Couuar. & Menoch. locis proximè citatis.

Fundamentum est in c. 2. de feudis, vbi res ad Ecclesiam reuersa potest in feudum dari. Respondetur, excipiendas esse decimas: quia decimæ specialiter in feudum prohibentur dari post Concilium Lateranense.

Secundò, quia Lateranense Concilium prohibet decimas laicis dari in feudum de nouo, antea enim concessas non aufert. Non videntur aũt nouiter dari decimæ, quæ olim datæ sunt ante Concilium Lateranense, sed potius continuari. Respondetur, cùm decimę proponantur ad Ecclesiam reuersæ, & consequenter Prælatus eas retinere possit, & nemini dare; si alijs dederit, noua potius concessio videri potest, quàm antiqua. Argumentum autem procedit, cùm dantur decimæ alijs successoribus eorum, quibus competebant, ante Concilium Lateranense, ibi continuatio est: in hac nostra facti specie noua, eaque voluntaria concessio, ideo irritanda ac reprobanda, quæ reprobatur & prohibetur Concilio supradicto.

CAPVT LXXIII.

Feudo ad dominum reuerso propter lineam finitam, vtrum dominus teneatur proximioribus agnatis illud concedere.

DOminum teneri proximioribus agnatis feudum ad se reuersum ob lineam finitam ex æquitate concedere, non pauci, neq; obscuri nominis dixerunt. Vide Clarum, §. Feudum. q. 87. D. meum Cephalum cons. 173. num. 18. & 197. num. 19. lib. 1. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 148. Argumenta huius sententiæ eadem sunt, quæ retuli ac refutaui de emphyteusi loquens, lib. 4. Cõtrouersia-

A rum iuris, cap. C. Ea igitur huc adferre supersedeo. Illud monens, me contrariam sententiam sequi, quam & multi habuerunt apud Andr. Geyll. loco annot. commemorati, & fundamentum meum est, quoniam nullus textus proferri potest pro contrariæ sententiæ confirmatione. Nulla iuris ratio illi suffragatur, imò refragatur multum. Nam dñs quisquis est rei suæ, moderator & arbiter. Nemo tenetur beneficium alteri conferre: Nemo conijcere se in aliquam obligationem & contractum. Nemo cogitur rem suam vẽdere, multò minus donare vel gratis conferre. Res est satis perspicua.

Authoritas Doctorum multum valet, sed non contra iuris rationem: Etiam studium nostrum est, iuris fontes inquirere, non opinionum riuulos sectari: ex legum fundamentis, non ex authorum numero controuersias definire ac explicare.

CAPVT LXXIIII.

B

Feudum dare, an cuilibet rerum suarum domino sit permissum?

NOn tam discenda, quàm non est omittenda cõtrouersia illa, an quilibet, etiã rusticus res suas in feudum dare possit. Affirmat enim Baldus in c. 1. in verbo Marchio, post nu. 8. de his qui feud. dare possint. Zasius de feudis, par. 5. nu. 31. Schraderus par. 4. c. 1. num. 57. Ab ijs non ausus est recedere Curtius iunior de feudis, par. 2. q. 4. licet contrariam sententiam iuri magis consonam cognouerit, quàm antiquorũ aliqui secuti fuere. Ego verò ausim eam sequi: Hoc enim mihi in his controuersijs tractandis propositum est, vt iuri magis consentaneas sentẽtias amplectar. Alioqui frustrà disseritur, frustrà in quæstionem hæc vocantur.

Fundamentum est in eo satis firmum, quod si omnes etiam ignobiles & rustici possent res in feudum dare, nõ
C ità diligenter tractandum fuerat, de his qui feudum dare possunt, in cap. 1. de his qui feud. dare possunt. Inter quos præter ecclesiasticas personas, Marchiones, Comites, Regni valuasores, siue Capitanei numerãtur. Sed & minimi valuasores, qui videlicet ab istis feuda accipiũt, dare possunt, vt in c. 1. de Natura feudi. Rusticis autem & omnibus alijs priuatis hominibus, indifferenter idem ius competere non inuenio, nisi quis proponat minimos valuasores, quos diximus feuda dare posse, rusticos esse.

Fundamentum autem communis sententiæ positum est in c. 1. Per quos fiat inuestitura. Ait textus: *Nam vero inuestitura feudi non ab alio rectè fit, nisi ab eo qui legitimè suorum bonorum administrationem habet.*

Concedo hoc requiri, vt qui feudum dare vult, legitimam bonorum suorum administrationem habeat, non enim minor 25. annis posset dare, vel similes, sed non inde efficitur, omnes qui legitimè bonorum suorum administrationem habent, feudum dare posse: Potest enim
D aliunde impedimentum esse, nimirum si is, qui dare feudum velit, habilis non sit, ac idoneus ad dandum.

CAPVT LXXV.

Filiorum appellatione in feudis, an contineantur nepotes?

COntrouersia est, Cuidam feudum cõcessum est pro se & filijs suis, vtrum etiam nepotib. videatur concessum? Negant Salicet. in l. 2. C. de iure emphyt. 21. q. & Io. Imolensis ad l. Quod dicitur. ff. de verb. obl. quos refert & sequitur Alex. in cons. 204. nu. 7. & 8. lib. 2. alios citat Gabrielius lib. 6. tit. de verb. sig. concl. 1. nu. 17.

Fundamentũ est, quia in contractibus verba sunt propriè accipienda. l. Ex ea. §. In Insulam. l. Quicquid adstringendæ. ff. de verb. oblig. sed propriè nepotes differunt à

filijs

filijs. Aliter enim filij, aliter nepotes appellantur. 6. ff. de testam. tutela.

Contrarium docent alij Doctores communiter. Vide Curtium iuniorem de feudis, par. 2. post 7. q. vers. Circa hanc materiam, Gabrielium loco annotato, nu. 16. Hipp. Riminal. cons. 18. nu. 45. & 38. nu. 5. lib. 1. & hâc sequor: & omissis friuolis argumentis, moueor ex l. penul. ff. de constit. Princip. vbi dicitur, beneficia quàm latissimè interpretanda esse: sed feudum est beneficium. c. 1. §. vlt. in quib. caus. feud. amittatur, vbi ponitur definitio feudi, & dicitur esse beneficium, &c. Ergo latissimè interpretari debet. Hæc est autem iusta interpretatio, vt filiorum appellatione nepotes contineantur. l. Iusta. l. Filij appellatione. l. Liberorum. ff. de verb. sig. vbi Callistratus: *Neque enim dulciore nomine possumus nepotes nostros, quàm filij appellare, &c.*

Ad argumentum contrariæ sententiæ responderi potest, negando feudum esse contractum: etsi enim multi id affirment, pauci tamen, imò nulli probãt, vt suprà disserui, c. 1. Decepti fortè eam ob causam, quod feudum licet beneficium sit, videtur tamen quandam speciem contractus continere, propter obligationem vasalli & domini; Non rectè, quia hæc sunt à contractibus distinguenda: sicut & non rectè inter contractus quandoque donatio numeratur: Si enim vim obligationis respiciamus, etiã beneficia, priuilegia, mandata Principum, gratiæque inter contractus referenda sunt, quia obligãt: Debet spectari id quod est præcipuũ in actu, & ex eo denominatio sumi. Est autẽ in feudis, in donationibus & similibus præcipua liberalitas, gratia, beneficẽtia: Igitur hæc spectanda sunt, non id quod exigitur ab eo, in quem confertur.

CAPVT LXXVI.

Vtrum in feudis possit alter alteri stipulari?



Ideo etiam controuersiam inter Doctores esse, vtrum in feudis possit alter alteri stipulari. Etenim communior sentẽtia docet, posse fratrem fratri suo stipulari, authoritate tex. in c. 1. §. Et quia vidimus. de his qui feud. dare poss. & in c. 1. de benef. fratris, in c. 1. de duob. fratrib. de nouo benef. inuesti. c. de duob. fratrib. à capitaneo inuesti. in cap. 2. de feudo Marchiæ, in c. 1. §. vlt. de success. feud. Ita docent Baldus & Salicetus ad l. vlt. C. res inter alios actas, & multi alij, quos refert Antonius Gabrielius lib. 5. commu. concl. tit. de verb. obl. concl. 1. nu. 22.

Sed contrariũ Iason docuit in l. Si mihi & Titio. nu. 3. de verb. obl. Curtius iunior in tract. feud. par. 2. §. Secũda cadit. alios citat Antonius Gabrielius loco proximè citato. quorum fundamentum est, quia nullo textu feudali contraria sententia comprobetur, & iuris regula sit, neminem alteri stipulari posse. l. Stipulatio ista. §. Alteri. ff. de verb. obl. Iuris autem communis regula etiam in feudis obseruari debet, quoties diuersum iure feudali constitutum non est. c. 1. de feudi cognit.

Ad textus pro cõmuni allegatos respondent, non satis probare, quia non dicũt fratrem fratri suo feudum stipulari posse: sed fratrem fratri in feudo succedere ex pacto inuestituræ, cùm scilicet dominus feudum sub ea conditione ac forma concessit; quare id nõ procedere aiunt ex fratris stipulatione, sed ex dñi concessione ac ordinatione; Oẽs enim fratres præsentes erant in casibus, de quibus loquuntur dicti textus, nec vnus alteri stipulatus est.

Ego puto, hanc controuersiam sedari posse & cõponi hac adhibita distinctione: Aut quæritur, an frater fratri suo stipulari possit purè ac simpliciter, & non potest propter iuris regulam, quæ docet, alteri neminem posse stipulari, quam in feudis sublatam esse non constat: Nec enim eam cessare in feudis demonstrant testimonia pro communiori sententia relata. Aut quæstio est, an possit frater ita pacisci cum domino in fauorem fratris sui, atque adeò fratri suo stipulari, vt post mortem suam frater succedat in feudo, & puto nihil proponi, cur nõ possit. Id enim manifestè probat text. in cap. 1. de benef. fratris, &c. illis verbis: *Frater nõ succedat fratri, sed dominus habeat, nisi per inuestituram à domino ordinatum fuerit, vt frater succedat fratri, si mortuus fuerit sine hærede masculo, vel succedat frater fratri morienti sine filio, &c.*

Nec dici potest, textum loqui quando fratribus feudũ est concessum præsentibus & stipulantibus, quia subijcit text. alios casus, in quibus frater succedit fratri, & inter alios illum casum, quãdo feudum vtriusque nomine acquisitum est: ex quo sumitur argumentum, superiora verba pertinere etiam ad illum casum, quo frater ita feudum acquisiuit, vt post mortem suam frater succederet.

Confirmatur hæc sententia, quia valet concessio feudi alicui facta per se, & quibus dederit c. 1. de feudo non habente propriã naturã feudi. Ergo multò magis valere dẽt, eo modo facta, vt post mortẽ fratris frater succedat.

Et licet negari nõ possit, quin fratri post mortem fratris, ius acquiratur ex domini concessione, & ordinatione, id tamen non impedit, quo minus etiã acquiri ex fratris stipulatione videatur. Concurrit enim in commodũ fratris stipulatio & domini concessio, & quamuis ex sola dñi voluntate ius fratri acquiri post mortẽ fratris possit, si videlicet ita feudum concederet alicui, vt in eo succederet frater, non tamen aliter est respondendũ, cùm etiam frater ita consentit, & paciscitur, vt velit post mortem suam fratri quoque suo prospectum esse.

Denique potest hæc sententia confirmari ex l. Publica. ff. depositi. ibi: *Cæterùm, si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex altero marito meo suscepi*, scilicet restitues, & ex l. 3. C. de donat. quæ sub modo.

CAPVT LXXVII.

Vtrum pater vsumfructum bonorum feudalium filij, quem in potestate habet, sibi vendicare possit.



Tiam bonorum feudalium vsumfructũ, filij in potestate existentis, ad patrẽ spectare docet Bald. ad l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ liberis. Curtius iun. de feud. p. 3. §. Expedito. post num. 46. D. Fridericus Schenck. de feud. par. 7. nu. 8. Quorũ illud est fundm̃, quia in cæteris bonis aduentitijs ita iure cõstitutũ est, vt p̃r vsumfructũ, filius habeat proprietatẽ. l. 1. C. de bonis mater. d. l. Cùm oportet. C. de bonis q̃ lib. Idem igit̃ & in feudis recipiendum; qm̃ ẽt in feudis iure cõi vtimur: præterquã in illis casibus, in quibus aliter feudali iure cõstitutum est. Nullibi verò constitutum est contrarium, nimirum vsumfructum bonorum feudalium patri non deberi.

Huc accedat, quod fructus à solo separati allodiales sunt, non autem feudales, ita probat tex. in c. 1. An agnatus vel filius, &c. ibi: *Sed in fructibus, si quos reliquit, &c.* Ergo idem est de illis statuendum, quod de rebus allòdialibus, in quibus, vt dictum est, absque controuersia pater vsumfructum habet regulariter.

Sed contrariũ docuerunt Bald. in c. Si duo. de duob. fratrib. de nouo benef. inuest. & ibid. Martinus Laudensis & Præpositus, nec non Afflictus num. 16. Isernia in c. 1. Qui feud. dare poss. Idem Afflict. in c. 1. de alien. feudi pater. Roland. à Valle in cons. 71. nu. 65. lib. 2. Ludolphus Schraderus de feudis, par. 7. cap. 6. nu. 6. Borgninus Caualcanus de vsufructu mulieris relicto. post num. 79. vers. Hinc est, quod pater, &c. & isti alios citant, ex quibus colligitur, hanc esse communiorem sententiam.

Primũ argm̃ est, qa feudum vr̃ esse quædã species seruitutis. Quamobrem, si patri vsusfructus acquireret̃, seruitus seruitutis cõstitueret̃ contra l. 1. ff. de vsufr. legato.

Scdm argm̃ est, qm̃ pater filio non succedit in feudo. c. 1. de success. feudi. Ergo nec vsumfructũ habet. ex reg. l. Quæ legata. de reg. iur. *Quæ legata mortuis nobis ad hæredita-*

reditatem noſtram tranſeunt, eorum commodum per nos ijs, A
in quorum poteſtate ſumus, eodem caſu acquirimus,&c.
Tertium argumētum eſt, quia feudum datur ad hoc,
vt vaſallus fideliter domino ſeruiat, c.1. in fine, in quibus
cauſis feudum amittatur, Ergo vſusfructus apud ipſum
vaſallum manere debet; non autē patri acquiri, qui nul-
lum præſtare ſeruitium tenetur.
Hæc profectò non eſt parui momenti difficultas, ego
ſic ſtatuo, ſi feudū à Principe donatū ſit filiofam. nullum
dubium eſſe, quin pater ab vſufructu arceatur, ex l. Cùm
multa. C. de bonis quæ liberis, & idem prorſus qñ feudū
ex caſtrenſi, vel quaſi caſtrenſi peculio procedit: quia in
his filiusfam. pro patrefamiliàs habetur, & nihil patri ac-
quiritur d. l. Cùm oportet. Cæterùm, in alijs caſibus non
parū ſollicitus ſum, quomodo communis ſententia rectè
defendi poſſit, quia *feudum eſt beneficium, quod ex beneuo*
lentia ita datur alicui, vt proprietas quidem, &c. penes dan-
tem remaneat, vſusfructus verò illius rei ad accipientē tran
ſeat,&c. Sed ſi vſusfructus filiofam. relinquatur, certū eſt B
patri adquiri, §. vlt. C. de vſufr. Cur igitur non acquiratur
& feudi cōmoditas atq; adeò vſusfructus? Tandem quia
vrgent argumēta communioris ſententiæ, ego ſic cōcludo,
non acquiri vſumfructū feudi patri, ſi non cōmodè vaſal
lus poſſet dño inſeruire, carēs eiuſmodi cōmoditate vſuſ-
fructus: Verùm ſi poſſet, nihil proponi video, cur ius pa-
triæ poteſtatis ſuum effectum ſortiri nō debeat, etiam in
feudis. Nam quod dicitur, ſeruitutis ſeruitutem non eſſe,
aliter accipiendum eſt, & quod attinet ad vſumfructum,
iam conſtat ex d. l. vlt. C. de vſufr illud axioma non rectè
applicari, ſiquidem filiofam. relictus vſusfructus acquira-
tur patri. Feudum verò quid aliud tribuit vaſallo, quàm
vſumfructum proprietate penes dominum manente? vt
in d. c. 1 ad finem, in quib. cauſ. feud. amittatur.
Quod verò attinet ad reg. l. Quæ legata. de reg. iur. illa
nihil facit ad rem noſtram, non enim hūc habet ſenſum,
vt in illis bonis, in quibus pater filio non ſuccedit, nec ēt
vſumfructū habere poſſit, ſed hic eſt ſenſus, legata pura,
vel in diē certum, quia ad hæredē trāſmittuntur, patri
etiam eorum commodum acquiri. Cæterùm, legata con-
ditionalia, quia ad hæredē non tranſmittuntur, patri non
acquiri, ſed ipſi ſeruo, ſi tempore purificatæ conditionis
iuris ſui fuerit. *Aliter*, inquit tex. *atque cùm ſtipulati ſu-*
mus: Nam & ſub conditione ſtipulantes omnino eis acquiri-
mus, etiamſi libertate nobis præſtita à dominis conditio exi
ſtat. Non igitur ad rem noſtram pertinet, præſertim cùm
non verſemur in legatis, ſed potius in ſtipulationibus.
Ad poſtremum argumentum quod attinet, illud nihil
obeſt ſententię noſtræ. Iam enim diximus, ſi grauetur in
ea re filiusfam. vt non poſſit commodè ſeruire domino,
ſecundum feudi leges & conditiones, non debere vſufru
ctu carere, quia hoc tacitè, vel inter partes actum vř, vel
vt actū fuiſſe intelligatur, æquū profectò mihi videtur;
nec dantis & accipientis feudum intentio defraudetur.

CAPVT LXXVIII.

An in dotem feudum dari poſſit, ſine conſenſu domini?

DE duobus video inter omnes conuenire, & de
tribus controuerſiā eſſe. Primò conuenit, feu-
dum à patre nomine filiæ, vel ab alio in feudū
dari non poſſe: ſic enim expreſsè conſtitutum
eſt in c. 1. §. Donare. qualiter olim feudum poterat alien.
Donare autē, aut iudicare pro anima, aut in dotem pro filia
dare nullus curia poterat conſuetudine, &c. Secundò, inter
oēs cōſtat, filiā poſſe feudum inæſtimatum, & ſine pacto
de lucrando viro ſuo in feudū dare pro tempore vitę ſuę,
ex c. 1. de inueſtitura, quā Titius accepit à Sēpronio, ibi.
Ipſa à domino inueſtita fuit, & feudū in dotem dedit, quære
batur, ſi ad maritum ſucceſſio feudi pertineat, reſponſum eſt,
nō pertinere. Et ex c. 1. de eo q ſibi & hęredib. ſuis maſculis
& fęmin. ibi. *Hæc marito paternū feudū in dotē dedit, &c.*

Controuerſia eſt autem primò, an etiam pater pro filia
in dotem dare poſſit feudum pro tēpore vitæ ſuæ inæſti-
matum, & ſine pacto de lucrando. Nam Rota Romana
reſpondit poſſe, decif. 199. Pater poteſt in nouis, Curtius
iunior de feudis, nu. 93. verſ Quarto principaliter quæro.
Felinus in c. Quæ in Eccleſiarum, nu. 75. de conſtit. Iaſon
in Auth. Res quæ, nu. 26. C. cōmu. de legatis. Hieronym.
Schurff. conſ. 23. nu. 5. lib. 1.
Fundamentū eſt in c. Nuper. de don. inter vir. & vxor.
& quia vř eadem ratio in patre quæ in filia, cùm detur
duntaxat pro tēpore vitæ, & vaſallo mortuo ad alios feu-
dum pertineat, & ita text. accipiendus eſt in d §. Donare.
Sed contrarium docuit Ludolphus Schraderus de feu
dis part. 8. c. 1. nu. 33. verſ. Similiter vera non eſt, vbi ma-
lè citat Zaſium, par. 9. nu. 8. Sed non malè Iacopinum in
verbo, ita etiam quod ipſi vaſalli, nu 17.
Mouet eū primò, qm̄ tex. in d. § Donare, generaliter
negat patri licere feudū pro filia in dotē dare. Deinde, qa
ſi contraria ſententia vera eſſet, deberet intelligi, quādo
pater feudū in dotē daret in perpetuū & abſolutè, vt etiā
poſt mortem ſuam maneret in dote, quod prorſus indu-
bitatum eſſet: Cui enim dubium eſſe poteſt, patri id per-
miſſum non fore? Cùm plus iuris in alium nemo tranſ-
ferre poſſit, quàm ipſe habeat. l. Tradino. ff. de acq. rer.
dom. Tertiò, quia ſi cōtraria ſentētia recipiatur, non erit
hoc ſpecialiter conſtitutum in fauorem mulieris, vt feu-
dum pro ſe dare in dotē poſſit: quia etiam pater poterit.
Ego video textum, quo prior ſententia nititur, in d. c. 1
Nuper. loqui de patre dante pro ſe vxori ſuæ feudum, ex
cauſa donationis propter nuptias: & conſequenter nul-
lum textum video, qui priori ſententiæ adſtipuletur. Ve-
runtamen ei calculum non ſubtraho meum, quia eadem
prorſus ratio eſt in patre dante feudū in dotem pro filia,
quæ in ipſomet dante feudū vxori ſuæ donationis cauſa,
vel in filia pro ſe dante. Obſeruandum enim eſt, hunc ca-
ſum, de quo nunc diſputamus, omiſſum eſſe à iuris con-
C ditoribus: & ideo ex regulis ac præceptis iuris decidēdū.
Cautū eſt; patrē nō poſſe feudū in dotē dare pro filia,
quia dos datur, vt deſeruiat oneribus matrimonij. l. Pro
onerib. C. de iure dotium. Fieri aūt pōt, vt pater moriatur
ante obitū filiæ vel generi ſui, quamobrē feudū ad dñm
reuerteretur, vel ad agnatos: filia & gener excluſi eſſent,
& dote carerēt: Cùm verò filia pro ſe feudū dat in dotē,
nō procedit hæc ratio: quia ſi ipſa moriatur, matrimoniū
ceſſat, & dos à marito reſtituēda eſt: itaq; nullū abſurdū
ſequitur. Ideo nihil prohibet, filiā dare poſſe pro ſe feudū
in dotē. Illud poſſet tūc obſtare, qđ prohibita ſit alienatio
feudi, ſine cōſenſu dñi: ſed non vř alienari feudum à mu
liere. l. In reb. C. de iure dotium, ibi. *Cum & eadem res, &*
ab initio vxoris fuerint, & naturaliter in eius permanſe-
rint dominio, &c. Eadem ratio eſt cùm pater dat feudum
vxori ſuæ, de qua ſpecie text. loquitur in d. c. Nuper.
Cæterùm ſi proponatur, generum accepiſſe feudum à
ſocero filiæ nomine in dotē, ea lege, vt commoditatē tan
D tùm fructuum, vſq; ad mortem ſoceri perciperet, nihil
proponi video, cur id fieri non poſſit. Neq; enim eſt hæc
alienatio feudi, quia nullum ius reale in generum tranſ-
fertur, ſed perſonale ius, quod ſocer habet, fructus perci-
piendi ex feudo, donec vixerit. l. Si vſusfructus. ff. de iure
doti. vbi *Vt ipſum quidem ius remaneat penes maritum,*
perceptio autem fructuum ad mulierem pertineat.
Secundò controuerſia eſt, an pater feudum in dotem
pro filia dare poſſit, etiam vltra tempus vitæ ſuæ, quando
non eſt temporale feudum, ſed perpetuum. Etenim Ale-
xander in conſ. 28. ad finē lib 5. exiſtimat poſſe & ſequi-
tur Afflictus in d. § Donate. poſt nu. 16. Fundamentum
eſt, in tex à contrario ſenſu, d. cap. Nuper de dona. inter
vir. & vxor. ibi enim dicit, tex. mortuo patre feudum da-
tum in dotem non manere, *quia nullus plus iuris in alium*
transferre poteſt, quàm conſtet eum habere. Ergo ſi ius pa-
tris morte non extinguatur, aliter reſpondendum erit.
Contrariū docet Ludolphus, loco proximè citato poſt
nu. 33.

nu.33.argumento, d.§.Donare. vbi text.generaliter negat,patrem posse feudum in dotem pro filia dare,consequenter accipiendus est de omni feudo, tam perpetuo, quàm temporali.

Huic sententiæ & ipse assentior,sed alia ratione, quia scilicet alienatio feudi prohibita est in c. Imperialem. de prohib.feudi,aliena.per Frideric.& alibi. Qui ergo poterit pater feudum in dotem dando alienare?

Nec mouet argumentum ex d. c. Nuper. quia locum habet quantum ad hunc effectum, vt pater possit in dotem absolutè dare,atque adeò in perpetuum alienare feudum, scilicet si aliunde non sit impedimentum, & consequenter si dominus consentiat.

Tertiò controuertitur, an si pater alia bona non habeat,quàm feudalia,ea possit in dotem dare pro filia? Negat Iason,Baldum secutus in Authent.Res quæ num.26. C.commu.de legatis. & cum ijs Schraderus loco proximè citato,nu.34.vers.Eodem modo. Fundamentum est in d.§.Donare.ex quo colligitur, nec pro anima feudum posse relinqui, nec pro necessitate famis, & generaliter non posse etiam in dotem dari à patre.

Contrarium docet Afflictus in d.§.Donare.nu 19. Parisius cons.16.nu.32. lib.1. & alij apud Schraderum vbi suprà,moti ex fauore dotis.l.1.ff.sol.matr. propter quam aliàs alienari prohibita,possunt alienari, vt in d.Authen. Res quæ.C.comm. de leg. Sic & res pupillorum alienari non possunt,tamen in dotem dari possunt.l.Lex quæ tutores.C.de admi.Tutor.

Sed nihil mouet hoc argumentum.Fateri enim oportet,si nulla sint alia bona patris,dotẽ ex feudo constituendam esse,quam rem luculenter explicat Hartmannus Pistorius,q.37.lib.2.par.posteriori,sed nõ absq; domini cõsensu,quem tamen hoc in casu cõsentire oportet, ne mulier maneat indotata, nisi aliunde congruam ei dotem assignari,vel ex fructibus feudi, vel aliter prospexerit.

CAPVT LXXIX.

Possitne vasallus, absque consensu domini, feudi vsumfructum alij cedere?

Communis est & vera doctorũ sententia,vasallum absq; cõsensu domini feudi vsumfructum non posse alienare, ita Gloss.in c.1.§. Pręterea.de capitulis Corradi.Clarus §.Feudum.q.37. in fine. Curtius iunior communem dicit, par.4.q.15.Iason in l.3.§.Ex contrario.nu.66. ff.de acq.poss.Augustinus Berous q.93.Fundamẽtum est firmissimum, quia lege prohibetur feudi alienatio,absq; consensu domini,c.Imperialem. de proh. feudi alien.per Fridericum. Prohibita verò alienatione rei, prohibetur etiam vsusfructus datio. Iustinianus. *Sancimus siue lex alienationem inhibuerit, siue testator hoc fecerit,&c.non solùm dominij alienationem, & mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed & vsusfructus dationem, &c.* l.vlt.C.de reb.alienis non alienan.

Difficultatem facit text.in c.1.§. Quid ergo.de inuest. de re aliena facta,vbi text. *Quid ergo,*inquit, *si precio vel dolo, aut incuria seruitutem rei beneficiaria imponi patiatur,&c.an ex eo præiudicium domino generetur, quæsitum fuit: & responsum est,vt vasallo quidem, donec feudum tenet,possit obesse,domino autem,&c. minimè noceat.*

Si potest seruitutem constituere in sui præiudicium vasallus,miratur Curtius iunior, loco suprà annotato, cur nõ & vsumfructum alienare possit? præsertim cùm alienare prohibitus,nec seruitutem imponere possit, vt in d. l.vlt.C.de reb.alien.non alienan.Suspicatur ergo textum in d.§.Quid ergo,corrigi ex d.c.Imperialem.

Cæterùm,Afflictus in cap.1.§.Præterea nume.5.& 6. de capitulis Corradi, in eam sententiam inclinare videtur, quod vasallus etiam in vsufructu præiudicare sibi possit,donec viuet.

A Pinellus denique ad l.1. C. de bonis mater. par.3.post nu.71. existimat, vasallum alienare posse vsumfructum, sicut & aliam seruitutem in feudo constituere potest,ita vt maneat donec durauerit ius constituentis, & non incurrat pęnam constitutam in d. c.Imperialem.

Ego verò sic statuo, istos omnes rectè forsitan sentire,sed non satis rectè loqui.Nam sciendum est,vasallum alienare posse commoditatem,& vsum feudi, absq; consensu domini, hoc est, alijs cedere fructus & commoda, ita vt nullum ius in rem transferatur,sed personalis duntaxat actio. Ista enim non est alienatio rei, sed longè ab ea differt; quamobrem nihil proponitur, cur valere non possit,licet alienatio feudi non valeat. arg.l.In ædibus.§. 1.ff.de donatio.l.Codicillis.§.Instituto.de leg.2. Alex.in cons.18. nu.6.7.8. lib.7. Soc.senior de regalijs verba faciens in cons 7.lib.3. Bossius de regalijs,num.35. Schraderus parte 8.cap.1. nu.12. Clarus §. Feudum.quæst.31. vers.successiuè quæro.

B Ergo quod dicitur,vasallum posse in sui præiudicium, & donec vixerit,& durauerit ius illius,alienare vsumfructum,rectè dicitur, si nihil aliud intelligatur, quàm personalis illa commoditas fructuum,quam vasallus habet; secus si ius in rem intelligatur à vasallo transferri, quia ea est alienatio, consequenter lege prohibita absque domini consensu.

Sed dubium restat, cur seruitutem constituere potest, vt in d.§.Quid ergo? Respondeo, non est constitutio vera seruitutis,sed personalis quædam patientia,quam pręstat vasallus, per quam nullum ius in rem propriè acquiritur alteri, sed hoc ius tantùm acquiritur, vt inuito vasallo vti possit seruitute,quasi ille obligatus sit ad præstãdam patientiam,quamobrem illud ius resoluitur,resoluto iure vasalli. Ex quo apparet non esse ius reale,sed personale, quod cum persona extinguitur, quale ius etiam quantum ad vsusfructus commoditatem constitui rectè

C potest.

CAPVT LXXX.

Consensus Domini, qui requiritur in alienatione feudi, debeatne expressus esse, vel tacitus sufficiat.

SI dñs sit præsens alienationi feudi, & taceat, nec contradicat,vtrum consentire videatur, quæstio cõtrouersa est: Ludouicus Romanus sing.720. *De solennitate,* negat,adducta Glos. quæ tamen citari solet pro contraria sententia in c. 1. in vers.Permissione.de prohib. feu. alien.post Lotharium, & hanc sententiam veriorem dixit in stricta disputatione Iacopin. à S. Georgio, in vers.Et cum pacto. de non alienando,nu.20.Eandẽ secutus est Afflict. in d.c.1.nu. 45.& multi alij apud Tiraquellũ de legib. connubialib. Glos.7.nu.11.& de retractu consang.§.1.Glo.9.nu.151. vbi m̃ Felinum allegat,quem non inuenio id dicentem.

D Fundamentum huius sententiæ duplex est. Primum, quia consensus ex præsentia & patientia,non infertur in ijs,quæ ad obligandum tendunt. l Qui vas. §. Vetare. ff. de furtis.l.Filiusfam.§.Inuitum. ff. de Procurat. Alterũ, quia consensus requiritur adinstar cuiusdam authoritatis & licentiæ ad solennitatem alienationis, siue vt cum nostris loquar,ad integrandam personam vasalli alienantis,quo casu non sufficit tacitus, sed expressus requiritur, vt docet Glos.in clem.1.in vers.Licentia.de testam. & probatur in l.3.ff.de auth.tuto.

Sed contraria sententia longè communior est, nimirum tacitum domini consensum sufficere, ex scientia & præsentia alienationi factæ. Vide Curtium iuniorem in 4.parte,nu.137. Zasius parte 9.nu.31. Iacobum Leonardum inter consilia Bruni, cons.114. num.344. & alios à Tiraquello citatos de retractu consang. §. 1. Glos.9.nu. 117. & Ludolphum Schraderum par.8.cap.4.nu.2.

Fundamentum est,quia is qui præsens est pro consentiente

tiente habetur quoties contradicendo actum impedire potest, vt docet Glos. in l. Caius. ff. de pig. actio. & hic adferuntur aliquæ leges, quæ ad rem parum faciunt.

Ad argumentum contrariæ opinionis respondent, negando consensum domini requiri pro authoritate ac solennitate, nam dicunt necessarium esse propter præiudicium domini, ne videlicet directo dominio fiat præiudicium.

Ego didici quæstionem hanc definiri non posse ex ijs legibus, quibus præsens & tacens pro consentiente habetur, quia hac in re ius varium est. Aliquando præsens ac tacens pro consentiente habetur, vt in l. In Sponsalibus. ff. de Sponsalib. in l. 5. C. de nupt. Aliquando non habetur. l. Caius. ff. de pig. act. l. Sicut. §. Non videtur. ff. quib. mod. pig. sol. Contra habetur in l. 1. & in l. 8. C. de remiss. pig. Non habetur in l. Titia 34. de legatis 2. Habetur in l. Sabinus 28. ff. Cōmu. diui. in l. 4. §. vlt. ff. de fideiuss. tuto. in l. 2. ff. ad Municip. in l. Honores. 7. §. vlt. ff. de Decurio. in l. Si tantùm. ff. ad Maced. in l. Quidam. 12. ff. de Euiction. in l. Si fundum 82. de legatis primò, in l. Impuberis 13. ff. de autho. tuto. in l. labeo 19. ff. de aq. plu. arcen. Ex quibus patet nullam hac in re tradi posse certam regulam ac definitionem.

Quamobrem in quæstione proposita, ex ratione legis prohibentis feuda alienari, absq; permissu domini petenda definitio est. Prohibuit Imperator Lotharius beneficia distrahi, sine permissione dominorum, quia cōperijt milites beneficia passim distrahere, *ac ita omnibus exhaustis suorum seniorum seruitia subterfugere, per quod vires imperij maximè attenuatas cognouit, dum proceres, milites suos omnibus beneficijs exutos ad felicissimam expeditionem nullo modo traducere valebant*, vt in cap. 1. de proh. feud. alien. per Lothar. Idem statuit Fridericus Imperator ob easdem querelas, quòd propter alienationem domini, *debita seruitia amittebant, & honor Imperij & felicis expeditionis complementum minueretur*, vt in c. 1. de prohib. feud. alien. per Frider.

Hæc est ratio legis: Ergo si vasallus feodum præsente domino, & nō contradicente alienauerit, omnia cessant incommoda. Primum querela domino nulla esse potest, qui scit & non contradicit. Nec dicere potest se contemptum à vasallo, quod perpendi solet, quando feudum contra Lotharij constitutionem alienatur, vt in c. 1 §. Vasallus. Quæ fuit prima causa benef. amitt. Deinde, nullum damnum sentit: scit enim se nouum vasallum habere, & illius opera vti potest. Denique, seruitia Imperij non diminuuntur, quia præstari à nouo vasallo possunt sicut & ab antiquo. Nihil igitur proponi video, cur alienatio valere non debeat, ne contrahentes, qui in bona fide sunt, & præsente domino celebrant contractum, astuto quodam domini silentio decipiantur. Simplicitas quippe legibus amica est, odio subtilitates nimias habent.

CAPVT LXXXI.

Possitne vasallus, cui dominus dedit potestatem feudum alienandi, partem eius alienare?



SI vasallus à domino licentiam habuerit alienandi feudum, intelligitur habere licentiam totum feudum alienandi. arg. l. Si defensor. §. Qui interrogatus. ff. de interrog. act. Glos. cōmuniter recepta in l. 6. ff. de rei vend. coi adstipulatur. l. Pupillus. §. vlt. ff. de verb. sig. Consequēter etiam partem feudi alienare potest, quia in toto pars inest. l. In toto. de reg. iur. & ex toto rectè ad partem argumentamur. l. Si quis cùm totum. ff. de except. rei iud. Nō enim debet cui quod plus est licet, quod minus est, non licere. l. Non debet. de reg. iuris. Atque ita docuerunt Andreas Isernia, Aluarotus & Præpositus in c. Imperialem. de proh. feudi alien. per Fridericum.

A Sed contrarium sensit Curtius iunior de feudis, par. 4. nu. 143. & apertè docuit Ludolphus Schraderus, parte 8. cap 4 nu. 15. Marinus Frecia de subfeudis, lib. 2. quæst. 6. Aurelius Corbulus de iure emphy. cap 12. Ampliatione 3. nu. 6. quibus & ipse assentior. Fundamentum est illud, quia domini interesse potest, vt feudum nō distrahatur, ac diuidatur inter plures vasallos: sicut enim vasallus nō cogitur plures dominos agnoscere. d. c. Imperialem. §. Præterea ducatus. ita etiam domini interesse potest, ne plures habeat vasallos eiusdē feudi nomine deuinctos, quibus & ipse contrà obligatus etiam sit.

Nec obijciat quis, imò istud esse domino vtilius, quod pro eodem feudo duos vasallos habeat, namque seruitia non sunt præstanda separatim à singulis vasallis, eo modo quo ab vno præstātur, cùm vnum est feodum, sed pro quantitate beneficij moderanda sunt, ita vt quilibet vasallus pro rata, seruitia præstet, vt habetur in extraordinarijs capitulis, apud Cuiacium lib. 4. titu. 77. quem locum B explicaui suprà hoc eodem lib. cap. 54. Quare domini sæpe interesse potest, vt vnum ac plenum seruitium potius ab vno exigat vasallo, quàm vt partem exigat ab vno, partem ab altero vasallo. Et ideo, si consensum præstet alienationi totius feudi, non videtur consentire alienationi partis. Ita sentio.

CAPVT LXXXII.

Vasallus an possit alienare feudum absque domini licentia, cùm ei concessum est pro se, & quibus dederit?



EXistimo feodum ea forma concessum vasallo, alienari posse absque consensu domini, authoritate text. in cap 1. de feudo non habente propriam naturam feudi. Sic enim habet: *Si quis ea lege alicui feudum dederit,* C *vt ipse & sui heredes, & cui ipse dederit, habeant. Respondeo, iste qui sic accepit, poterit id vendere vel donare, vel aliter, si sibi placuerit, etiam sine voluntate domini alienare, &c.* Et hæc est communis Doctorum sententia. Vide Curtium iuniorem in 4. part. nu. 141. Decium cons. 390 nu. 8. Ludolphum Schraderum par. 8. c. 2. nu. 58.

Contrarium Speculator docuit de emphyteusi loquēs, in tit. de locato. §. Nunc de emphyteusi, q. 94. Alex. consi. 106. nu. 4. lib. 4. Laurentius Calcaneus latè in consil. 51 incip Non est dubitandum.

Fundamentum est, quoniam illa verba; *Et quibus dederit*, secundùm naturam feudalis conuentionis & obligationis exaudienda sunt, nimirum, vt feodum nemini detur distrahaturve sine licentia domini. Sic enim iure constitutum est, vt in c. 1. de proh. feudi alien. per Lothariū, & in cap. 1. de proh. feodi alie. per Frider. argum. l. si stipulatus. ff. de vsur. l. si vno. ff. loca. & aliarum legum, quibus probatur verba intelligenda esse secundùm materiam D subiectam.

Sed quid opus est respondere ad illud argumentum, cùm textus, quo communis sententia nititur, tam apertus sit? Dic ad illud brocardicom, non debere locum sibi vendicare, cùm disertis verbis à natura contractus recessum est. In claris enim non est opus coniecturis. Cùm in verbis nulla est ambiguitas, non est facienda voluntatis quæstio. Recedendum à verbis non est, nisi appareat de contraria mente contrahentium. Contractus, & maximè feudalis, ex conuentione legem accipiunt. Et conuentionis siue inuestituræ tenor naturæ præfertur ipsius feudi. Habes pro confutatione vnius generalis axiomatis, multa alia ad rem nostram pertinentia, sed magis inhæreas singularibus legum decisionibus cùm inueniri possunt. Sermones enim generales faciliores sunt: particulares autem sunt veriores, Aristotele teste.

CAPVT LXXXIII.

Si dominus alienationi feudi simpliciter consentiat, an sibi, quoad dominium directum, praeiudicium faciat.

SI dominus simpliciter consentiat alienationi feudi, id est, absque protestatione illa, *Saluo iure directi dominij*, sibi quoad directum dominium, quod habet, praeiudicare, non obscuri nominis Doctores scriptũ reliquerunt. Baldus in l. Dotalem. ff. sol. matr. Alexãder in cons. 189. lib. 2. Andr. Isern. in c. 1. nu. 7. qui successo. teneant. & ibidem Afflict. nu. 20. Afflictus decis. 112. nu 8. & ibi etiam Vrsil. in add. In eandem sententiam inclinat Curtius iunior in 4. par. nu 139.

Sed contrarium docuerunt Zasius part. 9. nu. 35. Iacopinus in verb. & cum pacto. 2. num. 19. & multi alij, quos refert & sequitur Ludolphus Schraderus parte, 8. cap. 4. numero 28.

Fundamentum prioris sententiae est in l. 4 §. 1. ff. quib. mod pign. vel hypoth. sol. Vlpianus: *Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel vt debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari, nisi salua causa pignoris sui consensit, vel venditioni, vel ceteris.*

Fundamentum posterioris est, quia nemo praesumitur iactare suũ. l. Cùm de indebito ff. de Probation. & quia consensus domini in alienatione feudi requiritur, vt valeat alienatio, quantum ad ipsum ius, quod vasallus habet. c. 1. de proh. feudi alie. per Lothar. & c. 1. de proh. feu. alie. per Frider. Ergo non debet in alio nocere domino, nimirum in amissione directi dominij. argum. l. Si vnus. §. Ante omnia. ff. de Pactis.

Mihi magis probatur haec posterior sententia, quae etiam communior est, pro cuius confirmatione perpendo, maximum esse discrimen inter consensum creditoris praestitum debitori, vt rem oppignoratam vendat, & consensum domini vasallo praestitum, vt feudum alienet. Nã feudi alienatio à vasallo fit ea intentione & mente, vt dominium vtile duntaxat in aliũ transferat, illud eum duntaxat habet, non autem dominium directum, & eadem est intentio alterius contrahentis. Ergo non potest videri dominium directum alienatum, quod vasallus non habet, sed solùm vtile quod habet. l. Traditio ff. de acq. rer. dom. & nota iuris regula est, semper esse spectandũ quod est actum inter contrahentes. l. Semper. de regulis iuris. At rei oppignoratae alienatio à debitore fit, vt omne dominium, quod ipse habet, in eum trãsferatur, cui res alienatur, & quia res transit cum sua causa, ideo valet alienatio, & creditori ius hypothecae saluum manet, nisi consentiat, absque iuris sui reseruatione: Nam si simpliciter consentiat, videtur ius pignoris remittere; ideo, quia nullam aliam ob causam consensus requirebatur, nisi vt res libera transiret ad emptorem, eumve, in quem fit alienatio: sed domini cõsensus requiritur in feudi alienatione, vt valeat alienatio, quae alioqui non valet. Ad haec, si creditor consentiens alienationi rei pignoratae, renunciare hypothecae videatur, non tamen amittit ius suum: quia salua ei manet actio personalis aduersus debitorem. At si dominus alienationi feudi consentiens, videatur iuri suo renũciare, amittet ius suum, nec enim vasallum amplius habebit, neque feudum. Ergo lata differentia est. Denique & Lotharius & Fridericus prohibẽtes feudum alienari sine domini licentia, malè dominis consuluissent licentiam dantibus, si deberent ius suum amittere, nisi cautela illa adhibita, de qua adhibenda nihil ipsi statuerunt, studiosè tamen intenti in eam curam, vt dominis feudorum magis consultum esset ob publicam vtilitatem, & ipsorum Caesarum seruitia & necessitates bellicas.

A

CAPVT LXXXIIII.

Si vasallus feudum absque consensu domini alienauerit, & incontinenti recuperauerit, an euadat caducitatis siue priuationis poenam?

VAsallus feudum alienauit absque consensu domini, postea ex continenti recuperauit, vtrum incidat in poenam iure constitutam amissionis feudi, in cõtrouersiam vocatur. Nam poenam eum euadere authores sunt: Afflictus in cap. 1. num. 22. cum sequentibus. Quid iuris, si post alienation. factã vasall. feud. recup. Specul. de emphyteusi loquens in tit. de locato. quaest. 96. Curtius iunior in 4. parte, num. 104. vers. Secundo limitatur. Zasius parte 10. num 4.

Sed contrarium docuerunt Bart. in l. Sequitur. §. Item labeo. ff. de vsucap. Bald in cap. 1. num. 3. de prohib. feud. B alie. per Frider. Alex. ad l. Si à me. 29. ff ad leg Falcid. Ias. ad l. vlt. nu. 135. C. de iure emphyt. Ludolph. Schrader. par. 9. cap. 1. nu. 17.

Ego posteriorem hanc sententiam amplector authoritate tex. in cap. 1. Quid iuris. si post alie. fact. vasall. feud. recup. vbi sic habetur: *Hodie autem, si ipsum alienauerit, siquidem illicitè, licet postea recuperauerit, tamen penes ipsum non remanebit, vtpotè domino ad quemcunque peruenerit apertum.*

Hic textus ex professo argumentum tractat propositę quaestionis, & clarè decidit, feudum penes vasallum non manere, licet postea recuperauerit. Recuperari autẽ põt vel incõtinenti, vel ex interuallo, nõ distinguit inter recuperationẽ incontinenti, vel ex interuallo factam: quã tñ in re, si diuersum ius erat, aequum fuisset distinguere.

Sed praestat argumenta perpendere, quibus contraria nititur sententia. Primum est ex c. Potuit. de locato. ibi: *Nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset.*

C Respondeo, illa verba referri ac pertinere ad moram commissam in solutione canonis emphyteutici, de qua nunc non loquimur. Ex qua non rectè sumitur argumẽtum contra textum iuris feudalis.

Scdm est ex l. Qui possessionẽ 17. ff. de vi & vi arm. Iulianus: *Qui possessionẽ vi ereptam in ipso congressu recipit, in pristinã causam reuerti potius, q̃ vi possidere intelligendus est.* Respondeo, latum esse discrimen, longè diuersam rẽ esse. Quid enim peccat ille, qui possessionem vi ereptam in ipso congressu recipit? Certè nihil, At noster illicitè facit alienando feudum absque licentia domini.

Tertium est ex l. vlt. §. vlt. C. de bonis quae liberis. ibi: *Qualis enim vsusfructus potuit ei acquiri, qui momentarius esse ostenditur, &c.* Respondeo, vsumfructum quidẽ, siue dominium vtile non acquiri per talem alienationẽ, quae momentaria dici potest, sed poenam ex illicito facto non euadere vasallum. Semel enim commissa est: quare non potest domino auferri ius quaesitum.

D Quartum est ex l. 3. ff. de diuor. ibi: *Si breui reuersa est vxor, nec diuertisse videtur.* Respondeo, & hic quoq; non videri alienatam rẽ feudalem, quae breui recuperata est, sed tamen, quia culpa iam commissa est, & feudum domino apertum, non posse ius domino quaesitum auferri.

Quintũ est ex l. Si in lege. §. Colonus ff. locati. ibi: *Quod si paucis diebus prohibuit: deinde pęnitentiã egit, omnia q; colono integra sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet.* Rñdeo, nihil quidem iuris minui domino feudi, si feudum alienatum statim recuperetur. Verùm, quia ex priori culpa pęna est commissa, ius domino quęsitum ex sequenti recuperatione auferri non poterit.

Sextum argumentum est ex l. 4. §. Idem Labeo. ff. de vsucap. *Idem labeo ait, si rem quam apud te deposuerã, lucri faciendi causa vendideris, deinde ex pęnitentia redemeris, & eodem statu habeas, siue ignorante me, siue sciente ea gesta sint, videri in potestatem meam redisse, secundum Proculi sententiam, quae & vera est.* Respondeo, rem quidem in po-

in potestatem dñi videri reuersam ex eo, ꝙ redempta sit, sed tamen dolum in alienatione commissum, rectè coerceri amissione rei, arg. l. 1. §. Si rem. ff. depositi. ibi: *Quia semel dolum fecisti cùm venderes.*

Septimum est ex l. Ex hoc edicto. §. Si quis alienauerit. ff. de alie. iud. mu. cau. fa. Paulus: *Si quis alienauerit, deinde receperit, non tenebitur hoc edicto*. Respondeo, ideo non teneri, quia non efficitur durior aduersarij causa. Potest enim possessorem conuenire, itaque ratio edicti, quę quæ adfertur in l. 1. ff. eod. tit. penitus cessat.

Octauum est ex c. Si quis presbyterorum. de reb. Eccles. non alienan. ibi: *Nisi fortè alienator, & qui acceperit, celeri restitutione sibi prospexerint.* Rñdeo, non si ex æquitate sacrorum canonum anathematis remittitur pœna alienanti res Ecclesiasticas, idcirco pœnam temporalem amissionis feudi vasallo contra leges alienanti feudum remittendam esse. Mitius agunt canones quàm leges, & mitius agendum in pœnis, quæ animá percutiunt, quàm quæ bona temporalia. Sanè textus feudalis duritiem ac seueritatem alienam non esse à iure nostro intelligi potest ex l. Qui ea mente. ff. de fur. ex l. Quid sit fugitiuus. ff. de ædil. edicto & alijs legibus, quibus connectur, ex pœnitentia delicti iam commissi, non desinere quempiam nocentem esse, & pœna dignum, licet ea pœnitentia & Deo grata sit & Reipublicæ.

CAPVT LXXXV.

Alienans feudum absque licentia domini cum clausula, Saluo iure domini, *vel alia cautela, an euadat pœnam iure constitutam?*

NOn assentior illis qui docent, vasallum pœnam priuationis euadere, cùm feudũ alienauit absque dñi permissu, ea clausula adiecta, *Saluo iure domini.* imò nec si adijciatur, *Nec aliter nec alio modo.* Nec. n. verborũ artes valent ad eludendas legũ sanctiones. In primis verba legum, quibus feudi prohibetur alienatio absq; dñi licentia, locum & in hac specie sibi vendicant: Sunt. n. gñalia valdè & præcisa, vt in c. 1. de proh. feu. alie. per Loth. & per Frideri. Deinde ratio illa, pp quam vasallus feudo priuatur, locum ẽt obtinet, quia scilicet dñm cõtemnere vr. c. 1. §. Vasallus quæ fuerit prima cau. benef. amitten. Tertiò, quia ẽt absq; clausula, *illa saluo iure domini*, ius dñi saluum est: Nec enim põt vasallus feudum alienãdo auferre domino ius suum, aut plus transferre in alium, quàm ipse habeat. Tacitè ergo inest illa protestatio, Ergo nihil operatur. l. 3. ff. de leg. 1. Denique ratio, quæ continetur in lege prohibente alienationes feudi, *ne imperij vel dominorum minuatur vtilitas*, vt in d. cap. 1. de prohibit. feud. alien. per Loth. & per Frid. ad hanc nostram speciem extendit se; quia minuitur imperij & dominorum vtilitas; hoc modo. Imperatori necessaria est opera vasalli atque seruitiũ. Feudum ille non habet: Alienauit enim. Nouus vasallus vel non adest, vel nescitur, vel idoneus non est: Minuitur vtilitas imperij, quia nemo præstat seruitium.

Quod si alienetur feudum sub ista conditione, si dominus consenserit, si ratam alienationem habuerit, ita vt sit conditionalis alienatio, non autem quæ sub conditione resoluatur, quod & alibi Iurisconsultus distinguit in l. 2. ff. de in diem addict. hoc in casu, si domini non interfit, aliud statuo: Tunc enim est perinde ac si ab initio consensus domini adhibeatur. Retrotrahitur enim. arg. l. vlt. C. ad Maced. Et si non consentiat dominus, nihil valet alienatio: Itaque nõ impugno hanc cautelam, sed priorem. Si non ijs erit contentus lector, aliorum sententias exquirat. Legat Curtium iuniorem in quarta parte, nu. 112. Rolandum à Valle cons. 51. lib. 2. Thom. Gram. decis. 49. Felin. in cap. Quæ in Ecclesiarum. num. 84. de constitut. Isti alios indicabunt, ex quibus sitim explere poterit.

CAPVT LXXXVI.

Vasallus alienans feudum sine licentia domini, & constituens se nomine emptoris illud possidere, non facta reali traditione, an in pœnam incidat amissionis feudi?



Ommunis est & vera sententia, feudum cadere in commissum, si fuerit à vasallo alienatum absque domini permissu, licet possessio realis tradita non sit, sed tm̃ vasallus cõstituerit se eius nomine possidere, in quẽ feudum alienatum est. Vide Zasium par. 10. nu. 8. Tiraquellum de iure constituti, par. 3. limit. 26. num. 5. Rolandum à Valle in cons. 51. lib. 2.

Fundũ est firmissimum, quia is dicitur possidere, cuius nomine possidetur l. Quod meo. ff. de acq. possess. cap. Si diligenti. de præscript. c. Cùm venisset. de restit. spol. Quare res non manet in dñio venditoris vasalli, sed in eum transfertur, qui emit, vel alio titulo feudum accipit, & possidere intelligitur. Nihil ergo proponitur, cur vasallus feudum non amittat, ex lege tam Lotharij, quàm Friderici, tit. de prohib. feud. alien. Fecit. n. vasallus contra legem. Ergo incidet in pœnam legis: Nec eam potest euadere, sicut qñ rem non tradidit, quasi tunc alienata fuisse non videatur. l. alienatum. de verb. sign. quæ communis & iusta quædam interpretatio est. Hoc, inquam, velamento defendi non potest, quia dum constituit se alterius nomine possidere feudum, tradere videtur. Is enim possidet, cuius nomine possidetur, vt dixi.

Contrarium docuerunt Afflictus in c. 1. num. 9. Quid iuris. si vasall. post alien. fact. feud. recup. Curtius iunior in 4. par. nu. 104. Guido Papæ decis. 101. Ripa in c. Cùm M. num. 80. de constit. & alibi. Ludolphus Schraderus alios adferens, par. 9. cap. 1. nu. 34.

Primum argumentum sumitur ex nõnullis textibus, quia traditionem verè factam supponere videntur. c. 1. ibi: *Ad quemcunque peruenerit.* tit. Quid iuris. si post alienation. factam vasallus feudum recup. c. 1. §. Præterea. de capitulis Corradi. ibi: *Alienationes factas nulla obstante præscriptione reuocare.* c. 1. ibi: *Omnibus beneficijs suis exutos, &c.* de prohib. feudi alie. per Lothar. cap. 1. §. Callidis. de proh. feudi alie. per Frid. ibi: *In alios transferunt, &c.* Respondeo, etiam in proposita facti specie verba ista verificari posse, quia vt dictum est, is dicitur possidere, cuius nomine possidetur. Ergo feudum verè alienatũ est, & in alium translatum, quantum ad ipsius vasalli voluntatem & conatum: licet incidat in commissum, & dominus, si voluerit, feudum vendicare possit.

Secundum argumentum est, quia nullius momenti est alienatio, lege prohibente facta. l. Non dubium. C. de legib. Ergo per constitutũ adiectum vera possessio transferri non potest, etenim nullius momenti est, cùm principalis contractus non subsistat. l. Cùm principalis. de regulis iuris.

Respondeo, nullius quidem momenti alienationem factam esse, neque constitutum, sed non propterea pœnam commissi, siue amissionis feudi euitari posse. Vtrumque enim lex statuit, vt nec valeat alienatio, & feudum amittatur, libereque ad dominum reuertatur, vt patet ex d. c. de prohib. feud. alie. per Lothar. & per Frider.

Tertium argumentum est, quia actus nullus & inutilis pœnam non meretur. l. 1. §. vlt. ff. quod quisque iuris. l. Non putauit. §. Non quærunt. ff. de bono possess. contra tab. l. 5. §. Si quis contra. ff. de leg. præstan. l. 6. ff. ad legem Cornel. de falsis. Respondeo, frustrà hoc inculcatur brocardicũ, cùm lex apertè alienationem feudi sine cõsensu domini factam infirmet, & simul pœnam statuat amissionis feudi. Dixi brocardicum esse, quia & alias contrarium responderi solet, nimirum ex actu nullo pœnam infligi posse. Vide Bald. ad l. Non dubium, col. 5. C. de legibus. Tiraquell. de retractu cõsang. §. 26. Glos. 1. nu. 8. &

 de legib.

de legibus Conub. Glos.8.vers. De Son Mary.num.107.

Postremum argumétum est à simili. Si quis rem alienam scienter alteri vendit & tradit, furtum committit, & in pœnam incidit, secus si alterius nomine constimat se possidere, vt tradit Arennus in l.3.§.Si rem apud te.ff. de acq.possess.& alibi. Respondeo, hanc doctrinam iure non probari, contrarium docere Salicetum ad l. Si seruum vestrum.C.de Furtis.& ad rem nostram non pertinere, in qua certo iure vtimur, quo constitutum est, vasallum absq; permissu domini feudum alienantem illud amittere. Hic verò alienat,& quantum in se positum est etiam tradit possessionem. Ergo pœnæ locus est.

CAPVT LXXXVII.

Vtrum vasallus feudi amissione seu priuatione dignus sit, si annuum censum domino præstare cessauerit?

SVnt quædam feuda, pro quibus ex conuentione domino præstari solet census annuus. Vnde quæritur, si vasallus in solutione cessauerit, an cadat iure suo? Variæ ac diuersæ sunt interpretum sententiæ. Prima, cadere à iure suo vasallum in solutione cessantem, cuius hæc ferè argumenta sunt. Primum ex cap. 1. §. Sed non est alia, quæ fuerit prima cau. benef. amitten. *Sed non est alia*, inquit text. *iustior causa beneficij auferendi, quàm si id propter quod beneficium datum fuerit, hoc seruitium facere recusauerit, quia beneficium amittit*, loquitur text. generaliter, *de seruitio propter quod feudum datum est*, quam ob rem tam de personali, quàm de reali seruitio accipi potest.

Secundum, quia donatio reuocari potest, si pacta non seruentur.l.vlt.C.de reuoc.dona. Ex eademque causa feudum auferri posse videtur ex §. Prædictis modis.quæ fuerit prima cau.benef.amitten. Ergo, si hoc pactum non seruetur, quo census annuus præstari debet, feudum meritò auferri poterit.

Tertium, quia summus Pontifex hanc inter alias culpas Imperatoris Friderici cómemorat, ob quas eum feudo priuauit.in c.Ad Apostolicæ, de re iud.lib.6.ibi: *Posset etiam meritò reprehendi, quod annuam pensionem, in qua pro eodem regno ipsi Ecclesia Romana tenetur per nouem annos & amplius soluere prætermisit.*

Quartum, quia cùm ita in emphyteuta sit constitutũ, vt patet ex l.x.C.de iure emphy. & in c.Potuit.de locato: nec non in conductore. l. Quæro. §. Inter locatorem.ff. locati. Nec contrarium libris feudorum sit constitutum, videtur iure communi vtendum etiam in feudis, cap. 1. de feudi cognit.

Atque ita docuerunt Innocen. in dicto cap. Ad Apostolicæ, Baldus in cap. Quæ in Ecclesiarum. de constit. Curtius iunior in 4.parte, nume.78.79. Alexander cons. 11.libro 5.Laurentius Siluanus in cons.42. nume.9.vers. Tertius casus est.

Contrarium docuerunt Speculator tit. de Locato. §. Nunc de emphyteusi, quæst. 85. Alexander alios citans in cons.9. nume.2.3. lib.3. alios multos citat Siluanus in cons.42.numero 1.& post eum Ludolphus Schraderus, parte 9.cap.6.nu.75.

Argumenta sunt ista. Primum, quia nulla feudali lege cautum est, vasallum cadere suo iure, ob non solutionem census: cùm tamen aliæ causæ diligenter enumerentur priuationis feudi, in titu. quæ fuerit prima causa benef. amitten. Ergo nec à nobis statuenda est. §.Cùm igitur.in Auth. De non eligendo secundo nuben.

Secundum est ex cap.Licet.si de feudo controuers.fuerit inter dom.& agnat.vbi.*Licet vasallus seruitium domino non offerat quantocunque tempore steterit, dummodo domino petenti seruire paratus sit, beneficium non amittit.* Igitur & idem respondendum est de annuo censu, si non fuerit ad soluendum interpellatus vasallus, eũ non amit-

A tere feudum, licet in solutione cessauerit.

Tertium, quia licet ita cautum in emphyteusi sit, vt non soluens per triennium, iure suo cadat, vel per biennium, si Ecclesiæ canon debeatur, cap.Potuit.de locato. l.2.C.de iure emphyt.tamen id cùm pœnam contineat, extendi non debet ad feudum. argum. cap.Statutum.de elect.lib.6.

Quartum, quia in censuario receptum est, vt non cadat à iure suo, licet per longissimum tempus censum soluere neglexerit, vt not.in c.Constitutus.de relig. domib. Ergo idem statuendum de vasallo, qui feudum tenet, & non soluit censum annuum.

Quintum, nam contractus non rescinditur iam consummatus & perfectus ex eo, quod alter nó adimpleat, sed cogi potest ad implendum.l. Iniuile. C. de rei vend. l.Non idcirco.C.de rescin.vend.

Tertia est sententia sic distinguens. Aut pro feudo pręstari debet pensio, id est, annuus census duntaxat, aut si-
B mul cum pensione etiam fidelitas præstanda est. Priore casu vasallus ob non solutum censum feudum amittit. Posteriori non item. ita Aluarot.in cap.1.§.Sed nec alia. quę fuerit prima causa benef.amitten Ratio est, quia hoc posteriori casu feudum principaliter non datur propter pensionem, sed propter fidelitatem. Ergo & si pensio nó præstetur, non est vasallus feudo priuãdus. Priori autem casu datur principaliter propter pẽsionem siue censum, ideo si non soluatur feudum, amitti debet. Hanc distinctionem Afflict.sequitur, moderatione tamen hac adhibita, si vasallus requisitus fuerit in c.1. §. Sed nec alia nu. 109.Quæ fuerit prima cau. benef. amitten.

Quarta est sententia Martini Laudensis in cap.1. De his qui feudum dare poss. aliter distinguens. Aut census annuus promittitur ac debetur à vasallo in signũ honoris & subiectionis, vt puta si præstetur ensis, vna libra piperis, accipiter, & simile quid exiguum, & tunc ob cessationem vasallus feudum nó amittit. Aut census magnus
C præstari debet, qui videtur quodammodo respondere fructibus feudi, & tunc feudum amittitur, quia tunc apparet feudum esse concessum propter censum, sequitur hanc distinctionem Curtius iunior parte 4. numero 79. vers.Limitanda. nec non Albertus Brunus in consil.41. in 2.dubio.

Quinta est sententia Iasonis in præludijs feudorum, numero 64. is (omitto primum membrum distinctionis illius, quia non est ad rem) distinguit inter pensionem minimam, quæ datur in signum honoris & subiectionis vasalli, & magnam. Priore casu putat vasallum non esse feudo priuandum, licet non soluat etiam interpellatus. Posteriori casu iterum distinguit, aut pensio est maior personali seruitio: & tunc quia videtur propter eam principaliter concessum feudum, si non soluat, cadit feudo. Aut minor est seruitio personali, & tunc aliter est statuendum, quia videtur principaliter consideratum fuisse seruitium; ac proinde non debet feudum amitti, licet
D pensio non soluatur.

Ego ex his omnibus sententijs eligo secũdam opinionem, tanquam iuri magis consentaneam. Nam reuera magni ponderis est argumentum illud, quod cùm iure feudorum multæ sint causæ expressæ, quibus vasallus feudo priuetur, nullibi tamen expressa est hæc causa, vt priuandus sit vasallus feudo propter non solutam pensionẽ siue censum: Sed nec causa ista cessationis in soluendo censu similis est expressis causis, vel illis maior. & quod maximè perpendo, non est causa ob quam feudum dari solet: nisi quis feudum impropriè accipiat pro emphyteusi: sed fidelitas est illa, quæ vasallo incumbit ex concessione beneficij, ac feudi; vt non parum miratus sim, distinctionem illam tertiæ opinionis in illo membro, quo non fidelitas præstanda est, sed tantùm cẽsus: quia fidelitas est ita feudo substantialis, vt remitti non possit, quin contractus meritò aliud nomen, aliamq; induat naturã. Obseruandum est igitur nullius momenti esse prioris

sententiæ

sententiæ argumenta. Nam tex. in d.§.Sed nec alia.non A de solutione census annui loquitur, sed de pręstatione seruitij, quam vasallus recusat Nusquam autē toto iure feudistico censum & pensionem *seruitium* appellatum animaduerti. Nec simplex negligentia vasalli punitur eo in loco feudi amissione, sed denegatio ac recusatio seruitij; conuenienter textui, c.licet.si de feudo defuncti contentio sit inter dom.& agna.defuncti. Quamobrem nullius momenti illud argumentum esse videtur.

Ad argumentum illud, quod dicitur, donationem reuocari posse, si pacta non seruētur, respondeo, non rectè ad rem nostram induci, quia pacta quæ concessioni feudi adijciuntur in fidelitate consistunt, quam si non præstet vasallus, meritò priuandus est feudo. Pactum autem annui census non est causa concessionis feudi, nec facit vt feudum videatur sub modo quodam siue conditione datum & concessum, sicut in donatione: nam is cui donatur, nullum præstare aliàs seruitium fidelitatis tenetur: ideo si pacta non obseruet, quibus se obstrinxit, reuo- B catur donatio: summa ratione, ne donatas res accipere, & liberalitatem irridere donatoris videatur. At vasallus dicet se paratum esse ad seruitia præstanda, si fuerit à domino requisitus, in qua re principaliter consistit eius obligatio & onus. Nec tex.in d.§.Prædictis modis, dicit feudū amitti ex illis causis, ob quas donatio reuocari potest: sed hoc dicit, prædictos modos qui superius enarrati sunt amissionis feudi, iuri & rationi consentaneos esse: idque ex causis, ob quas filij exhæredari possunt, & donationes reuocari perspicuè ostendi posse: sunt enim multæ causæ exhæredationis liberorum, & reuocandę donationis, vel eędem, vel similes ijs, ob quas feudum amittatur: sed non idcirco infertur ex omnibus causis, ob quas donatio reuocari potest, etiam feudum amitti.

Tertium autem argumētum potius confirmat nostrā hanc sententiam quàm contrariam. Nam summus Pontifex in d.c. Ad Apostolicæ. dicit reprehensione dignum fuisse Fridericum, qui tanquam vasallus, censum non pręstiterat per annos nouem, non autem priuatione feudi ob eam causam dignum, sed ob alias iustas causas, quas ibi commemorat: inter quas istam quoque adnumerasset, si non potiùs ad reprehensionem, quàm ad priuationem pertinuisset.

Ad quartum argumentum notandum est, in his quæ iure feudali decisa non sunt, vtendum esse iure communi: quando sunt penitus omissa, nec tacitè vel expresè decisa. Cæterùm in materia nostra non est opus ad ius commune refugere: quoniā causæ, ob quas feudum amittitur, expressæ constitutæ sunt, & declaratæ in libris feudorum, quamobrem tacitè cautum, ac per consequentiā videtur ex alijs causis, non similibus, nec maioribus expressis feudum non amitti. Sed hæc causa, qua de agitur, nec expressa est inter alias, nec alijs expressis aut maior est, aut ijs comparanda. Ergo iusta causa amissionis feudi non est.

De tertia opinione iam dixi, illud membrum distin- D ctionis peccare, quo supponitur feudum esse sine fidelitatis onere & obligatione. Quarta autē sententia in priori articulo, distinctioni nostræ conformis est. In posteriori autem ideo peccat, quod vix tale feudum reperias, quod & seruitium exigat personale, & magnam pensionem annuam. Si tamen reperiatur, eò magis vasallo succurrendum puto, quò maiori pressus est onere: nec puto si fidelitatis seruitia præstare non recuset, feudum illi auferendum, licet negligens fuerit in solutione census: quia illa est minus principalis, quàm personale seruitium: sicut persona rebus antecellit.

Quæ responsio sufficit ad confutandam quoque Iasonis distinctionem, quæ malè proponit nobis feudum, in quo maior sit ratio habenda census annui, quàm seruitij personalis: Id enim rarò accidere potest, & naturæ feudi maximè repugnat, in quo præcipuè fidelitas spectari solet.

CAPVT LXXXVIII.

Si vasallus vltra fines dati feudi. per errorem facti, aliquid præscripserit, postea feudo ad dominum reuerso, an etiam pars alterius præscripta, ad dominum pertineat?

NEgat Baldus ad dñm pertinere in cap. Rursus. nu.6.controuer.inuestiturę, refert & sequitur Curtius iunior, par.4 num.90. Baldus de Præscript.4.par.4.partis princip.q. 12. princip.q. 5. nu.14. Fundamentū est, quia vasallus nō pręscripsit illud, quod vltra confines erat vigore tituli, quem à dño suo habuit, tunc enim in consequentiam tituli, ad dñm res præscripta pertineret, sed præscripsit ex errore facti; & adfertur pro argumento textus in l. Debitor. §.vlt. ff.ad Treb. in illis verbis: *Quia non quasi hæres, sed quasi mater accepit: nec occasione hæreditatis, sed errore ex pacto habuit.*

Contrarium docuerunt Martinus Laudensis, in d. §. B Rursus.de cōtrouersia inuest.& alij quos refert & sequitur Ludolphus Schraderus, 2.par. 9.partis princip. sectione 2.nu.6.7. Et hæc sententia mihi placet.

Probatur, qm̄ pscriptio est accessoria tituli, & ideo eū sequitur, ad quē titulus reuertitur. l.Si alienā. l. Qui alienā: ff.de don.causa mortis. l. Iure succursum. § Si pater. ff.de iure dotiū. l.Indebiti. §.Sed & si nummi.ff.de cōd.indeb. l.Is qui alienum.ff.de solution.notat speculator ti.de Emphyteusi, q. 55. Iason ad l.2 nu.159.C.de iure Emphyt.

Non obstat argumentum contrariæ sententiæ, quia negari potest id quod assumitur in eo, nimirū præscriptionem hoc in casu, non ex titulo proficisci, sed ex errore vasalli præscribentis: Nam licet nō immediatè procedat ex titulo, procedit tm̄ occasione tituli; Si enim vasallus nullum titulum haberet, error facti non ei prodesset ad vsucapionē longi temporis: quia requiritur bona fides, & iustus titulus verus vel putatiuus, originem habens ex errore facti iusto. l.Celsus. ff. de vsucap. Illud argumentū ni- C hil mouet, quod sumebatur ex l Debitor. §.vlt.ff.ad Trebel. Quia ibi mater dotem consequitur ex pacto tanquā mater, non aūt tanquam hæres, licet pactum nō valeret, quia filius matri nō poterat pacisci dotem reddi. Sed error adiudicationis factæ per arbitrum familiæ herciscundæ matrem defendit: Erat autem rogata hæreditatem restituere: quare id quod non occasione hæreditatis, nec tanquam hæres habuit, restituere non cogitur. In facti specie à nobis proposita vasallus occasione tituli vsucepit rem alienam vltra confines, eidem suffragante iusto errore facti. Arbitrabatur enim eo vsque feudum pertinere, quo vsque possidere cepit. Quod si proponatur vasallum aliquid vltra feudi terminos præscribere, non vt vasallum, sed vt extraneum ex alia causa vel titulo, quàm feudali, quia tunc non occasione tituli præscriptio inducitur, priori sententiæ facilè assentior.

CAPVT LXXXIX.

Si vasallus, cui datum est castrum in feudum, absque iurisdictione, acquisiuerit iurisdictionem suis sumptibus & industria, an extincto iure ipsius feudi, ad dominum reuertatur castrum, cum iurisdictione acquisita?

CAstrum absque Iurisdictione datum est in feudum, vasallus emit Iurisdictionem. Feudū ad dominum reuertitur generatione finita, vtrū etiam cum iurisdictione reuertatur, Baldus & Aluarotus responderunt, non reuerti cum iurisdictione, in cap.1.§.E contrario.de inuestitura de re aliena facta, Ruinus in cons.14. lib.1. Clarus §.Feudum.q.88.in fine. Sed contrarium docuit Præpositus in d. §. E contrario: quem secutus est Augustinus Berous, q.96.

Omnis difficultas pendet ex d. §. E contrario. cuius verba hæc sunt: *E contrario autem si quid feudo à vasallo additum sit, si quid ē tale adiectum sit, quod per se subsistere*

possit, id est, vt per se censeatur, vt prædium, id non accrescit feudo. Si verò per se non possit subsistere, vt seruitus, plerisq; placeat feudo accedere, & sicut partē feudi disponendā esse. Meliorē namq; conditionē feudi facere pōt, deteriorem verò sine domini voluntate, vel eorum agnatorum, ad quos per successionem feudum pertinet, facere non potest.

Qui negant iurisdōnem ad dñm reuerti, hoc perpendunt, Iurisdōnē per se consistere posse, ac per se censeri, vt prędium, quia fieri pōt, vt alius iurisdictionem habeat in castro, alius autem dñs sit castri, vt mœnia castri, atq; adeò ipsius dominium ad alium pertineat, ad alium verò Iurisdictio ipsius castri, & in ipso castro. & hoc ipsum quæstio supponit, dum proponitur datum in feudum castrum absque iurisdictione, & postea vasallum ab eo, cui competebat emisse, aut alio titulo accepisse.

Qui verò affirmant, castrum simul cum iurisdictione ad dominum redire, iurisdictionem seruituti æquiparāt: sicut enim seruitus inest castro, ita & iurisdictio, nam sine castro intelligi non potest, quempiam in castro iurisdictionem habere.

Sed vereor vt ista cōparatio seruitutis et iurisdōnis bona sit. Seruitus.n. per se consistere nō pōt; hoc est, nemo pōt seruitutis ius habere in castro, nisi etiam castrum habeat: Realis enim seruitus sine prædio constitui non potest. At quempiam iurisdictionem in castro alterius habere id & fieri, & facilè intelligi potest. Inest ergo iurisdictio castro, seu territorio *passiue*, vt loquūtur doctores quos refert Hierony. à Monte de finib. c. 10. nu. 16. quia nisi castrum sit, iurisdictio non est, quia in castro exercetur, sed non per omnia inest, cùm alius castrum obtinere, alius iurisdictionem in castro possit. quare negantis sententiæ me socium haud grauatim adiungo.

CAPVT XC.

Si vasallus propter culpam feudum amittat, & ad dominum reuertatur, an quascumque meliorationes amittat, quæ per se consistere non possunt?



NOn puto dñm lucrari posse, cùm vasalli iactura grādes meliorationes feudo adiectas, ex quibus eius precium auctum est, quęque extraordinariæ dñr, quia non tenet eas facere vasallus, ex lege feudalis cōuentionis ordinaria. Neque.n. iustum est, quemquā locupletari cum aliena iactura. l. Nā hoc natura. ff. de cond. indeb. l. Iure naturæ. de reg. iur. Sic videmus coloniī culpa sua expulsum, sumptus vtiliter factos in vineis instituēdis repetere posse, pp quas denis amplius aureis annuis locari ager poterat, cum lege locationis comprehensum non esset, vt vineas poneret. l. pen. l. Dñs. §. 1. ff. locati. Quid plurib. opus est? Etiam malæ fidei possessor hmōi sumptus repetit. l. Planè. ff. de petit. hæred. Sic docent Bald. in §. Adeò inst. de locato. Arius Pinel. ad l. 2. parte 2. cap. 3. num. 9. C. de rescind. vend. Menoch. de recup. rem. 15. nu. 504.

Sed contrariū voluit Guido Papæ decis. 169. & 438. Berous, q. 96. post nu. 4. Ludolphus Schraderus alios citans, quorum tamen multi nō loquuntur in terminis nostris, in 2. parte 9. partis princ. sect. 2. num. 16. 17. Horum fundamentum est in l. 2. C. de iure emphy. vbi emphyteuta amittit meliorationis sumptus, quando ob canonē non solutum cadit iure suo. *Nulla est*, inquit textus, *in posterum allegatione nomine meliorationis, vel eorū quæ emponemata dicuntur, vel pœna opponenda.*

Et inter alios Schraderus perpendit his verbis, emphyteutam repelli à petitione quarumcunque meliorationum, quia textus dicit, *meliorationis vel eorum, &c.* Quare non solùm emponemata non repetit, sed nec etiam alias quascunque meliorationes, siue magnas, siue paruas, quia verba legis generalia sunt, omneque meliorationum genus comprehendunt: Et ideo ob culpam commissam iure permissum videtur, alium cum alterius A iactura locupletari. Nam quod quis ex culpa sua damnū sentit, non intelligitur damnum sentire. l. Quod quis. 203. ff. de reg. iuris.

Verùm ista nō me remouent à priore sententia. Nam quod attinet ad l. 2. C. de iure emphyt. non ille sensus est, minimè audiendū emphyteutā allegantē eiusmodi meliorationes magnas, qbus fundus pluris efficitur, & quas ex lege cōtractus facere nō tenetur, sed allegantē meliorationes, quæ emponemata dñr: illa enim dictio, *vel*, non significat emponemata à meliorationibus differre, sed vnā & eandē rem esse in ea lege, & quasi synonyma, ac si diceret nulla allegatione in posterū opponenda nomine meliorationis, siue eorū, quæ emponemata dicūtur, quasi meliorationis verbum generale, explicetur ex adiuncto verbo emponemans. Sunt enim emponemata meliorationes, quibus scilicet res sterilis excolitur, conseritur, & melior efficitur, secundum naturam contractus emphyteutici, quarum meliorationum ius acquirit ipse emphy- B teuta, vt declarat tex. in l. 3. C. de iure emphy. ibi. *Cùm dubitabatur, vtrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quæ græco vocabulo emponemata dicuntur, alienare, &c.* Dictionem autem, *vel*, aliquando expositiuè accipi demonstrat. l. Si familia. & ibi Duarenus notat. ff. de iurisd. om. iud.

Quod verò dr, vasallū in culpa esse, & ideo damnū sua culpa sentire, verùm est eatenus, vt dño feudū aperiatur, non ēt vt ædificia, & alias magnas meliorationes vtiles, quas facere tenebatur, amittat. Est enim in culpa ēt possessor malæ fidei, & nihilominus vtiles sumptus repetit. d. l. Planè. In culpa ēt colonus est, qui debitā mercedē & pensionē non soluit, & nihilominus sumptus huiusmodi repetit, vt in d. l. pen. & d. l. Dñs. §. 1. ff. locati. Benignius ergo & ęquius est, vt vasallus cōsequatur sumptus meliorationis. iuxta text. in §. Si vasallus. Hic finitur lex, &c. Quanquā nō ibi agatur de feudo ob culpā ad dñm reuerso: quia eadē est æquitatis rō, quod erat à cōtrariæ senten- C tiæ fautoribus diligētius pensitandum, quia hæc est iustitia, vt suum, cuique tribuatur, non id quod est alterius, vt pœnæ interpretatione moliantur, ęquitas postulat, vt nemo ex aliena iactura locupletetur, naturalis ratio docet.

CAPVT XCI.

Si meliorationis sumptus à vasallo factus liquidus non sit, & dominus fideiussorem dare paratus sit de sumptibus ei facta liquidatione soluendis, possitne feudum vendicare.



SEd rursus cōtrouertitur. Feudo ad dñm deuoluto, vasallus vel hæredes illius illud retinere volūt, donec sumptus meliorationis à dño soluatur: Dñs fideiussorē offert de soluēdo facta liquidatione, an feudū vendicare possit? Nō pōt hæc con- D trouersia iuribus feudalibus definiri, sed cōfugiendū ad ius cōmune. Paulus Castrensis in cons. 270. lib. 2. non tñ de feudo verba faciens, respondit, prius esse restituendos sumptus, licet liquidi non sint, nec fideiussorem oblatum prodesse, idem respondit Ruinus in cons. 84. circa finem lib. 1. Tiraquellus de retractu cōuent §. 7. Gloss. 1. nu. 13. Menochius de recuper. possess. remedio 15. n. 568. & seq.

Sed contrarium docuerunt Andreas Siculus cons. 36. nu. 32. lib. 2. Neguzant. de Pignorib. 4. p. 5. partis princip. cōclus. 3. Socinus iunior cōs. 62. nu. 67. lib. 1. Gozadinus cons. 100. nu. 21. Benintendus decis. 77. Marzarius de fideicommissis par. 3. q. 66. & in terminis vasalli alios citās Schraderus par. 2. partis 9. princip. sect. 2. nu. 31.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. Item liberatur. §. 1. ff. quibus mod. pigno. vel hypo. sol. in l. 10. ff. de pigno. act. in l. Promissor. §. vlt. ff. de constit. pecun. in l. 4. § Ait Prætor. ff. de re iud. l. 5. in fine. ff. de statu lib. quibus legibus hoc cōstitutum est, eum qui soluere tenetur, non

esse

eſſe audiendum ſi velit fideiuſſorem dare.

His accedit quod leges concedunt retentioné rei pro ſumptibus factis.l.Si in area.ff.de cond. indeb. l.In fundo.ff.de rei vend.l.pen.ff.locati. neque excipiunt eũ caſum quo quantitas ſumptuum liquida non ſit.

Poſterioris autem ſniæ, quam veriſſimam puto, præclarum eſt fundamentum in l.5.ff.de ſtatu liberis. Pomponius: *Statu liber rationem reddere iuſſus, reliquum quod apparet ſoluit, de eo quod obſcurius eſt, ſatis dare paratus eſt. Neratius & Ariſto rectè putant liberum fore.* Idem docet text.in l.Seruus ſi hæredi.§.vlt.ff.eod.tit.

Hoc igitur in caſu ſatisfactio pro ſolutione eſt, vt & aliàs ſæpe.l.Satisfactio.ff.de ſolu.l.Solutionis.ff.de verb. ſign. Ne ius liquidum & certum, nimirum iuſta vendicatio feudi retardetur ex illiquida exceptione ſiue petitione ſumptuum, argum.l.vlt.C.de compenſatio.

Et omiſſis ijs regulis, ratio iuſtitiæ hoc poſtulat, vt feudum domino reſtituatur oblato fideiuſſore de ſumptibus reſtituendis. Nam per dominum nõ ſit, quo minus ſumptus poſſeſſori refundantur; cùm eorum quantitas incerta ſit, & obſcura. Rurſus cur deberet vaſallus feudũ retinere? nunquid vt eius lucro fructus cederent? At iam ad dominum pertinere cœpit, ergo iniquum eſt, rei ſuæ eũ fructibus carere. l. Et ex diuerſo §.1.ff. de rei vend. An retinebitur feudum loco pignoris pro cautione vaſalli, donec ſoluantur ſumptus? at iam cautum illi eſt fideiuſſoribus datis. Fruſtrà ergo, inutiliter, feudum retineret; Hoc autem iuſtitiæ conſentaneum non eſt, non magis, quàm vt alienum quis iniuſtè detineat.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, leges citatas loqui cùm ſolutio facienda eſt certę ac liquidę quantitatis pecuniæ; Non obſtat quod opponitur, retẽtionem rei generaliter permitti, donec ſumptus meliorationis reſtituantur. Id enim ita accipiendum eſt, vt iuri non aduerſetur, æquitati non repugnet, & neminẽ iniuſtè lædat, ius ſuum nemini auferat, vt rationi ſit conſen- C taneum. Sic erit igitur accipiendum, vt ſi quantitas pecuniæ meliorationis nomine ſoluendæ certa ſit, illa debeat reſtitui, nec ſufficiat alia ſatisfactio abſque conſenſu poſſeſſoris. Cæterùm, ſi incerta ſit & obſcura quantitas, non ſit impediendus rei dominus, quò minus rem ſuam conſequatur, ſi eo nomine ſatisdare paratus ſit. Ita Iuriſconſultus docet in d.l.5.ff.de ſtatu lib. Si principium cum fine reſponſi coniungatur.

Quamobrẽ nec illis aſſentiri poſſum, qui exiſtimãt nõ prodeſſe ſatiſdationem eo caſu, quo iudicis ſententia iubetur dominus meliorationis ſumptum reſtituere, licet non ſit liquidus. Etſi enim iuſſus ſoluere non liberetur datis fideiuſſoribus l.4.§.Ait prætor.ff.de re iud. id tamẽ accipiendum eſt cùm certa quantitas pecuniæ ſoluenda eſt, non autẽ incerta & obſcura, vt colligi poteſt ex d.l.5. ff.de ſtatu lib. nec ſolus ſum in hac ſententia contra Caſtrenſem in d.conſi.270.lib.2. & alios qui eũ ſequuntur, inter quos Burſatus conſi.184.nu.57.lib.2. quia idem an- D te me docuerunt multi alij, quos refert & ſequitur Ripa ad l.4.§. Ait Prætor, nu.7.ff.de re iud. qui cùm debitum liquidum non eſt, condemnatum ad ſoluendum liberari datis pignoribus vel fideiuſſoribus docuerunt.

CAPVT LXCII.

Sitne feudum vaſallo tacitè obligatum, ob meliorationes in eo factas.



DIſputari etiam poteſt, vaſallo competere tacitam hypothecam in feudo ob ſumptus meliorationis factos, ex ijs, quę tradit Ripa ad l.Vbi purè.§.vlt.nu.2.adducta.l. Interdum. Cũ.l.ſeq.ff. qui potiores in pig.habean. Rurſus non competere, ex ijs, quę docet Aretinus ad l.Si quis rem.ff.de acquir.poſſeſſ. ad finem, quem refert & ſequitur Pariſius in annotationibus ad Bart. in l. In fundo.ff. A de rei vend. Vel diſtinguendũ eſſe cũ Ludolpho Schradero par.2.9.partis princip.ſectione 2 nu.49. inter ſumptus qui fiunt pro reficiendo vel conſeruando opere iam facto, & eos qui fiunt pro nouo opere extruendo. Priore in caſu tacitam hypothecam vaſallo competere, poſteriori non competere. Sed magis eſt, vt putem, nõ competere tacitam hypothecam vaſallo pro huiuſmodi ſumptibus, nulla diſtinctione adhibita. Nam tacita hypotheca eſt quoddam iuris priuilegium, quod à nobis ſine legis authoritate ſtatuendum, atque inducendũ non eſt. Nulla verò lex adfertur, quæ tacitam vaſallo hypothecã tribuat. Nam l.1.ff.in quib.cau.pig. tacitè contrah. loquitur de mutuante in refectionem rei, vt patet ex illis verbis: *Pignus Inſulæ creditori datum, qui pecuniam ob reſtitutionem ædificij extruendi mutuam dedit.* In eundẽ modũ loquitur.l.5.ff qui potiores in pign.habean. illis verbis: *Vt puta, ſi in rem ipſam conſeruandam impenſum eſt, quod ſequens credidit.* Fateor pro ſumptibus retentionẽ compe- B tere, quaſi ea res loco pignoris fuerit.l.Si i area.ff.de cõd. indeb.l.Creditoris.§.vlt.ff.de furtis. Et hoc fortaſſis aliquos feſellit, vel potius illud, quod de creditoribus pecunię in refectionem & conſeruationẽ rei conſumptæ veteres iuris authores tradiderunt: hęc ad vaſallum, qui feudum poſſidens, ſumptus fecit, non ſunt extendenda. Nec rectè quiſpiã argumẽtari poteſt ex eo, quod ſcribit Cuiacius lib.19 obſeruat. c.20. Si quis ceſſante dño vltrò ſuis ſumptibus ædificiũ reſtituerit, idẽ priuilegiũ exactionis habere, cũ tacita hypotheca, ex oratione D.Marci & Senatuſcõſulto poſt eã ſecuto, iux.l. Cùm duobus aliàs eſt. l.Si fratres.53.§.Idem rñdit.ff.pro ſocio. Nam dñs feudi nõ poteſt dici ceſſare, cùm vaſallus feudum poſſidet: nec vaſallus reſtitutionis ędificij cauſa ſumptus facere dicitur, quaſi negotium gerens domini, ſed ſuum magis: cùm ipſe ius in feudo habeat. Quanquam feudo ad dominum reuerſo, iuſtè ipſi debeantur ſumptus meliorationis.

CAPVT XCIII.

Meliorationis ſumptus qui debet vaſallo reſtitui, feudo ad dominum reuerſo, ſit ne ſecundùm æſtimationem præſentis temporis reſtituendus, ſi fortè maior æſtimatio eſſet ædificij ac meliorationis, quàm ſumptus à vaſallo factus?



COniungendum eſt hoc caput cum cap.65. hoc eodem libro, quia controuerſia hæc cum illius capitis controuerſia magnam habet affinitatem, licet an ſeparatim hic tractetur, vel ibi coniunctim tractaretur, non multum intereſt. Vaſallus fecit ſumptum in feudum, eius refuſionem dominus, cui apertum eſt, offert. Sed lis oritur ex eo, quòd vaſallus expoſuit, gratia exempli, centum, melioratio verò nunc ducentis æſtima- D tur. Quæritur an quod expenſum eſt ſufficiat reſtituere, an quatenus res precioſior facta eſt, id eſt, præſentis temporis æſtimationem, quæ ſumptuum quantitatem excedit, dominus vaſallo reſtituere teneatur. Et licet quæſtio controuerſa ſit, & dubia, ne tamen diu lectorem morer; exiſtimo catenus dominum teneri, quatenus expenſum eſt, & ſic textum accipio in cap.1.§. Si vaſallus. Hic finitur lex. cùm ait: *Precium meliorationis ſoluatur.* Mouet me primùm text.in l. In fundo. ff.de rei vendic.in illis verbis: *Reddet impenſam, vt fundum recipiat, vſq; duntaxat, quo precioſior factus eſt, & ſi plus fundi precio acceſſit ſolum quod impenſum eſt.*

Secundò, Conſtantinus Hermanopulus in promptuario iuris lib.2.tit.1.Rub. de bonę fidei poſſeſſore, qui ſic ſcribit: *Vult conſtitutio cum ei qui bona fide poſſedit, rei melioris & precioſioris factæ aliqua impenſa refundentur, ſiquidem modicis ſumptibus magni precij res quis in prædio poſſeſſo erexerit & ſtatuerit, vt vineam, oliuetum, & id genus,*

nus, solum quod impensum est restitui. Cùm verò quis multa quidem in rem insumpserit, sed non multò eam preciosiorem effecerit, et solam res æstimationem prestari, vtpotè cũ ea, quibus rẽ ornarit & instruxerit, quam paucissima sint. Inscitia etenim suæ adscribat, qui tantoperè laborarit, vt inconsultò in terram tenuem forsan, & sterilem quæque sibi credita tueri non posset, tantam pecuniam ac sumptum conferret.

Tertiò, mouet text. in l. Intra vtile. §. Vendentibus. ff. de minoribus, illis verbis: *Nisi si maluerit omnes expensas, quas bona fide emptor fecisse approbauerit, et pstare, &c.* & in c. 1. de in integrum restitut. illis verbis: *Prouidendum est tamen, ne si fortè coloni possessiones illas expensis ac labore suo reddiderint meliores, sumptibus, quos bona fide fecerunt, debeant defraudari*, vbi vides sumptus restituendos esse, non aliud, præter sumptus, quod fundo accessit.

Quartò, rationem & causam perpendo iustitiæ commutatiuæ, illa præcipit æqualitatem seruãdam, ius suum vnicuique tribuendum, non plus, At vasallus fecit sumptum in rem feudalem, iustum ergo vt refundantur, ne dominus feudi locupletetur cum iactura vasalli. Verùm si ex sumptibus meliorationis plus precij fundo accessit temporis processu, hæc res non accidit labore, opera, pecunia vasalli, sed temporis varietas hoc tulit, id igitur cedat commodo domini feudi, non vasalli.

Hanc sententiã amplexi sunt Paulus Castrensis cons. 270. nu. 3. lib. 2. Tiraquellus de retractu conuentionali. §. 7. Glos. 1. nu. 8. Felinus in c. Cùm causa. nu. 28. de re iudi. Hartmannus Pistorius lib. 2. quæst. iuris, parte posteriore, quæst. 42. num. 18. Ludolphus Schraderus par. 2. 9. partis princ. sect. 2. num. 100.

Contrarium responderũt Bald. in cap. 1. §. Si vasallus. hic finitur lex. Ruinus cons. 117. lib. 3. Bertrandus cons. 2. nu. 15. lib. 1. p. 2. Roland. à Valle cõs. 28. & cõs. 30. lib. 1.

Quorum fundm̃ est in l. Domos. de leg. 1. existimarũt enim Papiniani responso illo probari, æstimationem pręsentis tpis esse spectandam, vt latè disputat Menoch. de recup. possess. remedio 15. nu. 557. Rectè, nam iusta precia ex præsenti æstimatione constituuntur, non ex præterita. l. 3. §. Diui. ff. de iure fisci. l. 2. C. de patrib. qui filios distraxerunt. Sed non rectè illam consequentiam intulerunt, si precium sumptuum factorum minus sit quàm meliorationis æstimatio, ipsam meliorationis æstimationem præstandam esse. Nam de hac re nullum verbum Papiniani responsum habet. Reddam illud vt in Florentino Codice legiĉ, teste Antonio Augustino lib. 3. emendationum Iuris, cap. 1. *Domos hæreditarias exustas, & hęredis nummis extractas, ex causa fideicommissi post mortem hæredis restituendas, viri boni arbitratu sumptuum rationibus deductis & ædificiorum ætatibus examinatis respondi. ætatibus*, id est, magnitudine & amplitudine ædificiorum, vt explicat Cuiacius lib. 6. obseru. c. 3. vel *ætatibus*, id est, quantitate, mensura & magnitudine corporis cuiusque, nam & meus Codex habet *quantitatibus*, vt explicat idem Cuiacius ad lib. 9. responsorum Papiniani, vel *ætatibus*, id est, vetustate ædium senio confectarum. l. Si quando. 15. C. de operibus publ. Fornerius lib. 1. Selectionum, cap. 2.

Certè nullum verbum ibi legiĉ, ex quo illa consequentia probetur. Quare illa distinctio, quam nonnulli attulerunt, inter bonæ fidei possessorem, & dominũ rei, qualis est vasallus, non mihi vr̃ iuri consentanea, tum quia vasallus non est rei dominus, sed ius in rem habere dicitur, quod nostri vtile dominium appellant. Deinde, quia non aliam ob causam sumptus meliorationis consequitur, quàm bonæ fidei possessor consequatur; Tertiò, quia nec si dominus sit reuocabiliter, vt vocant, sicut hæres restituere rogatus fideicommissario iuuari potest Papiniani responso, vt precium meliorationis consequatur, si maius sit, quàm sumptus in rem facti. Neque enim Papinianus hoc dicit. Erit ergo ex Papiniani responso arbitrio boni viri æstimatio ædificiorum constituenda, vt re-

A stituatur id, quod impensum est, si minus sit: si verò maius, vt refundatur precium meliorationis, hoc est, ipsius ædificij, secundum. l. In fundo. ff. de rei vend.

CAPVT XCIIII.

Si vasallus ob crimen aliquod (feloniam appellant) feudo priuandus sit, an fructus ante sententiam latam perceptos restituere teneatur?



Rauis & non parui momenti controuersia est. Vasallus crimen cõmisit, propter quod nõ ipso iure priuatur feudo, sed per iudicis sententiam priuandus est. Antequam sententia proferatur ex feudo ipse fructus percepit, an lata postea sententia priuationis feudi restituere eos teneatur. Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ. Vna teneri, nec eos lucrari, ac suos facere posse. Ita
B Castrensis ad l. 1. C. de his quibus vt indignis, & eodem in loco Angelus, Alex & Ias. Martinus Laudensis in c. 1. & ibidem Præpositus quib. mod. feudum amittatur in 2. Iacopinus in inuestitura feudali, in verbo. Dictiq; vasalli. nu. 53. Zasius par. 10. nu. 74. Antonius Burgensis in c. Ad nostram. nu. 34. de empt. & vend. Bernardus Diaz. in pract. crim. cap. 123. Couuar. de sponsalib. p. 2. cap. 6. §. 8. num. 7. Ludolphus Schraderus 2. parte 9. partis princ. sectione 3. num. 34.

Altera non teneri, sed suos facere. Ita Corneus ad d. l. 1. C. de his quibus vt indig. Cardinal. in Clem. Constitutionem. § Cæterùm. de elect. Fel. in c. De quarta. nu. 33. de præscript. Curtius senior cons. 60. nu. 30. Brunus cons. 41. nu. 49. Peregrinus de iure fisci lib. 5. tit. 1. nu. 174.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. 1. C. de his quibus vt indignis Impp. Seuerus & Antoninus: *Hæredes, quos necem testatoris multam omisisse constiterit, fructus integros coguntur reddere, neque enim bona fidei posses-*
C *sores ante controuersiam illatam videntur fuisse, qui debitum officium pietatis scientes omiserunt.*

Posterioris sententiæ multa huc adferre possem argumenta ex Felino loco annotato, quæ refert & refellit Antonius Burgensis loco proximè citato, sed non puto me operæ precium facturum, cùm admodum sint leuia. Illud est præcipuum argumentum, ex quo & ipse adduci patior, vt credam, hanc sententiam probabiliorem esse, Vasallus antequam per sententiam iudicis feudo priuetur, iustè possidet feudum, Ergo facit fructus suos. Consequentia patet, quia est in bona fide, & iustum etiam habet titulum, l. Bonæ fidei. ff. de acq. rer. dom. l. Qui scit. ff. de vsuris. Et licet crimen admiserit priuatione feudi dignum, tñ titulum non amisit, quem habuit antequã sententia proferretur, sed iustè feudum retinere potuit.

Respondet Antonius Burgensis, consequentiam argumenti bonam esse, sed non rectè inferri, titulo postea reuocato (scilicet per sententiam priuationis) fructus, licet
D licitè perceptos non reuocari: Nam fructus reuocari titulo reuocato probat. l. Cùm autem. §. pen. ff. de ædil. edicto. l. Cùm quis. ff. de condict. ob cau. l. Imperator. ff. in diem addict.

Sed replicari potest, exempla legum allegatarum longè dissimilia esse. Nam quod attinet ad l. Cùm quis, quæ loquitur de donatione causa mortis, ideo donatore conualescente fructus sunt restituendi, quia donatio causa mortis non videtur perfecta, antequam mors donatoris insequatur. l. Non videtur. ff. de donation. causa mortis. Quod verò attinet ad l. Cùm autem. §. penult: loquitur lex illa de venditione facta contra edictum, quæ ita resoluitur, vt nihil amplius emptor consequatur, quàm haberet, si venditio facta non esset, vt ibi dicitur nõ procul ab initio legis. Et latiùs in l. 1. ff. eod. tit.

Multò minus ad rem facit. l. Imperator, quia accipienda est de venditione conditionali, nimirum vt perficiatur venditio; nisi melior conditio adferatur; nam si pura

sit ven-

sit venditio, quæ sub conditione resoluatur, fructus interea percepti ad emptorem pertineant, vt distinguitur in l. 2. & sequ. eiusdem tituli.

Non igitur rectè leges illæ ad hanc quæstionem allegantur, nec rectè generalis doctrina ex illis tradita est, titulo reuocato, etiam fructus reuocari: Authores enim illarum legum rectè in exemplis ibi propositis, statuerũt regulam, fructus restituendos, verùm generalem, quę ad omnes casus trahatur, non tradiderunt.

Alij huc adferunt. l. Videamus. 2. §. 1. ff. de vsuris, qua probatur, *ei qui petit id quod suum est, vel suum fuit, fructus etiam ante sententiam latam, & litem motam perceptos restitui debere*, sunt verba Schraderi. Nõ rectè id applicatur ad quæstionem nostram, quia non hic agit dominus feudi ad restitutionem feudi instituta in rem actione, vendicando rem suam, veluti à vasallo non iustè detentam. Iustè enim, & ex concessione & voluntate domini vasallus illam habuit, sed ad pœnam agit priuationis feudi: Huc pertinet iudicium, culpa seu felonia vasalli, huc spectat & à iudice proferenda sententia, ad ipsam respicit priuationem feudi. Non infirmat hæc sententia titulum in præteritum tempus vasalli, sed in futurum, vt scilicet vasallus posthac feudo sit priuatus, non vt olim priuatus fuisse videatur. Non trahitur retrò sententia & culpa vasalli, vt vno verbo dicam, sed feudum domino aperit in futurum. Cur ergo fructus ante sententiam iustè perceptos restituere vasallum oportere dixerimus? Quòd sit in mala fide post crimen perpetratum, ut in d. l. 1. C. de his quib. ut indign. Nequaquam hoc dicendum est, quia nemo tenetur pęnam subire ac soluere, antequã condemnetur, ut dicebat Glos. communiter recepta in cap. Fraternitas. 12. q. 2. S. Thomas 2. 2. q. 62. art. 3. Pręclarè Reuerendus Pater Gregorius de Valentia orbis & urbis huius ornamentum, uir incomparabilis prudentię ac sapientię, immortali laude & uita dignus, in commentarijs Theologicis Tomo 2. q. 5. de legibus, Punct. 6.

Sed quid ad l. 1. Respódeo, latum esse discrimen, *nam hæres qui sciens defuncti vindictam omisit, & insuper habuit* (id est, neglexit) *fructus omnes restituere cogendũ existimani, deceptum autem ignoratione facti, his bona fidei defensionem habiturum*, ita Papinianus in l. Hæres. ff. de quibus vt indig. Sic ergo quia ab initio est in mala fide possessor hẽditatis, cùm sciat ex legibus, vel scire debeat, se adire non posse hæreditatem ante vindicatam defuncti necem. l. 3. §. Non tantùm. ff. ad Syllan. se non posse hęreditatem obtinere, si necem defuncti vindicare neglexerit, idcirco fructus restituit. At vasallus initio malã fidem non habet, nam feudum à domino legitimo modo accepit; nec in principio indignum se ob culpam vllã reddidit, nihil enim insuper habuit: & licet postea delictum commiserit, donec tamen in eum sententia priuationis lata sit, non ignorat se iustè feudum possidere, quia ante latam sententiam non tenetur pęnã subire; Quamobrem non est in mala fide, & consequenter non tenetur fructus restituere. Est igitur distinguendum, an quis indignus sit absque vlla iudicis sententia, siue executione, & is in mala fide esse dicitur, an verò indignus quidẽ sit, sed executio iudicis, ac sententia expectanda sit, & is ante sententiam latam non est in mala fide, præclarè Couuar. in reg. Peccatum in 2. parte §. num. 6. de regulis iuris, lib. 6.

CAPVT XCV.

Feudo ob vasalli mortem ad dominum deuoluto, quid sit de fructibus illius anni statuendum?

DE fructibus illius anni, quo vasallus moritur, & feudum domino aperitur, ita iure feudali constitutum est in §. His consequenter. tit. Hic finitur lex Corradi; deinde consuetudines regni incipiunt: *Quod si vasallus decedat sine hærede masculo, & contingat feudum ad dominum reuerti, sic distinguitur. Quod si ante Martium, omnes fructus illius anni ex feudo prouenientes, ad dominum pertinebunt. Si verò post Calendas Martij vsque ad Augustum, omnes fructus, qui interim percipientur, ad hæredes vasalli pertineant, si verò post Augustum, omnes fructus anni percipit dominus. Quidam tamen dicunt, quocunque tempore anni decedat, omnes pendentes fructus ad dominum pertinere.*

Tres circa huius loci interpretationem sunt Doctorum sententiæ. Prima, ita accipiendum, vt verba sonant, ac proinde vasallo decedente post mensem Augustum, omnes fructus ad dominum pertinere. Ita Baldus & Iacobus Beluisius, Petrus de Ferrarijs in forma libelli, quo agitur ad restitutionem feudi, in verb. Nec superstitibus, num. 16.

Non placet hæc interpretatio, quia tũc textus non esset rationi consentaneus, sicut Baldus fatetur, quanquam conatur rationem aliquam adferre.

Secunda est interpretatio ac sententia, nullam esse rationem habendam huius textus, quia illius distinctio iusta non sit; ideo spectandam esse distinctionem, circa fructuum diuisionẽ, quę seruatur inter hæredes fructuarij & dominum proprietatis, mortuo ipso fructuario. Ita Albericus ad l. Defuncta. ff. de vsufruct. & alij quos citat & sequi videtur Couuarr. lib. 1. variar. resolut. c. 15. n. 14. vers. Præterea nõ est omnino, quibus adde Cuiacium in comment. feud. lib. 4. tit. 30.

Non placet, quia magna est authoritas librorum feudalium, vt dictum est suprà cap. 2. hoc eodem lib. & in proposito fatetur Ancaranus in consi. 193.

Tertia est sententia, quam & ipse amplector, fructus diuidendos esse eo modo, quo textus dicit, ita tamen, vt quod ait textus, mortuo vasallo post mensem Augusti omnes fructus anni ad dominũ pertineant, sic accipiendum sit, id est, omnes fructus anni sequentis, non autem anni, quo defunctus est vasallus. Hanc sententiam secuti sunt Andreas Isernia, Aluarotus, Præpositus & Afflictus in commentarijs dicti loci, Zasius parte 10. num. 109. vers Vltimo videndum de fructibus. Hartmannus Pistorius lib. 1. quæst. 24. num. 43. Ludolphus Schraderus parte 2. 9. partis princip. sect. 3. num. 73. 74. quod ego sic declaro. Annus, exempli causa, inchoari debet initio Septembris, si ante Calendas Martij moriatur, fructus illius anni, qui videlicet post mensem Martium percipientur vsque ad mẽsem Septembris, ad dominum pertinebunt: si post Calendas Martij decesserit, fructus pertinebunt ad hæredes vasalli, scilicet fructus qui percipientur vsque ad mensem Septembris, siue Augusti inclusiuè. Si verò post Augustum moriatur, omnes fructus anni ad dominum pertinebunt, non anni iam præteriti, sed anni noui inchoati, qui tunc incipit in Septembri, & iterum definet in alium sequentem mensem Septembris, quæ supputatio, quam ob causam introducta sit, fateor mé nondum assecutum esse, quamobrem locus erit l. Non omnium. ff. de legibus, licet quid Sonsbecius & alij hac de re dixerint, non ignorem. Igitur sic erit ineunda ratio, vt vasallo mortuo post exactum Augusti mensem (sic enim interpretor, licet aliqui malè post Calendas interpretati sint) fructus vindemiales in Octobri, & similes, qui tardius percipi solent, ad hæredes vasalli meritò pertinebunt, quia ille toto anno vineam coluerat, & expensas fecerat, fructus autem anni futuri, hoc est, nouiter inchoati, ad dominum pertinebunt.

CAPVT

CAPVT XCVI.

Vtrum etiam pensiones, fructus nomine contineantur in specie capitis praecedentis, nimirum d. §. His consequenter. tit. Hic finitur lex Corradi, &c.

SEd rursus controuersia est, an illa distinctio circa fructus, quæ continetur in d. §. His consequenter. tit. Hic finitur lex, &c. Et de qua in præcedenti capite disputatum est, accipienda sit latius, vt etiam pensiones cõprehendat. Affirmant Andreas Isernia, Baldus, Aluarotus, & Præpositus in cõmentarijs dicti loci, Hartmannus Pistorius lib. 1. q. 24. num. 57. Ludolphus Schraderus 2. parte, 9. partis principalis, sectione 3. nu. 53.

Negant Petrus Ancaranus in consi. 193. & Alex. ad l. Diuortio, nu. 3. ff. sol. matr. quibus me lubens sociũ adscribo. B Nam præclarè Brissonius lib. 6. de verb. sign. fructus nomen cùm ad corpus refertur, eos propriè, qui ex re ipsa naturaliter enascuntur fructus complectitur, ac proinde & ab vsuris, & à pẽsionibus, mercedibus, vecturis iumentorum cæterisque obuentionibus separatur. l. Ancillarum. 30. ff. de petitione hæred. l. Vsuræ 34. ff. de Vsuris. l. Cùm seruus. 39. §. Fructus, de legatis primò. l. Cùm de donatione. 11. ff. de donatio. Cùm non natura perueniant, ne ex ipso corpore sint, sed de iure percipiantur, & ex obligatione. l. Si nauis. 62. ff. de rei vend. l. Vsura. 121. ff. de verb. sign. Cùm igitur text. in d. § His consequenter, de fructibus loquatur, ex feudo prouenientibus, non videtur pensiones comprehendere, quæ non ex corpore proueniunt, sed iure percipiuntur ex obligatione. Et licet pensiones sæpè vicem fructuum obtineant, id tamen ex iusta quadam interpretatione fit, non ex verbi significatione & natura: Nec vlla ratio est fructus nomẽ latè interpretandi, & ad pensiones producendi in hac C qua de agitur disputatione: quandoquidem distinctio iuris feudalis, iuri communi satis consentanea non est, cõsequenter non extendenda. l. Quod verò contra. ff. de legibus, & cùm eius ratio non possit intelligi, consequenter intelligi non potest, an & in pensionibus locum debeat sibi vendicare.

Primum argumentũ contrariæ sniæ est, quãdo alicui simpliciter conceduntur omnes fructus ad tempus certum vel incertum, ex aliqua re percipiendi vsusfructus concessus intelligitur. l. Si quis ita. 20. ff. de vsuf. l. Per seruum. 14 §. 1. ff. de vsu & habit. l. Cùm ita 41. ff. de vsufru. leg. sed tex. in d. §. His consequenter, loquitur de omnibus fructibus, vt patet ex illis verbis: *Omnes fructus illius anni ex feudo prouenientes, &c.* Ergo his verbis vsusfructus continetur. Vsusfructus autem proculdubio pensiones continet, sicut & omnem aliam commoditatem. l. Vsufructu legato. l. Item si fundi. ff. de vsufr.

Respondeo, maiorem propositionem tũc veram esse, D cùm fructus in annos singulos legantur. Sic loquuntur leges allegatæ: Est enim perinde cùm in annos singulos fructus legantur, ac si vsusfructus legetur, quod & Accursius notauit in l. Per seruum. 14. §. 1. ff. de vsu & habitat. Nam cùm text. ibi dicat: *Vsusfructus an fructus legetur, nihil interest.* Accursius ait id verum esse, *cùm datꝫ annos fructus ad in singulos annos, vt in l. Si quis ita. 20. eodẽ tit.*

At in dicto §. His consequenter, non fit mẽtio fructus annui, siue in singulos annos relicti, sed fructus illius anni tantum, quo vasallus decedit ex feudo prouenientis. Ergo nihil argumentum obstat.

Secundũ est, quia fructus appellatione omnis vtilitas atq; commoditas intelligitur. l. Loci corpus. § In consessoriam. ff. si seruitus vend. l. Fructus de reg. iuris, imò & pensiones loco fructuũ naturalium subrogantur. l. Mercedes. 29. ff. de pet. hæred l. Prædiorum. 36. ff. de vsuris.

Rñdeo, negari non posse quin appellatione fructuum etiam pensiones, mercedes, & id genus alia contineanA tur: verùm id ex iusta interpretatione accidit, cùm. s. iuris rõ & æquitatis ita postulat: nec fit mẽtio fructuũ, qui ex ipso corpore proueniũt, vt in d. §. His consequenter. Nulla autẽ iuris ratio, aut æquitatis postulat, vt quod contra iuris rationem receptũ est in fructibus ex feudo, hoc est, ex corpore rei prouenientibus, producatur ad pensiones in casu nostro, quæ non propriè fructus dicuntur.

CAPVT XCVII.

Rursus de fructibus controuersia proponitur, vasallo mortuo & feudo agnatis aperto, sitne eadem adhibenda distinctio?

EXistimo fructuum diuisionem, quæ cõtinetur in §. His consequẽter. tit. Hic finitur lex, &c. seruandam esse non solùm eo casu, quo vasallo vita functo feudum ad dñm reuertitur, qui B casus ibi expressus est, verum etiam cũ ad agnatos deuolutum est. Et moueor, quia eadem est ratio in vtroq; casu, & idem seruãdum esse indicat tex. in c. 1. An agnatus, vel filius, &c. sic enim ait: *Si contigerit vasallum sine omni prole decedere, agnatus ad quẽ vniuersa hereditas pertinet, repudiata hereditate feudum, si paternum fuerit, retinere poterit, nec de debito hereditario aliquid feudi nomine soluere cogatur, sed in fructibus, si quos reliquit, vt de eis debitum soluatur, quo tempore decesserit, secundum quod supradiximus, considerabitur.* Tempus quo vasallus decesserit, considerandum est secundum ea quæ habentur in dicto §. His consequenter, quia fructus ad hæredes vasalli spectant, vel ad agnatos, secundum illam distinctionẽ, alioqui frustra tempus mortis vasalli considerabitur, frustra ad illam distinctionem relatio habetur.

Atque ita docuerunt Baldus, Aluarotus & Afflictus in d. cap. 1. an agnatus, vel filius, Socinus senior in l. Diuortio. ff. sol. matrim. Sonsbecius in tract. feud. parte 10. C Hartmannus Pistorius lib. 2. q. 24 nu. 50. Ruinus in cõsi. 14 nu. 8. 9. 10. 11. lib. 1.

Contrariam sententiam habuerunt alij, existimantes fructus esse pro rata anni diuidendos inter vasalli hæredes & agnatos, ita Raphael Cuman. in d. l. Diuortio. ff. sol. matr. & ibidem Alex. num. 3. Marinus Frecia de subfeudis lib. 3 differ. 5. circa fin. Albertus Brunus conf. 106. Borgninus Caualcan. de vsufructu nu. 244. VVesembecius consi. 93. nu. 8. 9. & 10. lib. 2. Ludolphus Schraderus, de feudis, parte 2. 9. partis princip. sect. 3. nu. 82.

Fundamentum est, quia ita iure communi constitutũ est, vt fructus pro rata temporis diuidantur eo anno, quo maritus vita functus est inter hæredes eius & vxorem. l. Diuortio. ff. sol. matr. quod & in similibus casibus ex doctorum interpretatione receptum est, tanquam æquitati, & iustitię consentaneum. Ergo idem etiam in fructibus feudi recipiendũ est: quandoquidẽ in illis aliter expressè libris feudorũ constitutum nõ apparet. Nec. n. distinctio, D illa quæ habetur in d. §. His consequenter, ad hũc casum producenda est, cùm loquatur de feudo ad dñm deuoluto, non autem ad agnatos. Etenim cùm exorbitet à iure communi, & à ratione iuris restringenda videtur potius, quàm extendenda. Nec tex. in d. c. 1. an agnatus, &c. illã distinctionem fructuum inter agnatos ac hæredes vasalli introducit, aut locum habere statuit. Sed hoc tantùm vult, ex fructibus feudi debita hæreditaria soluẽda esse. Aliud est autem de fructibus feudi, aliquẽ teneri vel nõ teneri ad soluenda debita, aliud verò fructus ex feudo prouenientes percipere, vel non percipere.

Sed hęc argumẽta parũ mouent, quia fateor constitutionẽ illam. §. His consequenter, strictè accipiendã esse, nec producendã ad cõsequentias: sed illud vrgeo, eandẽ esse rationẽ, siue feudũ aperiatur dño, siue agnatis. Deinde vrgeo tex. in d. c. 1. An agnatus vel filius, in quo quidẽ tex. non id principaliter agitur, vt declaretur illã diuisionẽ fructuũ locũ habere inter agnatos, & vasalli defuncti

hæredes,

A hæredes, sed quo modo ex fructibus feudi debita hæreditaria sint soluenda, & ait textus; soluenda esse in fructibus, si quos vasallus reliquit. Vt autem hæc solutio ex fructibus fiat, ait textus considerãdum esse tempus, quo vasallus decesserit. Nam fructus vasallo mortuo aliquãdo ad hæredes eius spectabunt, aliquando ad agnatos: quatenus ad agnatos spectabunt, illi tenebuntur ex fructibus debita soluere. Sin autem ad hęredes pertinebũt, illi satisfacient creditoribus, non agnati. Quibus omnib. consideratis perspicuum euadit, authores iuris feudalis etiam hoc in casu locum habere voluisse fructuum diuisionem, quæ continetur in d. §. His consequenter, quia illa diuisio tempus mortis vasalli potissimùm considerat.

CAPVT XCVIII.

Sitne Laudemium domino soluendum pro consensu præstito alienationi feudi?

NOn sunt pauci, neque obscuri nominis authores, qui existimauerint, Laudemium domino feudi soluendum ob consensum alienationi feudi præstitum ad exemplum rei emphyteuticæ, pro qua quinquagesimam soluendam esse domino satis cautum est in l. vlt. C. de iure emphy. Videtur enim eadem ratio; & aliàs sæpè argumentari ab emphyteusi ad feudum solemus. Glos. in c. Imperialem. §. Illud in verb. nisi requisitus, de prohib. feudi alien. per Fridericum. Andreas Isernia in cap. 1. §. Similiter, de capitulis Corradi. Et Afflictus ibid. nu. 14. Hippolytus Riminald. alios citans in consi. 38. nu. 37. lib.

Sed contrarium responderunt alij multi, quos refert, & sequi videtur Amadeus à Ponte, in quæstio. Laudemialibus, cap. 3. & Hartmannus Pistorius lib. 1. quæstionum iuris, quæst. 50. nu. 61. & alij à Schradero citati par. 10. sectione 2. num. 49.

C Et istis ego assentior. Fundamentum est solidum, quia in libris feudorum hac de re cautum nõ est: nec videtur id consentaneum menti eorum qui eosdem libros scripserunt. Nam satis accuratè prohibitam esse feudorum alienationem, absque consensu domini testati sunt, quod autem pro consensu & approbatione aliquid domino soluendum sit, nullum verbũ fecerũt. Cur igitur nos interpretatione nostra, qui æqui & boni notitiam profitemur noua onera vasallis imponimus, sine legis, sine Principis iussu, authoritate, & voluntate.

Quod verò ad emphyteusim attinet, obseruãdum est, olim solitos fuisse dominos exigere hæc quæ laudemia nunc vocamus, sed *ne auaritia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent, quod vsque ad præsens tempus perpetrari cognouimus, non amplius eis liceat pro subscriptione sua, &c. nisi quinquagesimam partem pretij, vel æstimationis loci, qui ad aliam personam trãsfertur, accipere*, sunt Iustiniani verba in d. l. 3. C. de iure emphy. D ex quibus intelligi potest, consuetudinem olim fuisse exigendi laudemia, sed ne auaritia dominorum plus emphyteutæ quàm par esset, soluere cogerentur, certam quantitatem definitam fuisse. At in alienatione feudorũ non constat eam consuetudinem fuisse aliquid exigendi, ac proinde nulla moderatione opus fuit. Cauendum igitur ne nos illã inducamus, nouęq; legi ansam præbeamus, quæ & in feudis hęc grauamina moderetur, præsertim verò cùm feudum non prætextu pecuniæ, sed amore domini acquirendum esse dicat text. in cap. 1. de feudo dato in vicem legis commissoriæ.

CAPVT XCIX.

Alienans feudi partem absque consensu domini, an cadat à toto?


Ommunis est & vera doctorum sententia, vasallum qui absque domini consensu feudi partem alienauit, à toto feudo non cadere, sed à parte duntaxat alienata, vt respondit Arennus in consi. 14. num. 5. & alios citans Curt. iun. de feudis, par. 4 nu. 153. alios citat Rolandus à Valle in consi. 17. nu. 6. 7. lib. 2.

Fundamentum est firmissimum in c. 1. de vasallo, qui contra Constitutionem Lotharij Regis beneficium alienauit, vbi sic dicitur: *Si vasallus contra constitutionem Lotharij Regis beneficium alienauerit, si totum, perdat totum, si partem, perdat partem, & ad dominum reuertatur.* Qui B bus verbis nihil clarius esse potest.

Contrarium tamen ex iuris rigore verius esse dicebat Baldus in c. 1. §. Si verò vel in totum, qualiter olim feud. alien. pot. adductus in hanc sententiam ex c. Imperialẽ, de proh. feud. alien. per Fridericum, vbi dicitur sic: *Hac edictali & Deo propitio perpetuò valitura lege sancimus, vt nulli liceat feudum totum, vel partem aliquam vendere, vel pignorare, vel quocunque modo distrahere, seu alienare, vel pro anima iudicare, sine permissione illius domini, ad quem feudum spectare dignoscitur.* Et inferius hæc pœna subijcitur: *Pœna authoritate nostra imminente, vt venditor & emptor, qui tam illicitas alienationes reperti fuerint contraxisse, feudum amittant, & ad dominum liberè reuertatur.* Quibus verbis textus indicare videtur, siue totum feudum fuerit alienatum, siue pars, feudum amitti, scilicet totum.

Non rectè, quia Fridericus Imperator in ea constitutione non corrigit alias constitutiones, ac præsertim Lo- C tharij, sed eam potius interpretatur, vt non solùm ad futuras, sed etiam ad præteritas alienationes pertineat. Id patet ex illis verbis; *Vnde Imperator Lotharius tantùm in futurum præcauens, ne fieret, legem promulgauit. Nos autẽ ad pleniorem regni vtilitatem prouidentes, non solùm in posterum, sed etiam huiusmodi alienationes illicitas hactenus perpetratas, hac præsenti sanctione cassamus, & in irritũ deducimus.* Cùm itaque is qui contra Lotharij constitutionem feudi partẽ alienauit, partem dũtaxat amittat, vt in d. c. 1. de vasallo, qui contra cõstitutionem Lotharij, &c. nec diuersum à Friderico constitutum sit, ita debemus Friderici constitutionem interpretari, vt in hac parte nõ repugnet interpretationi, q̃ adhibetur constitutioni Lotharij, & ideo sic illa verba exaudire, vt pœna amissionis feudi locum habeat, scilicet totius, si totum feudum vasallus alienauerit, vel partis feudi, si partem tantum alienauerit.

Alij aliter hanc rem explicant, distinctione adhibita, D an vasallus partem feudi alienauerit, absq; consensu dñi, tanquam feudalem: & hoc in casu non amittat totũ feudum, sed partem tantùm alienatam, an verò non tanquã feudalem alienauerit, & hoc posteriore casu totum feudum amittat, quia in domini contemptum videtur alienare, ita post Baldum Io. Andr. Parisium & alios respondit, Rolandus à Valle, in d. consi. 17. nu. 27. lib. 2.

Sed quid opus est distinctione in re tam apertè decisa iure feudali? tam etiam consona rationi & æquitati, ne pœna sit maior delicto? Si contemptus domini ratio habenda sit ad hunc effectum, decidendum erat, vasallum totum feudum amittere debere, quia sine domini consensu alienando, siue totum, siue partem, dominum contemnit c. 1. §. vlt in fine, quæ fuerit olim prima causa benef. ammitten. Sed non sic durè agendum fuit, quia satis est in eo, in quo quis peccauit, pœnam subire.

CAPVT

CAPVT C.

Possessorij quaestio inter vasallos de feudo, sitne coram ordinario iudice, vel coram feudi domino tractanda.

Communis est & vera sententia, inter vasallos ortam litem tam circa proprietatem, quàm circa possessionē feudi, siue vt clarius loquar, siue possessorij causa sit, siue petitorij illam coram domino tractandam, ac ab eo definiendam esse, canonistae sic docent in c. Caeterùm. de iud. Clarus in §. Feudum. q. 90. Zasius par. 11. nu. 22. Curtius iunior part. 7. nu. 21. Ludolphus Schraderus alios citans, par. 10. sect. 1. num 77. quibus addi potest Duarenus de feudis, cap. 20. num. 7.

Fundamentum est illud satis firmum, quod sumitur ex varijs locis, in quibus apertè deciditur causam esse cognoscendam apud feudi dominum, si de feudo oriatur lis inter vasallos cap. Imperialem. §. Praeterea si inter. de prohib. feudi alie. per Fridericum, vbi tex. *Praeterea si inter duos vasallos de feudo sit controuersia, domini sit cognitio.* c. Caeterùm. de iud. c. Verùm. de foro competen. c. Ex transmissa. eod. tit. Et si dicatur haec iuris loca esse accipienda, cùm vertitur causa peritorij, respondetur, eundē esse iudicem causae possessionis & proprietatis, cap. 1. de causa possess. & proprie. l. Nulli. C. de iudicijs.

Contrariū docet Glos. in c. Caeterùm. de iudicijs, Bald. in c. Imperialem. §. Praeterea si inter. nu. 6. de proh. feudi alien. per Frider. Martinus Laudēsis in c. 1. nu. 7. apud quem vel quos. Ossascus decis. Pedem 97. nu. 9.

Fundamentum est in c. Ex parte. de foro compet. ibi. *Non obstantibus exceptionibus alijs quae in petitorio potius, quàm in possessorio, quod Regina contra eundem nobilem intentabat, locum habere videntur.* Erat autē vna inter alias exceptiones, *quod dicta Regina ius suum coram domino feudi prosequi debuisset*, vt in eodem capitulo habetur.

Respondeo, vt rectè monet Duarenus argumentū sumi de specie ad genus, contra iuris veramque argumentandi rationem. Nam etsi in illa facti specie (quia vidua spoliata *spoliatorem seu detentorem rei coram Ecclesiastico iudice poterat conuenire, cuius interest viduas defensare*, vt ibi dicitur) ordinarius iudex Ecclesiasticus cognoscere potuerit, non tamen generalis regula constituenda est in possessorijs causis ordinarium iudicem cognoscere oportere. Non ignoro vrgeri posse verba illa inferius posita, exceptiones nimirum illas locum habere in petitorio potius quàm in possessorio, sed retinenda semper est facti species, & circumstantia personarum, ad quam respondit summus Pontifex. Et inde argumentum sumi debet, illas exceptiones locum habere in petitorio potius, quàm in possessorio, secundum illam facti speciem, & personae circumstantiam.

CAPVT CI.

Si quaestio sit inter duos de feudo, & quilibet dicat ad se pertinere, negans alterum ius habere in feudo, an cognitio ad dominum spectet, vel ad ordinarium iudicem.

Si inter duos qui dixerint se esse vasallos, de feudo fuerit dubitatio, alter alterum ad dominum trahere non potest inuitum, vel eius curia iudicium. Sic legitur in tit. de inuestitura in maritum facta. §. Illud. & idem ferè habetur in c. 1. de lege Corradi.

Quibus argumentis communis sententia innecta est, quam & ipse verissimam esse censeo, dominum feudi iudicem non esse hoc in casu, cùm lis de feudo agitur inter duos, quorum alter negetur vasallus esse, qui alia feu-

A da non obtinet, sed illud, de quo est controuersia, ad se pertinere contendit, altero similiter nullum aliud feudū possidente, vt necesse sit alterum ex ijs duntaxat feudum obtinere per iudicis sententiam, ac proinde solùm esse vasallum, altero exclusio: sic communiter doctores cēsuisse, Curtius iunior scribit par. 7. nu. 5. Zasius par. 11. nu. 8. Iacopinus in vers. Et dicti vasalli. nu. 1. Decius in c. Caeterùm. de iudicijs, nu. 11. Duarenus de feudis, cap. 20. nu. 23. Iacobus Cuiacius de feudis, lib. 2. tit. 15.

Sed contrarium alij docuerunt, nimirum iudicem esse dominum, etiam hoc in casu. Andreas Isern. ad c. Imperialem. §. Praeterea si inter. nu. 73. de proh. feudi alien. per Fridericum. Afflictus ibid. nu. 1. Panormitanus in c. Caeterùm. num. 13. de iudicijs. Ludolphus Schraderus quosdam alios citans parte 10. sect. 2. nu. 8.

Fundamentum est in c. Imperialem. §. Praeterea si inter. de prohib. feud. alien. per Frider. vbi dicitur: *Si inter duos vasallos de feudo sit controuersia, domini sit cognitio.*

B Et in c. Ex transmissa. de foro compet. ibi. *Per dominum feudi causam subeas terminari.*

Quibus textibus tanquam posterioribus existimatum est, derogatum esse anterioribus legibus, quia posteriores constitutiones derogant prioribus. l. vlt. ff. de constit. principum.

Non rectè mea sententia, quia tex. in d. §. Praeterea nō attingit hanc nostram facti speciem, sed aliam diuersam, cùm inter duos vasallos de feudo controuersia est. sic. n. verba expressè sonant. At hic inter duos vasallos non est controuersia, quia vnus duntaxat vasallus erit. Vterque enim contendit se vasallum solum esse, & alterum excludit, quamobrem is qui vincet, solus erit vasallus, is qui vincetur non erit. Verba igitur non conueniunt propositae huic quaestioni. Huc possem adferre vulgata doctorum pronunciata. Non esse correctionem legum inducendam, nisi expressè dicatur. Promptum esse & expediens, leges legibus concordare. Illam praeferendam interpretationem, quae tollit repugnantiam: sed res clara

C satis, his non eget adminiculis.

CAPVT CII.

Qui sint pares curiae, Controuersia vna.

Si Controuersia sit de feudo inter dominum & vasallos pares curiae, iudices fore palam est ex c. Imperialem. §. Praeterea si inter, de prohib. feudi alien. per Frider. & in c. 1. de controuersia feudi apud pares terminanda. Rursus pares curiae eos esse constat, *qui ab eodem domino feudum tenent*, vt in c. 1. §. Testes. si de feudo inter dom. & vasall. lis oriatur. Quamobrem nulla prorsus oriri controuersia debuerat. Sed ita hominum ingenia comparata sunt, vt nihil tam clarum sit, quod ex ijs dubium non reddatur, quae postea emergunt. Controuersia igitur orta est, an sit necesse, vt simile feudum ab eodem domi-

D no habeant ij, qui pares dicuntur, eiusdemque dignitatis et qualitatis existant, an verò sufficiat eos feudum ab eodem domino habere, licet cum eo feudo, de quo agitur, dignitate & aestimatione conferri nequeat. Veteres multi eandem qualitatem exigunt, vt pares dicantur, quasi hoc verbi natura insit: Innocentius, Panormitanus, Ioā. Andreae, Baldus, Barbatia, Immola in cap. Caeterùm. de iudicijs. Iacopinus in verbo, dictique vasalli. nu. 10. Alexander in cons. 79. num. 1. lib. 1.

Contra, alij hanc qualitatem necessariam esse non putauerunt, Fel. in c. Caeterùm. nu. 11. de iudi. Decius ibid. nu. 13. Curtius iunior de feudis, par. 7. nu. 34. Menochius de retinen. possess. rem. 3. nu. 438. Franc. Sonsbecius par. 14. nu. 3. quibus assentitur Ludolphus Schraderus p. 10. sect. 7. nu 40. quibus & ego quoque assentior. Neque enī legem video requirentem istam dignitatis aequalitatem, sed contra, ait lex, simpliciter eos pares esse, qui ab eodē domino

domino feuda tenet. Cur igitur solliciti ea de re sumus, de qua esse nō debemus, si verba clara legis seruanda custodiendaq; sunt. Non malè huc adfertur, plus & minus non cōstituere diuersam speciem. l. vlt. ff. de fundo instr.

CAPVT CIII.

Sententia super feudo lata contra vasallum feudi possessorem, an noceat agnatis, qui possessore mortuo ad feudum vocantur.



Ideo & in hoc articulo in contrarias itū esse sententias, vtrum lata sententia cōtra possessorem feudi noceat agnatis, qui post mortem illius ad feudum sunt vocari. Multi enim (& hæc crebrior sententia est) non nocere existimauerunt, nisi fuerint citati, vel litis habuerint scientiam. Alioqui verò etiam non citatis, neq; scientibus sententiam obesse voluerunt. Vide Iserniam in c. 1. §. Si vasallus. tit. si de feudo fuerit cōtrouer. inter dom. & agna. vasalli, & Afflictum ibidem, nu. 20. Curtium iuniorem par. 7. quæst. 9. Zasium ad l. Sępe, num. 32. ff. de re iud. Felinum in cap. vlt. nu. 5. de maio. & obed. Decium consi. 445. num. 29. Alexandrum consi. 86. & 156. lib. 2. Ruinum ad l. Filiusfam. §. Diui. nu. 84. de leg. 1. & Alex. ibidem, & ad l. Sæpe, nu. 99. ff. de re iud. & num. 110. nec non Ripam num. 60. Socin. iun. consi. 131. num. 93. lib. 2. Crauet. consi. 197. nu. 7. Pinellum alios citantem ad l. 1. in 3. parte, nu. 48. C. de bonis mater. Didacum Couuarr. pract. quæst. cap. 13. nu. 6. Menochium in cons. 501. lib. 6. & in consi. 630. nu. 23. lib. 7.

Ad hanc controuersiam explicandam duas mihi patere vias intelligo. Altera est ex Doctorum placitis & traditionibus, nulla lege munitis. Altera ex iuris authorum fontibus deducitur. Priori autem relicta, non mala illa quidem, sed non satis tuta: posteriorem ingredior, nullis ferè expositam periculis, atque sic statuo: nocere successoribus agnatis sententiam in vasallum possessorem feudi latam. Sceuola: *Ex contractu paterno actum est cum pupilla authore tutore, & condemnata est, postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis, & ita bona defuncti ad substitutum, vel coheredes peruenerunt. Quæritur, an ij ex causa iudicati teneantur. Respondi, dandam inter eos actionem iudicati, nisi culpa tutorum pupilla condemnata sit.* l. 44. ff. de re iudi. Hac lege probatur, sententiam latam contra hæredem nocere substitutis. Non fit mentio citationis, nec scientiæ litis, quam substituti habuerint. Vnum casum excepit Sceuola, cùm tutoris culpa pupilla condemnata est: quem casum & nos excipere possumus, nisi culpa possessoris feudi lata sit sententia. Par est ratio: substituti ius habent à testatore, non ab hærede, similiter & agnati ex primo inuestitore, non ex vasallo, qui possidet.

Sic & sententia lata contra testamentum, nisi hæredis culpa interuenerit, nocet legatarijs. l. Qui repudiantis. §. vlt. ff. de inoff. testam. quibus propterea permissum est testamentum defendere, si suspecta sit collusio inter scriptum hæredem, & eum, qui de inofficioso agit, & à sententia quoque appellare. l. si suspecta. ff. eodem tit.

Quid enim in proposita facti specie agnatorum scientia, vel citatione opus est? Vlpianus: *Denunciari autem oportet ijs, quos proxima spes successionis contingit; vtputa primo gradu heredis instituto, non etiam substituto.* l. 1. §. Denunciari. ff. de inspiciendo ventre.

Sed audiamus Iserniam in dicto § Si vasallus. 2. num. 11. quem cæteri Doctores secuti sunt: *Nota tamen quod cùm sententia datur in feudatarium possidentem naturaliter, vel contra dominum possidentem ciuiliter, non obest alteri sententia, contra alterum lata, nisi sciuisset.* ff. de re iudicata. l. Sępe.

Nihil ad rem facit. l. Sæpe. Marcellus ita respondit: *Sæpe constitutum est res inter alios iudicatas alijs non præiudicare, quod tamen quandam distinctionem habet. Nam*

A *sententia inter alios dicta, alijs quibusdam, etiam scientibus obest, quibusdam verò etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet.* Et paulò post: *Sed scientibus sententia, quæ inter alios dicta est obest, cùm quis de ea re, cuius actio vel defensio primùm sibi competit, sequentem agere patiatur. Veluti si debitor experiri passus sit creditorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum, aut vxorem de proprietate rei in dotem accepta, &c.*

Nullum verbum, exemplum nullum hoc responso cōtinetur, quod pertineat, aut aliquo pacto ad rem nostram accommodari possit.

Alij vrgent hoc argumentum; Res quæ non potest alienari, non potest in iudicium deduci. l. Ait Prætor ff de iure delib. ibi: *Est enim absurdum, &c.* sed feudum aliena re vasallus non potest sine consensu agnatorum. cap. 1. de alie. feudi pater. Ergo nec in iudicium deducere.

B Respondeo, maiorem propositionem argumenti generaliter sumptam non esse veram. Nam pater qui legitimam administrationem habet bonorum maternorum filij, non potest ea alienare, & tamen actiones suscipere & exercere potest. l. 1. C. de bonis maternis.

Quod verò attinet ad l. Ait Prætor. ff. de iure delib. rectè monuit Pinellus in commentarijs. d. l. 1. C. de bonis mater. in 3. parte, nu. 47. illa verba, *Est enim absurdū ei, cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere,* restringenda esse ad illam facti speciem. Dicit lex, si pupilli pupillæue nomine postulabitur tempus ad deliberandū, an expediat eam hereditatem retinere, & hoc datum sit, bona interim diminui vetabo. Sed quare Prætor impedit diminutionem? meritò, inquit textus, quamdiu nomine pupilli petitur tempus ad deliberandum. Deinde subdit: *His verbis non tantùm Prætor alienationem impedit, verùm etiam actiones exerceri non patitur. Est enim absurdum,* scilicet in ea facti specie, *cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere,* nō generaliter in cęteris causis.

C

CAPVT CIIII.

Cùm vasallus ipso iure feudo priuatur ob feloniam, vtrum si moriatur, dominus possit eius hæredi feudum adimere.



Ontrouersia est, si vasallus committat feloniam, ob quam ipso iure feudo priuatus sit, & antequam dominus conqueratur, ab hac vita decedat, an liceat domino aduersus hæredem eius conqueri, feudumque ei adimere, tanquam ad se deuolutum vendicando. Nam aliqui dixerunt nō posse, vt videre licet ex Curtio iuniore, par. 4. nu. 156. sub finem, vbi citat Baldum ad l. vlt. C. de donatio. Alij communiter dixerunt, posse dominum, etiam vasallo defuncto, feudum vendicare. Vide Clarū §. Feudum. quæst. 65. Alij denique, quasi opiniones conciliādo priorem sententiam locum habere voluerunt, cùm sen-

D tentia declaratoria requiritur. Posteriorem autem cùm nulla contra vasallum declaratoria requiritur sententia. Constat enim ferè inter omnes, licet pro crimine pœna ipso iure constituta sit, necessariam tamen iudicis sententiam esse, per quam de facto ipso constet, vt latè deducit Iacobus Menochius in consilio 199. numero 168. libro primo paucis casibus exceptis, de quibus Andreas Geyll. libro secundo obseruat. 51. & de pace publica. libro secundo, cap. 3.

Mihi ad fundamenta respicienti, illud primū monendum videtur, sententiam communiorē verissimam esse, & iuri consentaneam. Nam cùm vasallus ipso iure dominiū feudi, vtile scilicet, amittat, illudq; domino applicetur, feudi cōmissi *persecutio, sicut aduersus quemlibet possessorem, sic & aduersus heredem* competit, verba sunt Vlpiani in l. Cōmissa. ff. de publicanis. Huc accedit Paulus in l. Caius. 22. ff. ad Syllan. illis verbis: *Quæro, an morte Titij extinctum sit crimen? Paulus respōdit, causam, de qua*

 quæritur,

queritur, cùm sit pecuniaria, morte ingrati heredes extinctionem non videri. Hæc enim verba hanc in rem nostram optimè quadrant, quia hic de vasalli crimine agitur, cuius causa pecuniaria est, nimirum amissionis feudi, sicut & apud Paulum causa amissionis hęreditatis pecuniaria dicitur. Ingratus est hæres, qui mortem defuncti non vindicat. Ingratus etiam vasallus, qui feloniam committit. Huc quoque adferri solet. l. 3. §. Quod autem ait Pretor. ff. quod quisque iuris, vbi pœna ad hæredem transmittitur, sed non mihi placet id argumentum: nam ideo pęna transit ad hæredem in ea facti specie, quia defunctus pro hærede quoque ius iniquum impetrauerat, vt notauit ibidem Accursius, & omnino aliena est à proposito nostro materia illius edicti, suasq; rationes habet non conuenientes quæstioni nostræ.

Secundò illud moneo, non videri eam cõcordiam siue distinctionem iuri consentaneam, vbi sententia requiritur declaratoria, pœnam in hæredes nõ transire. Nam fundamentum est in l. Eius qui delatorem. 29. ff. de iure fisci. Vlpianus: *Eius qui delatorem corrupit ea conditio est, vt pro victo habeatur, nam in fiscalibus causis id constitutũ est. Sed enim hæc pœna magis est, vt aduersus ipsum locum habeat, qui delatorem redemit, cæterùm aduersus hæredem eius transire non debet. Nec enim exinde perit causa, ex quo redempta est, vel actio perimitur, vel condemnatio facta videtur, verùm oportet constare prius, & de crimine prius cuare.* Sententia legis hæc est, quia pœna delatorem corrumpentis non ipso iure incurritur, sed condemnatione opus est, & pręcedere facti probatio debet, idcirco pœnã ad hæredem non transire.

At nostra disputatio est de crimine, ex quo ipso iure vasallus priuatus feudo intelligitur, vel vt verbis vtar Vlpiani, de tali crimine, quo commisso exinde perit causa vasalli, & ius ipsius perimitur, & condemnatio facta videtur. Nihil enim aliud significat pœnam ipso iure impositam esse, quàm ipso iure condemnationem factam videri, scilicet ab ipsa lege.

Et licet constare debeat de facto, atque adeò sententia illa declaratoria sit opus, quæ viuente vasallo secuta non est, id tamen solum non impedit, quò minus pœna transeat in hæredem, sed cum alijs iunctum impedire potest,

A quæ Vlpianus ibi considerat, cùm videlicet nõ solùm de facto constare debet, sed etiam cõdemnatione opus est, quia pœna ipso iure imposita non est.

Hæc enim declaratoria sententia requiritur, vt scilicet executio fiat, vt possessionem capiat fiscus bonorum delinquentis, & in proposito nostro, vt dominus possessionem feudi accipere possit. Sed ius ipsum vasalli amissum est, & quæsitum domino, qui proinde declaratoria sententia post vasalli mortem præcedente vendicare feudũ potest, tam ab hærede vasalli, quàm à quolibet alio possessore. Dominium enim, siue ius vasalli, ex die commissi criminis ad dominum pertinuit, vt argumentatur Vlpianus in d. l. Commissa. de Publicanis.

CAPVT CV.

De feudi diuisione controuersia vna.

B NOnnulli existimarunt, diuisionem feudi fieri non posse, nisi consortes omnes consentiant, nec sufficere vnius prouocationem, Panormitanus in consi. 82. lib. 1. Felynus in c. Quoad consultationem, nu. 91. de constit. Marsilius singulari 9. Fundamentum statuunt in c. 1. §. Præterea ducatus, de prohib. feudi aliena. per Frider. vbi textus ita dicit: *Præterea ducatus & comitatus de cætero non diuidantur, aliud autem feudum, si consortes voluerint, diuidatur.* Illa verba: *Si consortes voluerint*, isti sic accipiunt, ac si diceretur, si consortes omnes voluerint, atque consenserint, vt diuisio fiat.

Sed contrarium rectè docuerunt Alexander in cõs. 7. lib. 5. & alij, quos refert & sequitur Andr. Geyll. lib. 2. obseruat. 153. nu. 9. quia nemo inuitus cogitur manere in communione. l. vlt. C. comm. diui. nec contrarium feudistico iure receptum est. Ergo ius commune seruandum. c. 1. de feudi cogn.

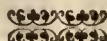
C Non obstant illa verba: *Si consortes voluerint*, quia ciuiliter exaudienda sunt, hoc est, si omnes consortes voluerint, vel alter alterum ad diuisionem prouocauerit, neque enim inuitus detinendus in communione est.



ANDREÆ



ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER OCTAVVS.



CAPVT PRIMVM.

Defensio l. Inter claras. C. de summa Trinitate, & fide Catholica, aduersus Franciscum Hotomanum Hæreticum.

RVRSVS cum Francisco Hotomano mihi controuersia est; non necessaria illa quidem apud eos, qui Catholicam fidem & religionem, vt par est, sequuntur, verùm fortasse nó inutilis futura studiosis, ac Iurisconsultis, qui hæreticorum sectas (proh dolor) & prauas sentétias amplectuntur. Nam ex vno hoc exemplo facilè intelligent, Doctores hęreticos non veritatis amantes esse, sed odio in Romanum Pontificem exacerbatos atque incensos, nihil pensi habere, dummodo summum Pontificé scriptis suis inuadant: quod dum faciūt, suam produnt insaniam: nihil portis inferi aduersus Ecclesiam Christi eiusque Vicarium pręualentibus, sed ad rem venio.

Hotomanus lib. 1. Amicab. respons. c. 1. *Multa esse video, inquit, quę fraudis & imposturę suspicionem aduersus istas mutuas Iustiniani & Papę R. Epistolas mouere possint: atque illud imprimis, quod complures eruditi, & fide digni viri iampridem testificati sunt, illas in antiquis manuscriptis Iustiniani Codicibus non inueniri: quod nec Alciatus quidem, certissimus Papalis Celsitudinis suffragator, negare est ausus lib. Parergon. 5 cap. 23.*

Numerate médacia. Ait Hotomanus, complures eruditos, & fide dignos viros iampridem testificatos esse, illas in antiquis manuscriptis Iustiniani Codicibus non inueniri. Deinde profert Haloandrum, sic dicēté: *Quod ad Epistolam inter claras attinet, in recentioribus aliquot manuscriptis codicibus hęc verba in marginem adscripta notaui. Hęc Epistola in aliquibus non habetur, & propterea nō Glossatur. Azo.* Deinde profert Antonium Contiū, qui sic scribit: *Haloander ait, hanc Epistolam in quibusdā libris non haberi, &c* Vbi sunt, quęso, complures illi eruditi & fide digni viri, qui testificati sunt in antiquis manuscriptis Iustiniani Codicibus non inueniri? Vnū profers testem Haloandrum, nec suspicione carentem (Nā Antonius Contius Haloandrum citat, & authorem habet) qui non ita testificatur, vt tu asseris: tu in antiquis Codi-

A cibus non inueniri scribis, ille in recentioribus, illa verba notauit. Tu indefinitè loqueris, *in antiquis exemplaribus*, ille *in recentioribus aliquot*. Et rursus: *Hęc Epistola in aliquibus non habetur.*

Sed Alciatum audiamus, quantum sententiæ tuæ suffragetur Eius hęc sunt verba loco à te citato: *Sunt qui suspectam habeāt Ioannis Pontificis Epistolam, quę sub titulo de summa Trinitate Iustiniani Codice sita est, dicuntq́, in antiquis Codicibus non inueniri, quod vt arbitror eo faciūt, vt eos adiuuent, qui Pontificis Romani authoritatem deprimunt: quo nomine alios quoque authores deprauatos ab eis reprehendi; vt Othonis Frisingensis Chronica, & Ligurini Poetę carmina quędam. Ego in antiquis plurimis eā exta-*
B *re scio, nec vlla suspicione conuelli posse, quod si vnus aut alter Codex non habeat, id scriptorum incurię tribuendū, qui eam quandoq́, omiserunt, quod non multum ad legalis materię scientiam pertineret. Nō tamen ideo hęsitandum est, quin genuinus germanusq́, Ioannis XI. sit foetus.*

Quot sunt verba, tot sunt tela contra Hotomani sententiam: qui suspectam habent Ioannis Pontificis Epistolam, ij Alciato suspecti sunt hęreseos, & meritò. Talis est Hotomanus, qui vtitur Alciati testimonio, vt ipsius errores magis innotescant, & hęreses, vt inter deprauatores authorum ad deprimendam summi Pontificis authoritatem, vel Alciati testimonio recenseri debeat.

C Alciatus fidē facit in antiquis plurimis exéplaribus extare, qđ sufficere debuit ad eam suspicionem eleuandam inde natam, qđ in vno vel altero Codice non extet: pręsertim cùm Alciatus causam adserat valdè probabilem.

Alciato Iacobus Cuiacius adstipulatur (nescio an eruditus & fide dignus Hotomano fuerit Cuiacius; esse certè debuit) Nam lib. 12. obseruat. c. 26. *Meritò*, inquit. *doctissimus Alciatus non tulit eos, qui à titulo de summa Trinitate & fide Catholica conabantur abstrahere Epistolam Ioannis Papę, siue Archiepiscopi Romani ad Imperatorem Iustinianū, cui inserta est etiam ab ipso Iustiniano ad eundem scripta fidei professio, &c.* vbi pluribus eandem sententiam tuetur.

Secundum argumentum Hotomani: *Alterum est*, inquit, *quod cùm Papa Rom. eiusmodi fraudum & fallaciarum, quæ ad suam potentiam amplificandam valere poterant, iampridem conuictus fuerit, quod vel ex falso & conficto Constantini donationis instrumento, iam in vulgus notum est, atque etiam in vetustissima Carthaginensi synodo ducentis & triginta Episcopis iudicibus falsitatis & imposturæ damnatus: videtur locus esse regulæ iuris ab ipso traditæ, vt semel malus semper sui similis existimetur: semel malus semper præsumatur malus in eodem genere mali: præsertim cùm hæc impostura magnoperè ad augendam, & confirmandam ipsius potentiam valere potuerit: cuius rei studiosissimos seculis omnibus Papas R. fuisse, nemo vel mediocriter in illo historiarum genere versatus ignorat.*

Vt hæc impostura & fraus Hotomani deprehendatur, referam primò verba Epistolæ Iustiniani in illa parte, quæ præcipuum honorem summi Pontificis cõtinet; B Hæc enim est quæ Hotomano & sui similibus dolorem incussit, & lachrymas excussit. Deinde argumentũ confutabo, quod sumitur ex donatione Constantini, & Concilio Carthaginensi: quibus peractis, lectoris prudentiæ reliqua committam.

Verba epistolę Iustiniani hæc sunt: *Nos reddentes honorem Apostolicæ sedi, & vestræ Sanctitati, quod semper nobis in voto fuit, & est, vt decet, vt patrẽ honorantes vestrã Beatitudinem, omnia quæ ad Ecclesiarum statum pertinẽt, festinamus ad notitiam deferre vestræ Sanctitatis, quoniam semper nobis fuit magnum studium vnitatem vestræ Apostolicę sedis, & statum sanctarum Dei Ecclesiarum custodire: quæ hactenus obtinet & incommotè permanet, nulla intercedente contrarietate. Ideoq́, omnes sacerdotes vniuersi orientalis tractus & subijcere & vnire sedi vestræ Sanctitatis properauimus. In præsenti ergo quæ commota sunt, quamuis manifesta & indubitata sint; & secundum Apostolicæ vestræ sedis doctrinam,* C *ab omnibus semper sacerdotibus firmè custodita & prædicata, necessarium duximus, vt ad notitiam vestræ Sanctitatis perueniant. Nec enim patimur quicquam quod ad Ecclesiarum statum pertinet, quamuis manifestum & indubitatum sit, quod mouetur, vt non etiam vestræ innotescat Sanctitati, quæ caput est omnium sanctarum Ecclesiarum. Per omnia enim, vt dictum est, properamus honorem & authoritatem crescere vestræ sedis, &c.* Hæc sunt verba Iustiniani.

Quod secundo loco sum pollicitus, sic exequor. Audi Hotomane, audiant omnes hæretici testimonia, quæ summus Pontifex habet verbis Iustiniani consentanea, & inde iudicent an impostura, dolus, fraus necessaria fuerint ad asserẽdam hanc authoritatem, ex testimonio Iustiniani, de quo agitur, Matth. 16. *Tu es Petrus, & super hanc petram ædificabo Ecclesiam meam, & tibi dabo claues regni cœlorum, & quodcunque ligaueris super terram, erit ligatum & in cœlis, & quodcunque solueris super ter-* D *ram, erit solutum & in cœlis.* Rursus Ioannis 21. *Simon Ioannis, pasce oues meas.* Pontifex autem Romanus successor est Petri, in hoc vniuersali Ecclesiæ regimine, in potestate clauium, in officio pascendi oues, hoc est, totam Ecclesiam gubernandi. Non credis? Audi testes omni exceptione maiores. S. Athanasius in epistola ad Felicem Papam: *Ob id vos Prædecessoresq́, vestros Apostolicos videlicet Præsules in summitatis arce constituit, omniumq́, Ecclesiarum curam habere præcepit, vt nobis succurratis, &c.* Hieronymus in epist. ad Damasum Pontificem Romanum: *Quanquam tua me terreat magnitudo, inuitat tamen humanitas, à pastore præsidium ouis peto, cum successore piscatoris & discipulo crucis loquor; Ego nullum primum nisi Christum sequens Beatitudinis tuæ, id est, cathedræ Petri communione consocior. Super illam petram ædificatam Ecclesiam scio: quicunque extra hanc domum agnum comederit, profanus est. Si quis in arca Noe non fue-* A *rit* (vt sunt hæretici) *peribit regnante diluuio, &c.*

Sed iam argumentis respondendum est, quod tertio loco proposueram. Vrget Hotomanus donationẽ Constantini, quasi à Romano Pontifice confictam. Deinde Concilium Carthaginense. Quod ad Constantini donationem attinet, duo hæc probanda sunt ab hæreticis. Primum, confictam esse donationem illam. Alterum, à summo Pontifice confictam esse. Non esse ab aliquo cõfictam, sed veram esse complures doctissimi viri aduersus Laurentium Vallam disputarunt, pręsertim verò Augustinus Eugubinus. Confictam autem à Romanis Pontificibus fuisse nullo testimonio demonstrari potest, nisi hęreticorum, id est, inimicorum Romanæ Ecclesiæ. Porrò, de Constantini donatione iudicium hic adscribere placuit nobilissimi annalium Ecclesiasticorum scriptoris, licet retentioris, quem nunc Ecclesia sancta Catholica meritò Cardinalem habet cooptatum. Illustrissimi ac Reuerendissimi D. Cęsaris Baronij, is in 3. tomo sub anno Christi CCC. XXIIII. de hac re verba faciens, sic scribit: *Neminem veri amantem, & antiquarum litterarum studiosum negaturum, primum omnium Christianorum Imperatorum, eundemq́, maximè pium* (Constantinum) *ac pariter munificentissimum ore quoque Gentilium prædicatum, Christianam religionem, quam antea superstitione relicta, primus ferè omnium Augustorum, quod pro rei nouitate visum est esse portentum, præter sententiam senatus & populi amplexatus est, cunctis quibus valuit officijs coluisse, atque muneribus frequentasse: Ad quæ præstanda cùm pietas eum impelleret, & æmulatio ex antiqua gloria aduersariæ religionis vrgeret, atque stimulus ea de causa, vt ait Zosimus, hoc tempore infensi sibi, atque palàm iam obtrectantis senatus exagitaret; vt non tantùm paria (quod dictum est superius) gentilium sacerdotum concesserit Christianæ religionis Antistitibus priuilegia, & maioribus auxerit eos atque Christi templa donarijs: sed ipsam potissimũ Romanam Ecclesiam, in qua sciebat totius Christianæ religionis vigere principatum, atque cardinem verti, eamq́, in medio æmulantium, lacessentium, atque oblatrantium hostium collocatam in ipsorum odium, & inuidiam amplissimis donasse muneribus, summaq́, potẽtia communisse, atq; iuribus stabilisse: Quorum aliquibus licet modestia Romanorum Pontificum non sit vsa: non tamen ea ratione negari possunt esse collata: sicut nec quis iure inficias ire poterit tributas esse olim ab Augusto senatui (quod Dio testatur) Africam, Numidiam, Asiam, Epirum, Gręciam, Dalmatiam, Macedoniam, Bithiniã, Pontum, Syrenem, Siciliam, Sardiniam & Hispaniam, Bęticã, licet eisdem posteriores Imperatores pro arbitrio vsi sint. Magnum planè est de collatis illis Romanę Ecclesię à Constantino muneribus argumentum, quod Francorum Christianissimi Principes suis ipsorũ diplomatibus ea à Longobardis ablata se Romanę Ecclesiæ restituere professi sunt. Si enim Romana Ecclesia ante collata à Francorum Regibus priuilegia (quod suo loco pluribus* D *demonstrabitur) iam potiebatur rerum dominio: vnde illud sibi nisi iure debitum potuit vendicasse? Cùm certum sit nulla id factum armorum vi, atque violenta grassatione; silentibus pręsertim, nec minimum quidem reclamantibus, qui illis temporibus regnabant in Oriente Imperatoribus, alioqui in Romanam Ecclesiam parum ęquis, quam & ausi fuerunt (quod queritur sanctus Gregorius) redigere sub tributo.*

Cęterùm iusta possessio, quam, si careret humano, diuino saltem iure, quo subordinata sunt ei rerum dominia, Romana Ecclesia legitimè sibi vendicat, ac posteriores Reges & Imperatores amplissimis priuilegijs ratam habuere, eamq́, illibatam stabilemq́, seruatam voluerunt; à Ioanne Diacono ex deprauato illo à Gręcis mutuato donationis edicto, ambigua redditur potius, quàm probetur: quod cuiq́, rem perspicacius intuenti redditur manifestum, sic enim Gręci donant, vt surripiant potiora: de quibus poeticum illud modo sit nobis meritò vsurpandum.

Quicquid

Quicquid id est, timeo Danaos & dona ferentes. Non enim eo erga Romanam Ecclesiam studio tenebantur, vt qua eius gloria esse viderent & honoris, solicitè curarent: cuius excellentiam superbè admodum æmulati notam eidem inurere semper potius studuerunt, quàm gloriam comparare: est enim huius rei, vt de reliquis taceam, locuples testis Theodorus Balsamon, atque reliqua Schismaticorum colluuies. Quis non credat ab ipsis ex eodem edicto maiestatem Romanæ Ecclesiæ prædicari, cùm ex eo hæc, quæ sequuntur, proferant à Constantino verbis illis fuisse statuta? Decernentes statuimus, vt Romana Ecclesia habeat principalem potestatem, & sit caput quatuor sedium, sedis Alexandrinæ, Antiochenæ, Hierosolymitanæ & Constantinopolitanæ, & vt semel dicam omnium totius orbis Ecclesiarum. Absit à Romanæ Ecclesiæ amplitudine & dignitate, vt ab homine huiusmodi sibi vendicet potestatem, & non potius à Christo per Petrum. An non sæpius demonstratum est secundo Annalium tomo, Romani Pontificis super omnes vbique Ecclesias earumq; præsules fuisse authoritatem, etiam cum ipsa Regina prouinciarum esset sub tributo, cùm scilicet tyrannorum persecutionibus Ecclesia vexaretur? Turpe planè est atque admodum indignum acceptum ferre mortali, quod ab ipso Deo & Domino nostro Iesu Christo constat eidem in Petro esse collatum. Hactenus vir æterna memoria dignissimus.

Quod attinet ad Concilium Carthaginense hoc argumentum ab hæreticis allatum, tam disertè refellit Robertus Bellarminus, in Controuersia de Romano Pontifice, lib. 2. cap. 25. vt alia confutatione nostra non sit opus. Adscribam tamen hic verba eiusdem Cardinalis Baronij, tomo 3. in fine, anni Christi CCC.XLVII. quia videntur planè scripta esse pro confutatione huius calumniæ Hotomanicæ.

At quod nos in maiorem admirationem ac planè stuporem adducit, illud est, quomodo acciderit, vt Zosimus & Bonifacius Romani Pontifices per Legatos à se in Aphricam missos, in causa Apiarii presbyteri canones œcumenici Concilij Sardicensis citauerint nomine Nicænæ Synodi. Hinc struunt mendaciorum congeriem hæretici, vt constat ex literis Concilij Africani. ad eundem Bonifacium redditis. Nulla equidem inprimis in ijs de dolo malo (Nota Hotomane) *& impostura potest esse suspicio, cùm æqui ponderis essent Canones Concilij Sardicensis atque Nicæni; Nã vtrumque Concilium, vt diximus, œcumenicum fuit, & æquè ex hoc atque illo conuincendi necessariò fuissent Africani Episcopi; qui tunc sanè resilierunt, cùm ex Nicæno Concilio citatos canones inter eos qui extarent, minimè repererunt. Cùm igitur omnis prorsus ratio esset suspicionis de impostura: alterum de duobus contigisse oportuit; vel scilicet plures alios Nicæni Concilij canones repetitos esse in Sardicensi conuentu (quod superius est demonstratum) & ab ipso Nicæno Concilio sicut alios multos excidisse, in Romano autem Codice integros conseruatos fuisse: Vel quod in vulgato eodem Codice, qui Romana Ecclesia vsus esset, ab aliquo Canonum collectore, quod sciret nomen Concilij Sardicensis ab Arrianis esse magnoperè infamatum, absque titulo Synodi Sardicensis, eosdem Canones Concilij æquè œcumenici collocatos fuisse dixerimus sub canonibus Nicænæ Synodi; Sicq; accidisse, eosdem citari sub nomine Nicæni Concilij, quod verisimilius contigisse videtur.* Sic ille.

Tertium argumentum, Hotomanus inquit, *est, quòd cùm mendacem, vt in prouerbio est, memorem esse oporteat, tamen harum epistolarum architectus in duabus vicinis legibus, septima scilicet atque octaua pugnantia scripsisse arguitur, vehementerq; inter se dissidētia. Nam cum l. 7. græcè scripta, & anno Christi D.XXXIII. data, nempe Iustiniano solo III. Coss. VII. Kal. April. faciat eum rescripsisse literas, & vt nunc loquimur patētes omnibus cognoscēdas ad Patriarcham suum Constantinopolitanum, quibus literis prædicat, se hanc suam fidei confessionem iam antè R. Papæ spectandam cognoscendamq; misisse: tamen hæc nostra l. 8. quæ confessionem illam continet, facit easdem illas literas ad P. Romanum datas, legatosq; missos anno demùm insequente: nempe D. XXXIIII Iustiniano IIII. Paulino Coss. VII Kal. Aprilis. Superiore inquam anno scribit se iam misisse legatos ad Papam R. At anno vertente, duodecimo denique post mense, scribit, se tum primum, ac tum demum legationem & confessionem illam mittere, &c.*

Respondeo, negando vera esse quæ iste asseuerat. In nullis exemplaribus, & quidem emendatis, illa inueniuntur, quæ iste commemorat, vt meritò ipse mendacij redarguatur, dum alios mendaces esse criminatur, cur non citauit verba legis? quia non extabant. Magis ergo auscultandum est Iacobo Cuiacio d lib. 5. Parerg. cap. 23. ex Basilicis referenti, quomodo res se habuerit his verbis: *Et omnino res ita procedit. Posuit primùm in eo titulo Iustinianus fidei suæ professionem, quam ediderat statim ipso initio sui imperij, quæ est lex 5. Deinde edictum de fide sua, & hæreticorum condemnatione propositum omnibus populis fidelibus, vt Ioannes ait in sua epistola, Constantinopolitanis scilicet & Ephesiis, & Cæsariēsibus, Cyzicenis, & Amidenis, & alijs plerisque, quæ est l. 6. Tum ad Epiphanium Archiepiscopum Constantinopoleos, specialiter Epistolam eadem de re, quę est l. 7. Et octauo atque vltimo loco similem aliam, prętérquam quod latinè in res summa verborum serie & consequentia parem, ad Ioannem Archiepiscopum Vrbis Romæ, quam maluit vna confirmationi & approbationi Ioannis iniectam nobis, quàm solam exhibere; & probatur hic ordo euidenter libris Basilicon, &c.*

Hæc cùm Hotomanus intelligeret, non diu mansit in prima responsione, sed ita pertexit: *Quàm sunt ista quę so consentanea, aut inter se congruentia? Priore anno edictum promulgare de sua fide & religione, quam & ab illo Patriarcha suo Episcopisq; Orientis omnibus, & item ab Ephesiis, Cæsariensibus, Cyzicenis, Amidenis alijsq; populis vniuersis obseruari iubeat, vt ex illius legis inscriptione apparet: anno verò insequente, & duodecim mensibus interiectis, legatos ad Papam R. cum illa eadem confessione mittere, per quos ipsius de illa sua religione sententiam ac iudicium exquirat? vt si ei probetur, tum illam edi atque obseruari iubeat: sin minus eam extinguat; quam tamen, vt dixi, duodecim iam ante mensibus per omnes Orientis Ciuitates, & Ecclesias promulgari ac recipi imperarat? Quid igitur si Romanus Episcopus eam improbasset? nunquid se ipse Iustinianus summa amentia condemnasset, qui eam duodecim ante mensibus per vniuersi Orientis Ecclesias, non modò promulgandam curasset, verùm etiam probari ac recipi imperasset? &c.*

Respondeo, rem ita processisse vti Cuiacius commemorat, & nullam inde repugnantiam oriri, vel absurditatem: quia Iustinianus Imperator optimè nouerat suam fidei professionem conuenire fidei, & professioni ipsius Pontificis Max. & in eum finem ad eum scripsit, petijtque approbationem, vt alijs omnibus innotesceret, ipsius Imperatoris fidei professionem eandem esse cum professione Romani Pontificis, ac proinde ab omnibus eò facilius reciperetur, præsertim quia à quibusdam prauis Monachis malè & Iudaicè, secundum Nestorij doctrinam, fuerant aliqua negata. Non credas mihi, sed crede verbis ipsius Epistolæ Iustiniani, quæ sic habent: *Omnes ergo Sacerdotes sequentes doctrinam Apostolicæ sedis vestræ, ita credunt, & confitentur, & prædicant. Vnde properauimus hæc ad notitiam deferre vestræ Sanctitatis, per Hypatium & Demetrium beatissimos Episcopos: vt nec vestram Sanctitatem lateant, quæ à quibusdam paucis monachis malè & Iudaicè, secundum Nestorij perfidiam, denegata sunt. Petimus ergo vestrum paternum affectum, vt vestris ad nos destinatis literis, & ad sanctissimum Episcopum huius almæ vrbis, & Patriarcham ve-*

strum fratrem, quoniam & ipse per eosdem scripsit ad vestram Sanctitatem, festinans in omnibus sedem sequi Apostolicam Beatitudinis vestræ, manifestum nobis faciatis, quod omnes qui prædicta rectè confitentur, suscipit vestra Sanctitas: & eorum, qui Iudaicè ausi sunt rectam denegare fidem condemnat perfidiam. Plus enim ita & circa vos omnium amor, & vestræ sedis crescet authoritas: & quæ ad vos est vnitas sanctarum Ecclesiarum inturbata seruabitur, quando per vos didicerint omnes beatissimi Episcopi, eorum quæ ad vos relata sunt, synceram vestræ Sanctitatis doctrinam.

Vides, vt puto, lector, quam ob causam Imperator scripserit ad Romanum Pontificem, cur petierit approbari suam fidem, & quia erat per omnia conformis Romani Pontificis fidei & doctrinæ, quam semper Apostolicam appellat (ad confusionem sectariorum) vti reuera est, & semper erit, nullum erat periculum, eandem vt reprobaret ac reijceret ipse summus Pontifex: sed eam approbari ac recipi vtilissimum erat, omnibus alijs Episcopis, & Ecclesijs, vt manerent in vnitate fidei Catholicæ, & contraria dogmata repudiarent.

Quartum argumentum Hotomani. *Nam cùm*, inquit, *& Iustinianus & superiores Impp. Patriarchæ suo Constantinopolitano, vel maiorem quam alijs omnibus, vel certè parem potentiam atque authoritatem tribuerint; tamen Iustinianus in hac octaua lege, & Latina Epistola fingitur, illum Papæ Romani potestati, & in constituenda religione cognitioni ac iudicio subijcere. Nam vt alia sexcenta testimonia omittamus, neque longius quàm ex eodem primo Codicis libro testimonium petamus, extat eiusdem Imperatoris constitutio in l.24. C. de sacrosanct. Eccl. vbi scriptum ita est. Constantinopolitana Ecclesia omnium aliarum est caput. Extat item altera superioris Imperatoris nomine Zenonis constitutio in l. Decernimus 16. eod. tit. cuius hæc verba sunt: Sacrosanctam huius Constantinopolitanæ religiosissimæ Ciuitatis Ecclesiam, & matrem nostræ pietatis & Christianorum orthodoxæ religionis omnium, & eiusdem Regiæ Vrbis sanctissimam sedem priuilegia & honores omnes super Episcoporum creationibus, & iure ante alios residendi, & cætera omnia quæ ante nostrum Imperium, vel nobis Imperantibus habuisse dignoscitur, habere in perpetuum firmiter regiæ vrbis intuitu iudicamus & sancimus. Hæc ille. Quibus potest intelligi, quantoperè ab illorum temporum institutis abhorreat, quod hoc loco Iustinianus scripsisse fingitur, velle se Constantinopolitanum Patriarcham Romani Papæ iudicio atque potestati subijcere: præsertim cùm in Nouella 131 dilucidè profiteatur, priuilegium illud quod Papa Rom. sibi per ea tempora vindicabat, vt in Synodis Ecclesiasticis primo loco et ante omnes sederet, suo & superiorū Impp. beneficio illi tributum, & concessum fuisse. Sancimus, inquit, Episcopum Romanum priorem omnibus Episcopis & Patriarchis sedere, & post illum Constantinopolitanæ Ciuitatis Archiepiscopum.*

Respondeo, quod attinet ad l. 24. C. de sacrosanct. Eccles. illam non extare in communibus, & etiam correctis optimisq; exemplaribus: Et dato quod extaret, semper excipienda est Ecclesia Romana, quæ verè caput est omnium Ecclesiarum, vel ipsomet Iustiniano teste in Nouella 9. Vt Eeclef. Rom. cent. anno gaud. præscrip. vbi sic ait: *Vt legum originem anterior Roma fortita est, ita & summi Pontificatus apicem apud eam esse nemo est qui dubitet.*

Quod verò ad l. Decernimus 16. eiusdem tit. attinet, illa extat quidem, sed non statuit quid quam in præiudicium Ecclesiæ Romanæ, vt ibi etiam Accursius notat. Nam cùm Basiliscus, absente Zenone, ac deinde in Isauriam etiam profugiente Acacio Patriarcha atque Archiepiscopo Constantinopolitano complures ademisset prouincias, in quibus antistites constituendi ius antea ei competierat: Zeno expulso Basilisco imperium recepit, & continuò illam legem promulgauit, qua infirmantur ea quæ Basiliscus constituerat, & Acacio cæterisq; Episcopis suæ sedes restituuntur, sicuti explicat optimè Iacobus Cuiacius lib. 3. obseru. cap. 19. Itaque nihil Zeno ibi statuit de Patriarcha Constantinopolitano, in comparatione Episcopi Romani, qui est summus Pontifex & primum locum obtinet, sed prima sedes restituitur Patriarchæ Constantinopolitano, quoad alios Episcopos. Et vt omnis cesset dubitatio circa Romanum Episcopum & Patriarcham Constantinopolitanum, notum est à Pontifice Romano octo Patriarchas Constantinopolitanos depositos fuisse, quos enumerat Nicolaus I. in Epistola ad Michaelem Imper. inter quos vnus fuit Anthimus, quem Agapetus Papa deposuit, & Menam ordinauit, vt Liberatus scripsit in Breuiario cap. 21. Zonaras in vita Iustiniani, imò huius rei testis est Iustinianus ipse in Nouella 42. Cùm hæc ita sint, liquidò apparet, Constantinopolitanum Patriarcham parem non fuisse Romano Pontifici, quia par in parem non habet imperium.

Quod porrò subiungit Hotomanus ex Nouella 131. priuilegium, quod Romanus Pontifex obtinet ante omnes sedendi, suo & superiorum Impp. beneficio obtinuisse, mendacium est. Nam fideliter non citauit verba dictæ Nouellæ, quæ sic se habent: *Sacrorum Conciliorum dogmata, sicut sanctas scripturas accipimus, & regulas sicut leges obseruamus, ideoq; sancimus secundum earum definitiones sanctissimum senioris Romæ Papam, primū esse omnium sacerdotum.* Omisit Hotomanus illa verba: *Secundum earum definitiones*, quibus apparet ita in Concilijs definitum fuisse, non autem à Iustiniano tributum. Sed nec à Concilijs priuilegia hæc donata sunt, verùm ab ipso Deo, vt meritò Nicolaus I. in Epistola ad Michaelem Imperatorem dicat: *Ista priuilegia huic sanctæ Ecclesiæ à Christo sunt data, à Synodis non donata, sed celebrata & honorata, &c.*

Quintum argumentum est: *Quod cùm idem Imperator, inquit, fingatur tum in hac Epistola, tum etiam in alia superiori septima græcè scripta, Papæ Rom. scripsisse nullum se pati velle geri negocium ad religionem pertinens, quantumuis notum sit ac diuulgatum, de quo nō statim ad illum exquirendæ sententiæ sua causa deferatur, vtpote caput existens omnium Dei Ecclesiarum, tamen extant Nouellæ cōstit. eiusdem Imp. quamplurimæ in quibus liberè, ac pro suo iure de rebus innumeris ad religionem pertinentibus, sine vlla Papæ Romani mentione decernit, &c.* Hæc Hotomanus, qui posthæc Nouellas constitutiones multas adducit, & alia quæ de rebus Ecclesiasticis Imperator statuit, quæ recensere non est necesse, cùm omnia sint nota.

Respondeo, nullam ex his legibus, quas Hotomanus profert, & quæ extant tum in Codice Iustiniano, tum in Nouellis, pertinere ad fidei & religionis professionem, de qua ipse Imperator ad summum Pontificem in hac de qua loquimur Epistola scripsit. Quare argumentum nullius est momenti: Quod enim in hac Epistola profitetur, quæ ad statum Ecclesiasticum pertinent, se ad Romanum Pontificem doleturum, accipiendum est de ijs, quæ ad fidem pertinent, & fundamentum Ecclesiæ vnitatis & religionis. Nec tamen ideo dico, potuis se Imperatorem de rebus Ecclesiasticis, puta Clericis & Monachis, Episcopis & alijs de quibus multa statuit, suo iure decernere, & leges ferre, quia hanc Eeclesiaticam potestatem ad summum Pontificem spectare certum est, sicut habetur in capite secundo, de maioritate, & obedientia, & in cap. Per venerabilem, qui filij sint legit. & alibi, sed quis poterat Imperatorem impedire, quò minus illa statueret, cùm tam potens esset, & summi Pontifices, totaque Ecclesia continuis ferè persecutionibus exagitaretur, & ope indigeret Imperatoris, nec leges inutiles esse constitutas videret?

Postremum argumentum est ex dicendi genere, quo Epistolæ ambæ conscriptæ sunt, quia alienum est ab eo stylo, quo Iustinianus in latinis suis constitutionibus vti consueuit. *Primum omnium*, inquit, *hæc Epistola*

plena

plena est indecora assentationis, & tanto Imperatore indigna,&c. Nos, inquit, *reddentes honorem Apostolicæ Sedi Romanæ.*

O caput mirabile, atra inuidiç ac odij nube coopertũ, quia tu Ecclesiæ Romanæ cum alijs sectarijs hostis es, putas alios quoque esse debere. Nec ferre potes honorẽ sanctæ sedi Apostolicæ deferri, quam omnis antiquitas venerata est, Imperatores tot auxerunt priuilegijs, tot ac tantis bonorum possessionibus, quot notum omnibus est, amplificarunt atque donarunt. Idne alienum à Iustiniano erat, qui alibi eam vocat *patriam legum, fontem sacerdotij, venerandam sedem summi Apostoli Petri?* Vt in Nouella 9. Vt Ecclesi. Romana centum annor. præscript. gaud. & in Nouella 131. de Ecclesi. tit. *Sanctam Apostolicam sedem appellat.*

Ex eodem genere, inquit, *illud est, semper nobis in voto fuit, & est, vt decet, honorare vt patrem vestram Beatitudinem.* Sed hoc nullius planè momenti est, vnà cũ alijs, quæ iste adducit ex verbis Epistolarum, quibus Imperator est vsus. Vnde enim didicit hanc argumentandi rationem. Illa verba non sunt in alijs Iustiniani legibus & constitutionibus, aut eis similia; Ergo Epistola conficta est, nec Iustinianus author illius est? Nam, quot sunt verba in aliqua lege, vel constitutione, quæ in alijs non habentur? Si complures Epistolas Iustiniani, in eius Codice haberemus ad Romanum Pontificem scriptas, in quibus nunquam illud orationis genus vsurparetur, sed longè diuersum nonnihil haberet coloris H. calumnia, sed nullæ sunt aliæ similes Epistolæ: quare nec possumus illam, quam is allegat, styli diuersitatem intelligere. Comparatio enim fit in rebus similibus eiusdem generis; nec vnum & idem dicendi genus in omnibus rebus exigendum est.

Sed qm̃ Alciatum sæpe Hotom. in hac disputatione laudauit, propter Cõstantini donationem, præstat intelligere, quid Alciatus de Romano Pontifice senserit, deque eius authoritate & potestate, quid ex alijs vetustissimis, grauissimis authoribus, testimonijs, monumentis scriptum reliquerit, vt studiosi sciant, & alij, quorum interest, quæ inter Alciatum, quem fatetur Hotom. virum doctissimum fuisse, & ipsum Hotom. differentia sit, imò inter Catholicum scriptorem & hominem hæreticum. Prolixa quidem Alciati annotatio est, sed iucunda, vera, præclara.

Alciatus ad l. Inter claras. C. de summa Trinit. & fide Cathol. *Fuit olim magna controuersia, an Pontifex Romanus principatũ Ecclesiarum de iure diuino haberet. Quod si haberet, an ad eum potius qui Romæ, quàm qui Constantinopoli esset, quæ noua Roma est, pertineret: Et Iustinianus hic ad Romanum rem trahit, quod & aliquo post tempore Phocas quoque Imperator constituit, Constantinopolitanoq; præsuli. Nunquid verò id humanis sanctionibus potius quàm iure diuino probetur, nodus esset haud sanè facilis, nisi veteres & sancti illi primitiuæ Ecclesiæ antistites nobis præiuissent, & iuris diuini id esse demonstrassent. Cùm enim dixisset Christus Dominus noster Petro:* Tu es Petrus, & super hanc petram ædificabo Ecclesiam meam; *apparet per hæc verba ei vniuersalis Ecclesiæ administrationem promissam. Quod autem ab eo promissum est, factum esse opinari non & fuisse seruatum: consensuq; prudentium proditur, tunc verè traditam, cùm post resurrectionem dixit:* Pasce oues meas.

Vt enim caput fidei ipse Christus est, qui gratiam quotidiè in Ecclesiam suam inuisibiliter infundit, ita & loco sui Petrum eiusq; successores in terris reliquit, qui ea, quibus Ecclesia indiget, visibiliter ipsi conficerent: sic ab his Sacramenta exhibentur, populi in fide instruuntur, Episcopi constituuntur, Concio fidelium legibus, exemplis, monitionibus regitur, mali abominationibus & pœnis corriguntur: quæ si Christus ipse sibi reseruasset, iam fides merita perderentur, certiq; eius rei essemus, quam nostra salutis interest, quæ potius ex fide credamus. Sic in Euangelio rogasse se asse-

A *rit Christus, ne deficiat fides Petri: sic constituit, ne portæ inferi aduersus petram, in qua fundatur Ecclesia, præualeant: sic ei mandatur, vt confirmet fratres suos: sic ipse, tanquam os & caput Apostolorum, Domino nostro respondet: sic semper in fide ardentiorem se præstat: sic à generalitate aliorum honoris gratia eximitur: cum, dicite, inquit, discipulis & Petro: sic pro eo census soluitur, quæ omnia sancti Antistites, cùm optimè animaduertissent, pro exploratissimo habuerunt, primatum Ecclesiæ Petro, eiusq; successoribus datum: Sed quid profuit tot Concilijs, id sanctissimos Patres statuisse, tot legibus Imperatores cauisse, Ecclesiæ Doctores tam Græcos quam Latinos docuisse, si adhuc reperiuntur, qui etiam editis voluminibus id denegare ausint, nosq; acephalos faciant? vt libeat exclamare, quod vulgò dicitur. Nil intra est oleum, nil exterè est in nuce duri. Quid enim vnquam tam apertum fuit, tam dilucidum, vt dicendo inuerti non possit? si singulis horum rationibus respondere operæpretium ducerem, & studiosos multa lectione inuoluerem,*
B *& nihil proficerem: qui enim hæc attentant, cancro illo & hydra Platonica pertinaciores sunt, Pontificumq; monitis minimè resipiscentes, nouas quotidie & scandalo plenas conclusiones cogitant, & in publicum proferunt, vna in re solùm intenti, vt contradictiones cunctis orthodoxis adducant, vt vbique concordiam extinguant, nusquam pietatem adiuuent:* (Pingit suis coloribus hæreticos) *quorum sententia, si vera esset, veteres omnes, sanctosq; Theologos abrogare oporteret, quorumcunque Principum regna subuertere, qui à Pontifice Romano primùm instituti sunt, & imprimis Cæsar ipse exauthorandus, cùm ex decreto Gregorij V. constituti Electores eum designandi ius nullum adepti fuerint: deturbandus Rex Francorum, cum à Chilperico in Pipinum transferre dominationem sanctione sua Zacharias nequiuerit: deijciendi Siciliæ Reges, qui a sede Apostolica sub fidelitatis iuramento regnum possident: Antistites omnes, qui hactenus fuerunt, & pij & religiosi ceu inuasores, &*
C *pseudo episcopi explodendi, cùm a Romano Pontifice instituti fuerint. Sed bene habet, noluit Christus fidem Petri deficere: tot columnis, tot tibicinibus ea fulta est, vt labefactari aliquorum syllogismis nequeat. Extant antiquorum interpretum commentarij, quibus omnes hæreticorum sententiæ confutantur: & vt Anacleti, Pelagij, Innocentij, Nicolai, Leonis decretales Epistolas omittamus, principatum Ecclesiæ celeberrimus quisque veterum Petro ipsi datum consentit & ex Græcis Ioan. Chrysostomus homil. 55. in Matthæũ, nunc Petrum totius Ecclesiæ pastorem constituunt, nunc eius pastorem & caput, nunc vniuerso orbi præpositum asserit. & homil. vltima in Ioannem, Iacobum quidem Hierosolymorum accepisse, Petro verò totius orbis curam demandatam affirmat. Theophilus Principem Apostolorum ex eo factum Luc. 22. scripsit, cum illi mandat, vt fratres confirmet. Rursus Ioan. cap vlt. idcirco ei à Christo dictum, sequere me, quoniam cunctorum fidelium prælaturam ei concesserat. Cyrillus Alexandrinus libro Thesaurorum nos*
D *hortatur, vt maneamus in Ecclesia Petri, & in capite nostro, nempe Apostolico Throno Romanorum Pontificum. Maximus Epistola quadam Orientalibus populis suadet, vt veram fidem approbantes, in Ecclesiam Romanorum, tanquam in solem, respiciant, & ex ipsa lumen Catholicæ & Apostolicæ fidei recipiant.*

Ignatius Constantinopolitanus potestatem Apostolorum principi Petro datam, non in eius persona circumscriptam, sed successoribus quoque senioris Romæ Pontificibus transmissam author est. Ex Latinis Cyprianus super vno Petro fundatam Ecclesiam tradit, idq; a Christo institutum, vt vnitas eius ostenderetur. Idem lib. 4. Epistolarum ad Pupianum, super Petro ædificatam fuisse Ecclesiam apertissimè fatetur. Ambrosius nunc eum Ecclesiæ petram appellat; nunc fidei firmamẽtum: idcircoq; petram esse, quoniam primus in nationibus fidei fundamentum posuerit. Idem sermone 11. Hanc, inquit, solam Ecclesiæ nauem ascendit Dominus, in qua Petrus Magister est constitutus, Hieronymus in Matthæum, Petri nomen illi rectè à Christo datum,

quoniam

quoniam per metaphoram super eum ædificaturus erat Ecclesiam suam. Idem ad Damasum: Ego, inquit, Beatitudini tuæ, id est, Cathedræ Petri communione consocior, & super illam petram ædificatam Ecclesiam scio. A

Augustinus ad Paulinum Epist. 106. Innocentij literas commendat, quibus ad sedis suæ notitiam pertinere sectabatur, quicquid vbiq; à Concilijs in fide statuatur, cuius iudicio, vel stent, vel cadant, quæ tractata fuerint. Rursus in libro aduersus Epistolam Donati, in Petro asserit tanquam in petra fundatam Ecclesiam. Gregorius cùm varijs in locis, tum maximè Epistola ad Mauritium Imperatorem, eandem sententiam adductis Euangeliorum canonibus clarissimè defendit: & post eum Bernardus eo sermone, quem in ipsius Apostoli vigilia habuit, diffusiusq; ad Eugenium Papam lib. 11. de Consideratione: Age, inquit, indagemus quis sis, quam geras pro tempore personam in Ecclesia Dei. Quis es? Sacerdos magnus, summus Pontifex, tu Princeps Episcoporum, tu heres Apostolorum, tu primatu Abel, gubernatu Noe, Patriarchatu Abraham, ordine Melchisedech, B *dignitate Aaron, authoritate Moyses, iudicatu Samuel, potestate Petrus, vnctione Christus: tu es cui claues traditæ, & oues creditæ sunt: Habent alij sibi assignatos greges, singuli singulos, tibi vniuersi crediti: Socrates Episcopus in historia Cassiodori, cùm in varijs locis principatum Romæ sedi tribuit, tum & lib. 4. cap. 9. vbi Ecclesiasticis regulis mandari asserit, ne præter Romani Pontificis sententiam Concilium celebretur. Rursus lib. 9. cap. 13. regulam prolatam author est, vt Constantinopolitanus Episcopus haberet honoris priuilegia post Pontificem Romanum, ijsq; consensum suum præstitisse Imperatorem Theodosium: quod & Constantinopolitano Concilio cautum reperitur, in quo hæc ad verbum legere est: Constantinopolitanus Episcopus habeat honoris primatum post Romanum, propterea quod vrbs ipsa sit iunior Roma. Sed & Ammianus Marcellinus historia lib. 15. author est, Constantium Cæsarem sententiam, qua Athanasium damnabat, petijsse à Liberio Romano Pontifice pro* C *authoritate, qua potiores sunt æternæ vrbis Episcopi, confirmari: quod minimè obtinere potuit. Sed quid ego hac in re verba vlterius faciam? Et contra vetus prouerbium rem actam rursus agam? Pluribus enim Concilijs, & nouissimè Constantiensi res hæc omnis decisa est, quod & Iustinianus Imperator hac constitutione approbauit, vt ridicula fit ea hæreticorum conclusio, qua id introductum ex frigidissimis decretis solùm à CCC. annis citra asseuerant. Sed certè nobis videntur isti, nõ tam credere, quę asserunt, quàm id agere, vt inuidiam aduersus Pontificem, & præsules colligant, & contra Christianorum dogmatum sinceritatem Principibus populi sui maledicant, cùm tamen Christus quoque ipse Pontificibus & Sacerdotibus libentissimè detulerit, quod annotauit Cyprianus. Paulus quoque in Actis Apostolorum cap. 24. Nesciebam, inquit, fratres, quia Princeps est.* Hactenus Alciatus. Plurima alia possem adferre testimonia, pro Romano Pontifice, verùm supersedeo, quia non hæc disserui, vt summi Pontificis summam authoritatem assererem, quod alij doctissimi Theologi satis luculenter fecerunt, sed vt l. Inter claras. à morsibus Hotomani vindicarem, quod nemo hactenus fecit, quem sciam. Post hæc scripta & impressa legi tandem disputationem ferè aduersus Hotomanum apud Illustriss. & Reuerendiss. D. Cardinalem Baronium VII. Annal. Ecclesiast. Tomo, qui longe doctiùs & accuratiùs omnia exequitur. Tu illum consulito.

D

CAPVT II.

Defensio Extrauag. Regimini. de empt. & vendit. aduersus disputationem Francisci Hotomani Hæretici, lib. 2. obseruat. cap. 15.



ANnuos census iustè & legitimè emi ac vendi posse, seruata tamen iuris forma, nemo est qui nesciat. Ita enim communi sententia Doctorum vtriusque iuris receptum est, & res nimis iam inculcata est, transiuitque in rem iudicatam, vt verbis vtar Tiraquelli de retractu consanguineorum. §. 1. Gloss. 6. num. 15. Ita multis ac varijs summorum Pontificum constitutionibus sancitum est & Imperij etiam Romani ordinationibus, vt tradit Andreas Geyll. lib. 2. obseru. 7. Nemo igitur hoc in dubium iam reuocat, excepto Francisco Hotomano, non vt Iurisconsultos & Theologos damnaret, aut Cæsarum Constitutiones, sed vt Romanum Pontificem, quem hæreticus homo odio prosequitur, reprehenderet, cuius reprehensionis facilis est reprehensio. Is lib. 2. obseru. cap. nonnulla profert argumenta aduersus Extrauag. Regimini, de empt. & vendit. quæ breuiter putaui referenda, atque refellenda, vt imposturæ ipsius detegantur.

Primùm, inquit, *emptio ex eorum numero est, quæ solo consensu contrahuntur. Hanc autem conuentionem re contrahi, & antequam numerata pecunia sit, nullam obligationem concipi, nemo, vt opinor, vel mediocriter in libris nostris versatus addubitabit. Deinde, in emptione & venditione vltrò citroq; obligatio nascitur: ac propterea bonæ fidei iudicium ex eo contractu constituitur: At in hoc negotio, & is solus, cui fundus traditur, & restrictè ex ijs tantùm, quæ lingua nuncupata sunt, adstringitur. Præterea in emptione contrahenda res quanti est, insolidum æstimatur, hic autem non fundus, sed eius tantum annuus prouentus æstimatur. Restat igitur vt consideremus, an hæc conuentio mutui nomine contineatur, quod dici omnino non potest. Nam in mutuo certa obligatio nascitur de reddenda quandoque pecunia. Hic autem acceptor pecuniæ non obligatur. Cùm igitur hanc conuentionem inter contractuum genera non reperiamus, & constet, eam naturam habere aliarum omnium conuentionum dissimillimam, videamus ne quid in ea monstri subsit. Et profectò ita est, vt tres occultissimas fraudes, quasi viperas, aut vulpeculas sub huiusce conuentionis specie latere animaduertam: quarum prima hæc est, quod in ea solus fundi prouentus æstimatur, atque emitur: fundus autem gratis, ac sine vllo precio callidè ac subdolè aufertur. Cùm enim de illa Decima, Duodecima & Decimaquinta disseritur, nequaquam fundi precium exquiritur: sed eius tantummodò prouentus cum decima, aut duodecima sortis parte comparatur: vt quia, verbi gratia; duodecima sortis pars rectè & legitimè pro vsura constituitur, quippe quæ bessi legitimo propemodũ respondeat: propterea recta vsuræ ratio iudicetur, si pro pecunia numerata, tantundem in fructibus soluatur: hoc est, fructus qui duodecimæ respondeant. Quod quàm iniquum & indignum sit, nemo non videt. Non enim ex prouentu tantùm & frugibus, sed etiam multis alijs ex caussis fundi æstimantur. veluti salubritate, amœnitate, opportunitate, aut circumluuione fluminis, vicinitate oppidi. l. Competit. 16. ff. qđ vi aut clam. l. si cui fundus de leg. 2. Et ea de re pulcherrima Epistola extat C. Plinij lib. Epistolar. 111. cuius initiũ est: Adsumo se. Ex quo intelligi volumus, quàm longè hoc genus contractus à venditione cum pacto redimendi facta dissideat, in qua verum, æquum, & solitum rerum precium æstimatur.*

His verbis tria cõtinent mendacia. Primũ in illis verbis: *Quod in ea solus fundi pꝛouentus æstimatur, atq; emitur, fundus autẽ gratis ac sine vllo precio callidè & subdolè aufertur.* Falsum est, fundum auferri dño, hoc est, venditori census. Nã sic se reshẽt in hoc censu, qui à Scholasticis vocatur

vocatur constitutiuus. Venditur certo precio conuento A iusto scilicet, annuus reditus certi fundi, eius dominium venditor retinet, & se obligat, & fundum quoque ad annuum censum persoluendū, itaque fundus non aufertur: sicut in censu reseruatiuo, cùm scilicet fundi dominium in alium transfertur à domino, reseruato sibi annuo censu, iuxta notata in cap. Constitutus. de relig. domibus: sed iste non intellexit vim & naturam horum cōtractuum, vel atra nubes odij in Romanum Pontificem oculorum aciem obtenebrauit eius, vt & aliorum hæreticorum.

Alterum mendacium inest verbis illis: *Cùm enim de illa decima, &c.* Nam *decima, duodecima, &c.* non comparatur, vt ipse putat, cum decima & duodecima sortis parte, quasi vsura cōstituatur palliata, vt nostri loquūtur, sed habetur ratio rei, super qua annui census obligatio cōstituitur, & ipse census annuus emitur ac vēditur, ita vt precium iustum sit. Verbi gratia, centū aureis cēsus annuus venditur super fundo, venditor ex eo cōtractu promittit annua quinque, quia ex illo fundo annuatim percipit idē B venditor tantundem vtilitatis, quanta est pensio soluēda statis temporibus: *Nam si res non est talis: dominus rei non habet reuera ius recipiendi tantam vtilitatem: Ergo verè non habet id totum, quod vendit. Et consequenter is qui fingeret se emere talem censum, in rei veritate nihil emeret, sed palliaret sic vsuram, qua censuario mutuaret summam soluendam cum vsurario incremento, postea paulatim varijs temporibus.* Verba sunt R. P. Gregorij de Valentia, viri summi, ac Theologorum huius ætatis præcipui in 3. Tomo Comment. Theol. dispu. 5. q. 22. punct. 2. vbi alios citat, & puncto 5. de iustitia precij censuum, latiùs disputat, sed hæc non intellexit Hotomanus.

Tertium mendacium est, cùm ait, in venditione cum pacto redimendi facta, *verum, æquum, & solitum rerum precium æstimari*. Falsum est, quia æstimatur res habita ratione oneris reuendendi, vt ratio ipsa dictat, Nullus dissentit. Itaque res minoris æstimatur, quàm si purè & simpliciter vendatur absque pacto reuendendi. Est enim C hoc pactum onus, Hotomane, quod si perpendisses, non dixisses solito precio æstimari.

Pergit Hotomanus: *Sed nunc alteram fraudem*, inquit, *quæ sub hac fucata emptione agitur, detegamus. Neq; enim solum fundi corpus non emitur, sed ne ipsius quidem prouentus: quod paulum attendenti non difficilè erit intelligere. Nam emptio & venditio, vt ex parte venditoris rem certam, sic ex parte emptoris certum definitumq́; preciū, quod ab emptore verè (& vt loquuntur) naturaliter abeat, & in venditorem transferatur, exquirit. l. 1. ff. de contrah. empt. l. penul. C. de rer. permutat. At in hac conuentione nulla precij quantitas pro fundi fructibus constituitur: quæ emptori detrahatur. Imò tantum abest, vt illi aliquid decedat, vt contra potius accedat: vtpote cùm ipsius pecunia ex fundi fructibus sine vllo impendio suo amplificetur.*

Hominis delirantis verba esse videntur: *Nulla precij quantitas pro fundi fructibus constituitur*, imò constituitur, quia emptor venditori pecuniæ certam quantitatem D numerat verè, naturaliter & realiter, illaque ab emptore abest; & transfertur in venditorem. Nemo id ignorat, imò paulò superiùs idem dixit Hotomanus, dum dixit, antequam numerata pecunia sit, nullam contrahi obligationem. Ex fructibus autem pecunia ab emptore soluta non amplificatur, sed emptor annuum censum accipit, donec redimatur census. Sicut is qui cum pacto reuendendi emit, fructus percipit rei emptæ, donec redimatur. l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. sed res est clara nimis: pudet diutiùs immorari.

Tertia fraus ex eo deprehenditur, inquit, *quod hoc genus conuentionis nullius alterius rei quàm exercendæ fænerandæq́; pecuniæ causa institutum est: quemadmodum vel ex illa decima & duodecima ratione intelligi potest, de qua Pontifices in illo extrauagante decreto scribunt, &c.*

O sanctum pectus; timet labem vsuræ. Bonarum mentium est timere peccatū, vbi non est. Horret Hotomanus

A nomen decimæ, duodecimæ, quasi sonet in fænus illicitum, rem non inspicit, non perpendit contractus substātiam, pacta, periculum sortis amittendæ, nullam actionē competere emptori ad repetendū pecuniam, sicut creditori qui mutuauit, & alias differentias, quæ ab omnibus hactenus cōsideratæ sunt inter mutuum fæneratitium, & emptionem, & venditionē censuum. Prohibent summi Pontifices, nec non Imperatores ac Principes vsuras turpes, easdem omnes boni detestantur. Approbant tamen census. Hotomano sunt vsurarij & fæneratitij, scilicet; *Huic modo cor soli est, reliqui velut vmbra feruntur*. O impudentiam, sed quid mirum? hæretici non obediūt Ecclesiæ, contemnunt Orthodoxos Patres, suas opiniones præferunt omnibus Concilijs, ac receptis ab Ecclesia interpretationibus. Sed bene res habet, quia portę inferi non præualebunt aduersus eam, vt aliàs dixi ex verbis Domini nostri Iesu Christi.

B
CAPVT III.

An fiscus, Principes, Ciuitates & Ecclesia Romana centum annorum præscriptione gaudeant?

NOta est l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. in qua Imperator Iustinianus cētum annorum præscriptionem concedit Ecclesijs, Ciuitatibus, redemptioni captiuorum & cæteris pijs locis in rebus venditis, vel donatis, vel legatis, vel per fideicōmissum relictis, necnon etiam in hæreditate relicta. Sed controuersia est, an idem præscriptionis ius fisco etiam competat. Item Principibus, an etiam Ciuitatibus, inspecto iure nouissimo ex nouellis Iustiniani constitutionibus, & denique, an etiam Romanę Ecclesiæ competat consideratis omnibus Iustiniani constitutionibus. Nam iure Canonico certum est competere, & indubitatum. Quatuor hæ sunt cōtrouersiæ dignæ, quæ accuratè à nobis C tractentur atque discutiantur, tum quia nō exiguam iuris cognitionem secum adferunt, tum quia magnus in praxi forensi earum vsus est.

Fiscum priuilegio gaudere centenariæ præscriptionis, authores sunt Accursius in d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccl. in verbo. centum annorum in 4. solutione argumenti allati ex l. In omnibus. ff. de diuersis & temp. præscr. Bart. ibidem, Baldus, Salicetus, Iason, Marcus Antonius Peregrinus de iure fisci, lib. 6. tit. 8. nu. 2. Fundamētum est, quia d. l. vlt. dicit: *Vt inter publicum ius & priuata commoda competens sit discrimen, &c.* sed ius fisci publicū est, nō autem priuatum, Ergo illa lex ad fiscum quoq; pertinet. Huc accedat Nouella 160. vbi Imperator dicit, oportere *se ex æquo Ciuitatum & rerum fisci curę studere*. Ergo priuilegium in ea lege tributum Ciuitatatibus, interpretatione extendi debet ad fiscum.

Præsertim quia fiscus maiora habet, quàm Ciuitates priuilegia. Nam ędilitiæ actiones, quæ in venditionibus D fiscalibus cessant, si quæ Respub. quid vendiderit, locum habēt. l. 1. §. Illud. ff. de ædilit. edi. Rem Ciuitatis sub hasta venditam, licitantique addictam, non licet adiectione precij postea emptori auferre, nisi particulari priuilegio id Reipub. concedatur. At fiscus vendens habet adiectionis tempora, intra quæ quilibet potest aucto precio rem emptori euincere. l. Lucius. 21. in fine. ff. ad Municip. l. 1. C. de vend. reb. Ciuit. l. pen. C. de omni agro deserto. l. 4. C. de iure hastæ fiscalis.

Rursus fiscus ius habet in rebus debitorum. l. Aufertur. 46. §. Fiscus. ff. de iure fisci, & tacitam hypothecam. l. 1. & 2. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacitè contrah. Ciuitates autem non habent, nisi quæ singulariter id à Principe impetrauerint, vel pacto quæsierint. l. Simile. 10. ff. ad Municip. l. 2. C. de iure reip.

Verùm istis nil morantibus contrariam sententiam amplector, doctrinam Pauli Castrensis secutus in d. l. vlt. num. 7. atque ita contendo, priuilegium centenariæ

præscriptionis ea lege tributum, ad fiscum nequaquam pertinere.

Mouet me imprimis, quod in d. l. vlt. Iustinianus tribuit illud ius ac priuilegium Ecclesijs, locis pijs, Ciuitatibus, & captiuis, fisco autem non tribuit.

Deinde, quia iam cautũ est specialiter de præscriptionibus aduersus fiscũ constitutis in l. In omnibus. 20. ff. de diuer. & tempo. præscript. in l. 1. §. Diuus. & §. Præscript. ff. de iure fisci, in l. 1. C. de quadriennij præscrip. in l. Iampridem. C. comm. de vsucap. in l. Cõperit. C. de præscrip. 30. vel 40. anno. in §. Res fisci. instit. de vsucap.

Tertiò, quia textus in l. Omnes. C. de præscrip. 30. vel 40. annor. apertè statuit, 40. annis omnes actiones temoueri, nullumque ius publicum vel priuatum post lapsum annorum 40. moueri posse.

Respondent Doct. excipiendos esse casus, quibus centenaria opus est præscriptione, qui continentur in d. l. vlt. Respondeo, in illa lege nihil tale cotitineri.

B Nec obstant verba illa d. l. vlt. *Vt inter ius publicum & priuata commoda, &c.* quia illis verbis ratio legis continetur, generalis illa quidem, sed postea lex sequitur specialis de Ecclesijs, Ciuitatibus, pijs locis, & redemptione captiuorum, nullum verbum de fisco. Quamobrem illa ratio generalis restringi debet, & aptari ad ea, quæ in lege constituuntur, non ad alia diuersa ac separata, quæ alijs legibus iam rectè sunt constituta; *Quoniam dum nihil omnino super istis innouatum sit, antiquam seruamus figuram*, vt alibi Imperator dixit, Nouella. de administran. officia in sacris appella.

Nec obstat d. Nouell. 160. Non enim bona consequentia est, quia Imperator ibi circa vsuras eandem curam habet fisci & Ciuitatum, idcirco quicquid in Ciuitatibus constitutum est, ad fiscum quoq; pertinere. Quia ex vno singulari casu regula cotistitui non debet.

Quæ responsio valet ad vltimum etiam argumentum. Nam non si in aliquibus potior causa fisci est, quàm Ci- C uitatum; idcirco in omnibus potiorem esse oportet, quædam enim sunt causæ, quæ mouere possunt ad aliquid de ciuitatibus statuendum, quæ non habent locum in fisco. Proinde non plus à nobis fauendum fisco est, quàm Cæsares authores legum fauere voluerint.

Quod attinet ad Principes, communior sententia est, eis competere idem ius præscriptionis centenariæ in casibus de quibus fit mentio in d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccl. Vide Alexan. in cons. 24. lib. 5. Socinum iun. in cons. 65. nu. 4. lib. 1. Crauettam de antiq. tempor. in 4. part. §. Absolutus. nu. 36. 37. Felinum in c. Ad audientiam. nu. 22. de Præscrip. Couuar. in reg. Male fidei possessor. in 2. parte, §. 2. nu. 9. de reg. iur. lib. 6. Marcum Antonium Peregrinum de iure fisci lib. 6. tit. 8.

Fundamentum est primò, quia illud priuilegium competit fisco, sed hoc iure non probatur, vt proximè dixi. Deinde, quia Principes non sunt minoribus fauoribus prosequendi, quàm Ciuitates: Sed hoc argumentum par- D ui ponderis videtur, quia nõ est bona collectio. Visum est enim Iustiniano Ciuitatibus id tribuere, & alijs in ea lege expressis, non autem sibi ipsi, quare nobis non licet id ad alios porrigere.

Tertiò in authoritate Gloss. in §. Vt autem lex. in vers. Nec multum. in Auth. de non alien. reb. Eccl. quæ Gloss. hoc dicit, authoritate illius textus, in illis verb. *Cum nec multum differant ab alterutro Sacerdotium, & Imperium, & res sacræ à communibus & publicis, quando omnis sanctissimis Ecclesijs abundantia, & Status ex Imperialibus munificentijs perpetuò præbeatur.* Si ergo Ecclesiæ id ius cõcessum est, videtur etiam Principi concedendum.

Sed responderi potest, comparationem illam Ecclesiæ & Imperij in eum finem allatam esse, vt appareat Principi permutare licere res suas cum rebus Ecclesiæ, vtilitate publica id exigente, & pragmatica forma præcedẽte. Nõ est igitur absoluta, & generalis cõparatio Ecclesiæ ac Imperij, alioqui dicendum foret, quicquid de Ecclesijs con-

A stitutum est, id etiam ad Imperatores & Principes pertinere: cùm tamen multæ sint differentiæ, vt notum est. Non licet verba legis ita captare, & ex eorum vi quidius inferre atque instituere, quod legibus constitutũ non est, facileque constitui, si legum author voluisset, potuisset.

Alij dixerunt, etiam extra casus expressos in d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. exceptionem istam centenariæ præscriptionis Principibus competere, sed nullo fundamento; quamobrem eos refellunt Peregrinus & Couuar. locis proximè citatis.

Alij dixerunt Principis res præscribi posse spacio 40. annorum, in casibus d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccl. quia cẽtum annorum præscriptio, quæ ibi constituta fuit, sublata est Nouella Iustiniani 111. Hæc constit. innouat constitutionẽ, &c. & reducta ad 40. annos. Vide Boerium decis. 264. nu. 22.

D. Tiberius Decianus ĩ cõs. 124. nu. 44. lib. 3. post alios ab eo citatos, dixit, Principibus obstare præscriptionem B 40. annorum, quoties possessor titulum habuit ab ipsis.

Ego verò sic statuo. Si de rebus feudalibus sit quæstio, nullam principibus ad directum feudi dominiũ auferendum, temporis præscriptionem obstare, ex constitutione Friderici in c. Imperialẽ. de proh. feud. alien. per Frider. quod præclarè Zasius defendit in cons. 15. lib. 2. & nos superius disputauimus in libro præcedente.

Si agatur de tributorũ præstatione præscribenda, nullius quoque temporis longissimi præscriptionem sufficere. l. Comperit. C. de Præscript. 30. vel 40. annor.

Si de mero vel mixto Imperio, Iurisdictione, vel regalibus agatur, quid iuris dicam infrà hoc eodem lib.

Si de alijs rebus agatur, existimo præscriptionẽ longi temporis locum nõ habere, quia sic est constitutũ in l. 2. & 3. C. Ne dominicæ rei vel templor. vẽd. &c. longissimi autem temporis locum habere, iuxta l. Sicut. & l. Omnes. C. de Præscrip. longiss. tempo. 30. vel 40. annor. si bona fides adsit iuxta canonicas sanctiones, c. vlt. de Præscript.

C Hæc mihi videbantur in hac quæstione controuersia, ex iuris fontibus adferri liquidò potuisse.

Sequitur vt de Ciuitatum iure videamus. Quæritur an Ciuitatibus, nouissimis constitutionibus cõsideratis, obijci præscriptio 30. vel 40. annorum possit, an verò centum annorum duntaxat, vt in d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccl. Duæ sunt contrariæ doctorum sententiæ, Vna, centum annorum præscriptionem requiri secundum tenorem d. l. vlt. Ita olim docuerunt Pileus & Ioãnes, antiqui Glossatores, Castrensis, nu. 8. Bart nu. 8. Iason nu. 21. in Auth. Quas actiones. C. eod. titu. Couuar. alios citans ad Reg. Possessor malæ fidei. de reg. iur. lib. 6. par. 2. §. 2. nu. 9. Iacob. Cuiac. lib. 5. obseru. c. 5.

Fundamentum est, quia in Nouella cõstitutione 111. Hæc constitutio innouat constit. &c. in qua Imperator illam cẽtum annorum præscriptionem correxit, & ad annos quadraginta reduxit, nulla Ciuitatum mentio habetur, sed Ecclesiarum duntaxat & aliorum piorum loco- D rum. Quod ergo non corrigitur, cur stare prohibetur? l. Præcipimus. in fine. C. de Appellat.

Altera est sententia, sublatam esse dictam præscriptionem cẽtum annorum, & ideo 30. annorum præscriptionem Ciuitatibus obstare, iuxta l Omnes. & l. Sicut. C. de Præscript. 30. vel 40. annor. sic existimarunt olim Placentinus & vltramontani doctores, teste Bartolo, Petrus, Cynus, Salicetus, & Fulgosius in d. Auth. Quas actiones. & in eandem sententiam propendere videtur etiam Baldus, Boerius decis. 264. nu. 22.

Fundamẽtũ est, quia est eadem, imò maior ratio in Ciuitatibus, quæ in Ecclesijs: cùm igitur Ecclesijs, quibus præscriptio centũ annorũ concessa fuit principaliter, adẽpta fuerit ex Nouella 111. absurdũ videtur existimare Ciuitatibus adhuc saluam esse: Eandem esse rationẽ in Ciuitatibus, patet ex eo quod in d. Nouella, ideo sublata dicitur centum annorũ præscriptio. *Quoniam per tantum seculi magis, quàm temporis spatiũ, nec documẽtis integritas,*

nec

nec actus fides, nec atas valet testibus suffragari. Hæc ratio æquè militat in Ciuitatibus, vt in Ecclesijs.

Hanc posteriorem sententiam ego longè probabiliorem esse iudico, atque sic censeo, plus dictum & minus scriptum in dicta Nouella 111. eamque omnino fuisse Iustiniani mentem, vt illud quod de præscriptione centum annorum constituerat in d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. immutaret atque corrigeret, substituendo loco centenariæ quadragenariam præscriptionem, nullam fecisse Ciuitatum mentionem, quia non putauerit esse necessariã; cùm Ecclesijs, quibus præcipuè consultum voluit, priuilegium ademisset. Addo ex verbis d. Nouellæ, congrua adhibita interpretatione palam fieri etiam Ciuitatibus, sublatum hoc priuilegium videri: Sic enim ait Imperator. *Et iubemus in negocijs, qua antehac triginta annorum remouebat exceptio, nunc venerabilibus Ecclesijs, Monasterijs, Xenodochijs, &c. 40. annorum protelatio conseruetur, saluna scilicet circa alias personas & causas, virtute quam semper tricennalis sibi præscriptio vendicabat, quoniam hanc decem annorum adiectionem solis, vt dictum est, religiosis locis, eorumq; iuri & contractibus indulgemus.* Et paulò pòst: *In illos namq;, vt dictum est, negocijs religiosos contractus memorato 40. annorum priuilegio volumus perfrui, in quibus eis centum annorum prerogatiuam cõstitutio nostra contulerat.* Si solis Ecclesijs & religiosis locis vult Iustinianus cõpetere priuilegiũ 40. annorum præscriptionis. Ergo id Ciuitatibus cõpetere non potest. Ergo multò minus Ciuitatibus competet priuilegium cẽtum annorum præscriptionis. Absurdum est autẽ, existimare minus esse consultum Ecclesijs, cui plus cõsultum voluit Imperator. Absurdum est protestari decem annorum adiectionem factam præscriptioni 30 annorum, ob fauorem Ecclesiarum & locorum religiosorũ tantummodo, si Ciuitatibus frui adhuc liceat præscriptione centum annorum.

Quibus tollitur contrariæ sententiæ fundamẽtum, satis enim perspicuum euadit omnibus rectè consideratis ea Nouella 111. ciuitatibus quoque ademptam fuisse centum annorum præscriptionem: licet illud mouerit dubitationem, controuersiamque pepererit, quod non ita expressim de Ciuitatibus, vti de Ecclesijs, ea constitutione cautum à Iustiniano fuerit. Hæc de ciuitatibus.

Restat de Romanæ Ecclesiæ priuilegio, vt breuiter disseramus. Et quidem inter oẽs constat, à Iustiniano Ecclesiæ Romanæ datum esse priuilegium centenariæ præscriptionis. Nouella constitutione 9. tit. Vt Ecclesia Romana centum annorum gaudeat præscriptione, sed controuersia est, an hoc priuilegium alia posteriori Nouella fuerit sublatum. Nam sublatum videri responderunt Hugolinus & Accursius in Auth. Quas actiones; Salicetus ibidem nume. 1. Pinellus in Authen. Nisi tricennal. C. de bonis maternis, numero 57. Iacobus Cuiacius libro 5. obseruat. cap. 5.

Sed sublatum non videri responderunt alij ferè omnes in d. Authen. quas actiones. Bartolus, Bald. Castren. Iason & alij, nec non Accurs. in rubr. Nouellæ 111. Hæc constitutio innouat constitutionem, &c.

Prioris sententiæ fundamentum est primò, quia Nouella 111. generaliter loquitur de Ecclesijs, eisque nulla distinctione adhibita, priuilegium aufert centenariæ præscriptionis, Ergo Romana etiam Ecclesia eadem constitutione continetur.

Non obstat, si dicatur specialiter tributum fuisse Romanæ Ecclesiæ priuilegium dicta Nouella 9. ac proinde alia constitutione speciali tolli debuisse. Nam dicta Nouella 9. concedit priuilegium non Romanæ Ecclesiæ solùm, verùm alijs quoq; Ecclesijs, vt patet ex illis verbis: *Et ex hac in vniuersas Ecclesias catholicas, qua ad Oceanum vsque posita sunt, saluberrima legis vigor extendatur.*

Secundò, quia ratio quæ mouit Iustinianum ad reuocandum priuilegium centenariæ præscriptionis, & quæ in dicta Nouella 111. prolixè exprimitur, locum habet etiam in Romana Ecclesia.

A Tertiò, in Nouella 131. §. Pro temporalibus. vbi dicit Imperator: *Pro temporalibus autem præscriptionibus decem, viginti, & triginta annorum sacrosanctis Ecclesijs & alijs vniuersis venerabilibus locis solùm præscriptionem 40. annorum opponi præcipimus, &c.*

Non obstat, si dicatur Imperatorem ibi non loqui de Romana Ecclesia. Nam principio Nouellæ fit mentio Romani Pontificis.

Fundamentum autem posterioris sententiæ in eo est positum, quòd speciale priuilegium Romanæ Ecclesiæ concessum dicta Nouella 9. abrogatum non fuerit dicta Nouella 111.

Et hæc sententia mihi verissima videtur, non solùm quia iure canonico recepta est. c. Ad audientiam. de Præscript. & alibi, cui par est viros graues ac prudentes summam fidem adhibere & acquiescere: Verùm etiam quia longè firmiori nititur ratione, quàm contraria sententia.

Etenim sic statuo; nec Iustiniani Nouellam 111. trahi B posse ad Romanam Ecclesiam: & Nouellam 9. speciale priuilegium Romanæ Ecclesiæ continere, non autem generale omnium Ecclesiarum: quę duo sic verissima esse ostendo.

Imperator in dicta Nouella 111. reuocat priuilegium centenariæ præscriptionis, quod Ecclesijs & alijs venerabilibus ac religiosis locis concesserat: sic enim expressè verba sonant dictæ Nouellæ. At Ecclesijs & venerabilibus locis centenariæ præscriptionis priuilegium non dedit in d. Nouella 9. Nulla ibi fit mentio Ecclesiarum, *venerabilium locorum, xenodochiorum*, & similiũ; Ergo d. Nouella 111. trahi non potest ad Nouellam 9. sed ad l. vlt. C. de sacrosanct. Eccl. vbi Iustinianus concessit priuilegium centenariæ præscriptionis generatim *Ecclesijs, & venerabilibus ac religiosis locis, Xenodochijs, &c.* Sicuti ex verbis d. l. vlt. perspicuum est. Et hoc est, quod Iustinianus in d. Nouella 111. ait, in illis negocijs perfrui debere 40 annorum præscriptione religiosos contractus, *in* C *quibus eis centum annorum prerogatiuam constitutio sua contulerat.* De contractibus autem nulla fit mentio in d. Nouella 9. sed in d. l. vlt. nimirum de venditione, &c.

Quod autem Nouella 9. singulare contineat priuilegium Romanæ Ecclesiæ, probatur primũ ex verbis Rubricæ, quæ secundum tam veterem quàm nouam translationem sic habent: *Vt Ecclesia Romana centum annorũ præscriptione gaudeat.* Deinde ex illis verbis Nouellæ, quę initio ponuntur: *Vt legum originem anterior Roma sortita est, &c. necessarium duximus patriam legum, fontem sacerdotij speciali numinis nostri lege illustrari.*

Non obstant illa verba sequentia: *Vt ex hac in vniuersas Ecclesias catholicas, quę vsque ad Oceanum positę sunt, saluberrima legis vigor extendatur.* Nam quæ postea sequuntur, hæc declarant in hunc modum: *Quod igitur nostra æternitas ad omnipotentis Dei honorem veneranda sedi summi Apostoli Petri dedicamus, hoc habeant omnes terra, omnes Insula totius Occidentis, qua vsque ad ipsos* D *Oceani recessus extenduntur, nostri Imperij prouidentiam per hoc in æternum reminiscentes. Huiusmodi autem legis prerogatiuam, sicut supra dictum est, non solùm in Occidentalibus partibus Romanę Ecclesia condonamus, sed etiam in Orientalibus partibus, in quibus Ecclesiastica vrbis Roma possessiones sunt, vel postea fuerint.*

Quibus verbis superiora declarantur, vt sensus sit, priuilegium istud pertinere ad Romanam Ecclesiam, quoad oẽs res, possessiones, Ecclesiasque eidem subiectas, vt rectè exponit Glos. in rub. dictæ Nouellæ 111. Ergo priuilegium extenditur ad omnes alias Ecclesias, tã Orientis quàm Occidentis Romanæ Ecclesiæ subiectas.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, Nouella 111. priuilegium speciale Romanæ Ecclesiæ non auferri, quod est in dicta Nouella 9. sed illud generale quod omnibus Ecclesijs, & venerabilibus locis, et causis in quibusdam negocijs fuerat collatum à Iustiniano in d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles.

Ad

Ad sm rñdeo, dato quod sit eadem ratio, non licet tamen nobis priores corrigere, & hoc est, quod ex hoc loco adserri solet. Correctionem legis non esse inducendã ex rationis identitate, sic enim loquuntur doctores.

Ad tertium argũ ex Nouella 131. §. Pro tpalibus, rñdeo, Iustinianum loqui de cæteris Ecclesijs, & pijs ac venerabilibus & religiosis locis, sicut loquitur in d. Nouella 111. non autem de Romana Ecclesia, cui speciale priuilegium dederat Nouella 9. Nec ad propositum faciunt verba dictæ Nouellæ 131. in principio, in quibus Romani Pontificis fit mentio: nã illis verbis hoc duntaxat declarat, Papam Romanũ primum esse omnium sacerdotum, secundum desinitionem quatuor Conciliorum Nicæni, &c. quod nihil ad rem istam pertinet. Rectè igitur Irnerius in d. Auth. Quas actiones dixit: *Solam Romanam Ecclesiam centum annorum prescriptione gaudere.*

CAPVT IIII.

Vtrum dos filiæ vnius ex socijs omnium bonorum, soluenda sit ex bonis communibus, an verò diuisionis tempore imputanda in partem patris?

DOtem datam filiæ alterius ex socijs oĩm bonorum, imputandã esse tpe diuisionis in portionẽ patris sui multi existimarunt apud Antonium Gabrielium lib. 3. commu. cõclus. tit. de iure dotium concl. 2. & apud Paulum Granuciũ lib. 3. Theoremat. 1. multi item negarunt, sed ex cõibus bonis solutam videri censuerunt Natta cons. 91. lib. 1. Roland. à Valle cons. 91. lib. 1. Thobias Nonius cõs. 64. Menoch. de arbitr. iud. casu 127. nu. 3. & istis magis est vt consentiam. authorit. l. Si societatem vniuersorum. ff. pro socio, in illis verbis: *Si societatem vniuersarum fortunarum ita coierint, vt quidquid erogaretur, vel acquireretur communis lucri atque impendij esset, ea quoque, quæ in honorem alterius liberorum erogata sunt vtrinsque imputanda.* Idem igitur & in dote statuendum est, quæ proculdubio in honorem filię erogatur. Idem probatur in l. Ex parte. §. Filius. ff. fam. hercis.

Contrariæ sententiæ fundamentum est in l. Si Socius pro filia ff. pro socio. ibi. *Quæsitum est an si pro socio ageret, dotis quantitatem percipere deberet, si fortè conuenisset inter socios, vt de communi dos constitueretur.*

Respondeo, nec ibi de socijs omnium bonorum quęstionem esse, nec rectè colligi, quia dos ex cõmuni propter pactum deducitur, ideo pacto cessante non esse deducendam, obstaret enim natura societatis omnium bonorum, in qua expensæ omnes societati imputantur, nisi ob delictum fiant. l. Si fratres. & l. Socium vniuersa. & l. Quod autem, cum l. seq. ff. eod. tit.

CAPVT V.

Possessio quotuplex sit, & an sit facti vel iuris?

SCholastica quæstio est inter doctores ad l. 1. ff. de acq. possess. an possessio sit vna vel multiplex, & an iuris sit vel facti: de qua quid sententiam breuiter edisseram.

Prima fuit opinio Placentini & Azonis, quos aliqui ex recentioribus secuti sunt, vnam tãtùm esse possessionem, & plures quę adseruntur possessionum species, nõ eius substantiam, sed qualitatem respicere? Veluti si quis dixerit, hominum alios esse doctos, alios indoctos, alios nobiles, ignobiles alios, hęc diuisio non ad substantiam pertinet, sed ad accidentia, ac proinde non constituit diuersas species. Fundamentum est in l. 3. §. Genera. ff. de acq. possess. vbi dicitur: *Vnum esse genus possessionis, & species infinitas, veluti pro donato, pro herede, &c.*

Secunda fuit opinio Ioannis, quę & suos habuit sequaces, duplicem esse possessionem, vnã naturalem, alteram ciuilem. Probatur hæc sententia ex l. 2. §. Quod vulgo. ff pro hęrede. ibi. *Vt possessio non solùm ciuilis, sed etiam*
A *naturalis intelligatur.* Et in l. 1. §. Deijcitur. ff. de vi & vi armata, ibi *Siue naturaliter siue ciuiliter possideat.* Ex l. Nemo. C. de acq. poss. ibi. *Possessionis esse duplicem rationem, aliam quæ iure consistit, aliam quæ corpore.*

Tertia est sententia Bartoli in l. 1. nu. 8. ff. de acq. poss. triplicem esse possessionem, naturalem, ciuilem, & corporalem. De naturali loquitur l. Naturaliter. ff. de acq. poss. De ciuili & simul etiam de naturali text. in l. 2. §. Quod vulgo. ff. pro hærede. De corporali tex. in l. Si id quod. 25. §. vlt. ff. de acq. possess.

Alij dixerunt possessionem aliam esse naturalem, aliã Ciuilem, aliam naturalem simul & ciuilem, aliam corporalem, aliam ciuilissimã, vt videre licet ex Iasone, & alijs recentioribus in d. l. 1. de acq. possess.

Sed mihi magis placet ea sententia, quæ duas species possessionis statuit naturalem & ciuilem. Probatur enim satis clarè ex legibus allegatis, & ex alijs multis quæ passim occurrunt: quamobrem quod ad priorem senten-
B tiam attinet, obseruandum est, quod Iurisconsultus dicit in l. 3. §. Genera. ff. de acq. possess. vnum esse genus possessionis, non eò pertinere, vt hæc diuisio possessionis in ciuilem & naturalẽ negetur, quæ legibus apertè demonstratur, sed hunc sensum habet, vnum esse genus possessionis, & species infinitas, respectu causarum, ex quibus possessio acquiritur de quibus textus loquitur cùm ait: *Tot esse genera possessionum, quot sunt causę acquirendę eius, veluti pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro hærede, &c.*

Porrò corporalis possessio, cuius mentionem faciunt Bartolus, & ante eum Iurisconsulti, sæpè non distinguitur à naturali, vt fatetur ipse Bartolus in d. l. nu. 10. ff. de acq. possess. Denique, quæ dicuntur de possessione ciuilissima, iure nostro recepta non sunt, sed verbum à nostris confictum est ad designandam eam possessionem, quæ in hæredem vigore statuti continuatur.

Sed & cõtrouersia est quid sit naturalis & ciuilis pos-
C sessio. Nam Bart. in d. l. 1. nu. 8. ff. de acq. possess. dicit possessionem ciuilem ius esse insistendi rei non prohibitæ possideri aptum, producere ciuiles effectus respectu veri dominij, puta vsucapionis & præscriptionis. Naturalem autem possessionem esse ius insistendi rei non prohibitæ possideri aptum, producere ciuiles effectus respectu alicuius iuris à dominio separati, & respectu naturaliũ accessionum, Exemplum inquit Bartolus: *Vsusfructuarius possidet naturaliter. l. Naturaliter. ff. de acquir. poss: ss. habetne effectum ciuilem? Certè sic; quia pręscribit ius vsusfructus. l. vlt. C. de Pręscript. longi tempo. in fine. Item respectu naturalium accessionum, quia fructuarius facit fructus suos.* Hactenus ille.

Sed vt mihi videtur, potius Bartolus explicat effectus vtriusq; possessionis, quàm naturam earum; quamobrem eius doctrina non satis sufficiens videtur.

Franciscus Conanus lib. 3. cõmentariorum iuris, c. 10. nu. 5. existimat, naturalem & ciuilem possessionẽ in hoc
D differre, quod ciuilis iusta sit, naturalis autem cõtra iuris regulas: adsert l. 1. §. Deijcitur. ff. de vi & vi arm. vbi fit mentio naturalis possessionis, quam vxor habet rei à marito donatæ. Donatio enim inter virum & vxorem non valet. l. 1. ff. de donat. inter virum & vxorem.

Sed huic sententiæ aduersari videtur l. Nemo. C. de acq. posses. vbi dicitur, vtranque possessionem legitimam esse, verumtamen non aduersatur, vt inferiùs dicam.

Franciscus Duarenus in Commentarijs de acq. poss. ita hãc rem explicat. Naturaliter dicitur possidere is, qui corpore incumbit rei, eo animo, vt vel suo, vel alieno nomine possideat. Ciuiliter verò qui cùm rei non insistat, iuris ciuilis tamen interpretatione eam tenere ac possidere intelligitur.

Iacobus Cuiacius lib. 9. obseruat. cap. 33. hanc rem tractans, sic ait; Species possessionis duæ proponuntur, alia quæ iure consistit, id est, iure ciuili, alia quæ corpore, illa ciuilis dicitur, & ita definitur detentio, quæ constat iure

& ani-

& animo domini, puta detentatore credente se esse dominum, & detinéte rem ex causa, qua dominium quæri solet, quæ autem possessio corpore consistit, naturalis dicitur, & est detentio rei citra ius affectionemque domini, non tamen citra aliquod ius, affectionemque, nam vtraque legitima dicitur.

Obseruaui ego triplicem ob causam, naturalem & ciuilem possessionem appellari. Primò, respectu personæ. Secundò, respectu causæ. Tertiò, respectu modi possidendi. Respectu personæ; puta serui. l. Stipulatio ista, §. Hæc quoque. ff. de verb. obl. l. Quod seruus. ff. de acq. posses. si liber homo, esset ciuiliter possideret in illis casibus.

Respectu causæ; nam si causa iure approbata sit, ciuilis dicitur possessio, si non sit approbata, naturalis. l. 1. §. Deijcitur. ff. de vi & vi arm. l. Si cum qui. 22. ff. de aliena. inter vir. & vxorem.

Non obstat lex, Nemo. C. de acq. poss. vbi vtraque possessio appellatur legitima. Nã ideo dicitur legitima, quia legibus ac interdictis possessorijs vtraque possessio defenditur d. l. 1. §. Deijcitur.

Respectu modi possidendi, nam qui corpore insistit possessioni, dicitur naturaliter possidere: qui animo possessionem tetinet, ciuiliter. l. Et habet. 15 §. Cùm quis. ff. de precario.

Sed rursus controuertitur, an possessio sit iuris vel facti. Prima est opinio, possessionem postquam acquisita est, iuris esse, dum autem acquiritur, & quantum ad modum quo acquiritur, facti esse, ita Bartolus ad l. 1. num. 6. ff. de acq. posses. Iason alios citat ibidem, nu. 32. Couuar. ad reg. Possessor malæ fidei. de reg. iuris, lib. 6. in 2. partis initio, nu. 3.

Fundamentum est primò in l. Nemo. C. de acq. posses. ibi: *Ius possessionis, &c.* Secundò, in l. Non ideo minus. C. de liberali causa. ibi: *Possessionis ius, &c.* Tertiò, in l. Peregrè. ff. de acq. posses. ibi: *Ius possessionis, &c.* Quartò, ex l. Possessio. 49. ff. eod. vbi textus dicit possessionem *plurimum ex iure mutuari*. Et quoniam aliæ sunt leges, quibus dicitur possessionem facti esse, puta l. 1. §. Adipiscimur. ff. eod. titul. & in §. Si vir vxori, accipiendæ sunt de possessione nondum acquisita, vel de modo quo illa acquiritur.

Secunda est opinio Ludouici Romani in d. l. 1. ff. de acq. posses. Possessionem facti esse. Fundamentum est in d. l. 1. §. Adipiscimur. & §. Si vir vxori. & in l. Possessionẽ. 29. ff. eod. titu. in l. Denique. ff. Ex quib. cau. maio. in l. In bello. 5. Factæ. ff. de Capti. in l. 1. §. Scæuola. ff. Si is qui testam. lib. esse iussus fuerit.

Tertia est sententia Franc. Aretini in d. l. 1. Possessionem esse partim iuris, partim facti. Fundamentum est in d. l. Possessio. 49. in d. l. Denique. sed adstipulatur magis. l. Nemo. C. de acq. poss.

Postrema est sententia Alciati in libello de quinque pedum præscriptione, nu. 113. & Iacobi Cuiacij in paratitlis ad titu. de acq. posses. Possessionem naturalem facti esse, & plurimum ex facto participare. Ciuilem autem iuris esse, & plurimum ex iure mutuari: atque ita conciliandas esse leges, quæ modò iuris, modò facti possessionem dicunt.

Ego quod attinet ad primam sententiam, existimo, eã non satis legibus esse consentaneam. Cùm enim dicitur possessionem iuris vel facti esse, non intelligitur possessio nondũ acquisita, vel modus eam acquirendi, sed possessio ipsa iam constituta & acquisita.

Secundæ autem sententiæ haud grauatè assentirer, si non obstarent aliæ leges, quibus probatur possessionem iuris esse.

Tertiam verò sententiam idcirco nõ amplector, quoniam non declarat, quam ob causam possessio plurimum ex iure, & cur plurimum facti mutuetur, atque adeò mixtam naturam nanciscatur.

Postrema denique sententia probabilior videtur, sed eam sic explico. In possessione duo sunt cõsideranda. Pri-

A mum detentio ipsa, siue insistẽtia corporalis, quod videlicet rem quis de facto teneat, ac possideat; Et hoc nomine dico illam facti esse. Alterum, iusta causa possidendi, persona ad possidendum idonea, & ius ipsum possidẽdi, quod legibus defenditur atque probatur; & eatenus iuris esse possessionem puto, sed de his hactenus.

CAPVT VI.

Possitne cumulari petitorium & possessorium in eodem iudicio, & de vera interpretatione. l. Naturaliter §. Nihil commune. ff. de acq possess.

Celebris & sæpe agitata quæstio est, possitne petitoriũ & possessorium cumulari (vtar enim solitis vocabulis) in eodẽ iudicio, in qua tres sunt doctorum sententiæ. Prima fuit olim Ioannis & Azonis, non posse cumulari, sed prius de posses-
B sione, deinde de proprietate cognoscendum. l. Ordinarij. C. de rei vend. l. 3. C. de interd. l. vlt. C. quorum bonor.

Secunda fuit sentẽtia Martini antiqui Glossatoris, cõcurrere simul posse petitorium & possessorium, excepto tamen possessorio retinendæ. Fundamentũ est in l. Cùm fundum. §. vlt. ff. de vi & vi arm. & in cap. Pastoralis. de causa posses. & propriet. Ideo autem excipitur possessorium retinendæ, quia contineret repugnantiam. Nam is qui rem vendicat, fatetur aduersarium possidere. l. Officium. ff. de rei vend. Interdicto autem retinẽdæ, se possidere asserit. l. 1. ff. vti possid. Hæc autem sunt inuicem repugnãtia: Consequẽter iure nõ permissa. l. 1. C. de furtis.

Tertia fuit sentẽtia Petri, omne possessorium concurrere posse cum petitorio, & nihil concursum hunc impedire, excepto ordine iudicij, quia nihil commune habet possessio cum proprietate. l. Naturaliter §. Nihil commune. ff. de acq. posses. vbi propterea concursus permittitur. Et hoc est, quod dicitur causam possessionis & proprie-
C tatis apud vnum & eundem iudicem cognoscendam. l. Nulli. C. de iudicijs.

Hanc sententiã Petri Bartolus reprehendit in d. §. Nihil commune. nu. 18. Primò, quia actiones inuicem contrariæ nõ possũt simul cumulari. l. 1. C. de furt. sed actiones istæ sunt cõtrariæ, rei vendicatio & interdictum *vti possidetis*, nam illa præsupponit aduersarium possidere, hoc autem actorem possessorem requirit.

Secundò, quia non possunt actiones concurrere, quoties vna electa, altera tollitur. l. vlt. C. de Codicill. sed electa actione in rem, tollitur interdictum retinendæ, quia iam actor fassus est aduersarium possidere.

Tertiò, nam concursus actionum prohibetur, quoties absolutoria lata in vna actione parit exceptionem rei iudicatæ in altera. l. Fundum. l. Fundi. ff. de excep. sed actiones istæ sunt huiusmodi: nam aliquando accidit, vt absolutoria lata in petitorio pariat exceptionẽ rei iudicatæ in possessorio, vt notatur in l. 2. §. Interdum. ff. de interdict.
D Quartò, nam quoties per secundam actionem apparet actorẽ rem habere, quod petit in prima, concursus actionum non admittitur. §. vlt. in Instit. de perpetuis & tẽp. act. sed in quæstione nostra hoc apparet. Nam in secunda actione, puta in interdicto retinendæ actor dicit se possidere, sed istud est, quod petebat in prima actione. Petebat enim se dominum declarari, & per officium iudicis sibi rem restitui.

Quintò, quia concursus actionũ non admittitur, quando actiones diuersæ tendunt ad eundem finem. l. Nemo ex his §. Quoties. de reg. iuris, sed in proposito id accidit. Nam actor vtraque actione hoc contendit, vt rem obtineat.

Sextò, nam quoties ordo iudicij hoc postulat, vt vna actio post aliam intentetur, & de vna prius cognoscatur, cumulatio non admittitur. l. 3. C. de interd. l. Ordinarij. C. de rei. vend. sed ordo iudicij postulat, vt prius de possessione quàm de proprietate cognoscatur, vt patet ex di-

ctis legibus, igitur cumulatio possessorij & petitorij non admittitur.

Ad l. Naturaliter. §. Nihil commune. ff. de acq. possess. respondet Bartolus, & alij post eum, illum textum accipiendum esse, vt procedat cùm actor renunciauit petitorio.

Vel intelligendum, quando actor iam succubuit in petitorio.

Vel quando actor post petitorium cœptum possessionem rei acquisiuit.

Vel quando actor ciuiliter possidebat, aduersarius autem naturaliter, hoc est, corpore rem detinebat.

Iacobus Cuiacius lib. 7. obser. cap. 38. illud responsum interpretatur, vt locum habeat, quando nō constat actorem possidere: *Existimo*, inquit, *& de retinenda possessione per interdictum vti possidetis, simul agi posse & vendicatione, si modo non constet actorem possidere. Et enim quem possidere constat, vendicatio non datur. Sub incerto igitur, id est, si non conuenit, ex duobus vter possideat, simul agi potest vti possidetis, & in rem speciali actione. Ergo etsi egero vendicatione, ac si non possiderē, cur non meo iure melius cognito, licebit mihi tantisper dilato illo iudicio mutare formulā, & vti possidetis experiri? quæ est sententia l. Naturaliter. §. Nihil commune. ff. de acq. possess.* Hactenus Cuiacius.

Antonius Goueanus lib. 1. variarum cap. 3. tractans eundem locum, sic ait: *Qui in possessione turbabatur ignarus iuris ac fori, rei vendicatione agere cœpit, quæ possessori minimè conueniens erat. Restituit tandem & interdictum vti possidetis à Prætore postulauit, quæsitum est, audiendusne à Prætore esset. Monebat, quod possessione videbatur rem vendicando renunciasse, cùm rei vendicatione non agat is, qui possidet. Officium namque iudicis in hac actione est inspicere, an reus possideat, quemadmodum idem Vlpianus scribit in l. Officium ff. de rei vend. Qui ergo cum interdicto vti possidetis retinendę possessionis causa comparato vti possset, maluit rei agere vendicatione, quę ad proprietatem pertinet, possessionem repudiasse, atque amisisse videbatur. Liquidi namque iuris est, animo solo amitti possessionem, quēadmodum idem scribit Vlpianus hoc eodem titulo in l. Si quis. §. Differentia. & Paulus in l. Possideri. §. In amittenda. Non ergo in retinenda possessione adiuuandum à Prætore, quis existimasset eum, qui possessionem amisisse videbatur, sed Vlpianus adiuuandum respondit. Nam neque eiusdem rei duas eum actiones postulare, cùm rei vendicatio ad proprietatem, interdictum vti possidetis ad possessionem conseruandam pertineat, neque videri renunciasse possessioni, qui cœpit agere rei vendicatione: retinere enim possessionem miserum voluisse, sed non satis vidisse, qua id facere ratione posset. Aequum autem non esse ei, qui in actione edenda aberrauerit, aliam à Prætore denegari.*

Hæc sunt quæ alij docuere. Ego sic statuo, Petri sententiam cæteris esse probabiliorem. Nam de possessorio retinendæ, de quo maior disputatio est, quod concurrere possit cum petitorio, docet Vlpianus in d. l. Naturaliter. §. Nihil commune. *Nihil commune habet proprietas cum possessione, & ideo non denegatur ei interdictum vti possidetis, qui cœpit rem vendicare. Non enim videtur possessioni renunciasse, qui rem vendicaret.* De possessorio recuperandæ testimonium est in l. Cùm fundum. §. vlt. ff. de vi & vi arm. De interdicto adipiscendæ textum non habeo, sed videtur idem respondendum eadem ratione: quia scilicet nihil commune habet proprietas cum possessione.

Non obstat l. 3. C. de interd. l. Ordinarij. C. de rei vēd. & similes, quibus dr, prius esse cognoscendā causam possessionis quàm proprietatis. Nā si cæteripiēdæ sunt, cum vterque ex litigatoribus contendit se possidere. Vlpianus in l. 1. ff. vti possidetis: *Quoties ergo inter litigatores est proprietatis controuersia, aut cōuenit, vter possessor sit, vter petitor, aut non conuenit. si conuenit, absolutum est, & ille possessorio commodo, quem conuenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, vter possideat, ad hoc interdictum remittendum erit, &c.*

Ad argumenta Bartoli sic respondeo: Ad primum, nullam esse repugnantiam, quia is qui agit rei vendicatione, non præsupponit necessariò aduersarium possidere. Sufficit enim vt rem detineat quoquo modo. l. Officium in fine. ff. de rei vend. quamobrem nihil prohibet, actorem ipsum rem possidere, scilicet ciuiliter, & aduersarium detinere corpore, sicut dicitur in l. Clam possidere. §. Qui ad nūdinas. ff. de acq. possess. eum retinere possessionem, qui ad nundinas abijt, quæ tamen ab alio fuerat occupata. Ergo nulla est repugnantia; & sic accipiendum est Vlpiani responsum in d. §. Nihil commune, non quia incertum esset, an actor possideret, vt dicebat Cuiacius, non quia aberrauerit in actione edenda, vt dicebat Goueanus, sed quia aduersarius rem tenebat, occupabat corpore, de facto, egisse rei vēdicatione, & nihilominus interdicto vti possidetis, experiri potuisse, quia scilicet actor rem ciuiliter possideret, iustè, legitimè, licet ab aduersario possessio de facto occuparetur, atque adeò ipse actor in sua possessione turbaretur. Etenim duo possunt insolidum possidere, vnus ciuiliter, alius naturaliter, eandem rem, ex Cassij, Sabini, Papiniani & Vlpiani sententia. l. 3. §. Ex contrario. ff. de acquir. possess. l. 3. ff. vti possidetis. l. Et habet. 15. §. 1. ff. de precario, quam solam huius soluendæ quæstionis rationem esse ait Hotomanus, quem post hæc scripta legi quæstionum illustrium cap. 29. non procul à fine.

Ad secundum argumentum respondeo, negando huiusmodi esse actiones istas, vt vna electa, altera tollatur: nam contrarium docet text. in d. §. Nihil commune. Ad rationem iam responsum est.

Ad tertium, nego absolutoriam latam in vna istarum actionum, parere exceptionem rei iudicatæ in altera. Nā cùm possessio & proprietas differant, non potest esse locus exceptioni rei iudicatæ. l. Cùm quæritur, cum ll. seq. ff. de except. rei iud.

Ad quartum similiter nego, actorem ex vna actione consequi posse, quod ex altera petit: quia vna ad proprietatem pertinet, altera ad possessionem, & hæc nihil commune habent.

Ad quintum, nego idem vtraq; actione peti quia aliud est res, aliud possessio. l. penul. ff. vti possid. & d. §. Nihil commune.

Ad vltimum argumentum ex ordine iudicij, quia scilicet prius cognoscenda sit causa possessionis, &c. iam responsum est superius.

Ne dixeris tamen post conclusionem in causa factam in petitorio, posse possessorium intentari, quia repugnat tex. in cap. Pastoralis. de causa possess. & propriet.

CAPVT VIII.

Possitne Princeps rescripto suo causam possessionis & proprietatis simul cognoscendam mandare?



Sed rursus controuertitur. Possitne Princeps mandare rescribendo, vt de possessorio simul, ac de petitorio cognoscatur. Negat Thomas Grammaticus consil. 84. Cui adstipulatur. l. vltim. C. Si contra ius vel vtil. pub. &c. & l. Rescripta. C. de Precibus, & aliæ leges, quibus rescripta contra ius non valere constitutum est. Videntur autem eiusmodi rescripta contra ius, quia iure constitutum est, vt prius de possessione, quàm de proprietate cognoscatur. l. 3. C. de interd. l. Ordinarij. C. de rei vendic.

Contrarium respondent Alexander in consi. 54. lib. 5. Crauetta in consi. pro Genero. nu. 239. & multi alij, quos refert Antonius Tesaurus decis. Pedem. 15. Rationem adferunt istam, quia Principis rescriptum iure subsistit, quoties non aufertur alicui ius suū, sed tēporalis quędam exceptio.

exceptio. l. Quoties. C. de precib. Imp. offic. Hoc rescripto autem ius non aufertur, sed illa temporalis exceptio, vt videlicet prius de possessione, quàm de proprietate cognoscatur.

Hanc posteriorem sententiam duobus concurrentibus amplector. Primum, si is qui petit simul causam possessionis & proprietatis cognosci, probationes habeat in promptu. Secundum, si pauper sit vel mediocris fortunæ, alter verò aduersarius sit potens, rixosus & diues. Nã si prius causa possessionis cognoscatur, periculum est ne vnquam proprietatis causa expediatur, ne possit ei possessio auferri, ne cœpta lis nunquam finem, vt dici solet, habeat. Atque huc pertinere videtur, quod ex Symmacho Cuiacius adfert lib. 2. obser. 35. Istis cessantibus non arbitror à iuris regula recedẽdum. Non obstat l. Quoties. C. de precib. Imp. offic. Licet enim dilatoria exceptio remitti possit, puta si debitori exceptio cõpetit, ne intra quinquennium petatur, sicut eam legem verè explicauit Cuiacius libro 2. obseru. cap. 10. & ante eum Accursius ibidem in secunda expositione; id tamen à Principe fieri non oportet, nisi iusta subsit causa. Iusta causa erit, si concurrant facti circumstantiæ, de quibus suprà dixi, aut similis aliqua sit ratio, quæ id suadeat.

CAPVT VIII.

Si de vi illata sit quæstio, & obijciatur eum qui sibi vim factam dicit, non possedisse, an prius de vi, vel de possessione cognoscendum?

TRactat hanc quæstionem D. Menochius de recuperand. posses. Remedio 1. num. 354. & multa disputat contra Nicolaum Boerium decis. 283. Ego ex iuris fontibus hanc rem sic expedio. Tria sunt iuris loca, quæ inuicem pugnare videntur. Nam de vi prius, quàm de possessione cognoscẽdum esse Martianus respondisse videtur in l. 5. ff. ad leg. Iul. de vi publ. Callistratus cõtrà prius de possessione, quàm de violentia. l. Si de vi. ff. de iudicijs. Imperator Seuerus: *Prius de possessione pronunciare*, inquit, *& ita crimen violentiæ excutere Præses Prouinciæ debuit, quod cùm non fecerit, iustè ab eo prouocatum est.* l. 1. C. de Appella.

Iacobus Cuiacius lib. 5. obseru. cap. 15. *Existimo*, inquit, *ita quondã decreuisse Imperatorem Antoninum*, vt scilicet prius de violentia quàm de possessione cognosceretur, *idq; tantummodò à Martiano & Callistrato in legibus allatis referri, nihil verò ab ipsis Iurisconsultis ea de re disputari vel concludi. Posteriores autem constitutiones sequendas, quibus mandatur prius de possessione, quàm de violentia cognoscendum.* l. 1. C de appell.

Ego sic sentio: Prius de possessione cognoscendum. l. 1. C. de appell. quia intelligi non potest, vtrum violentia facta sit possessori, nisi cognoscatur, an sit possessor necne. Huc spectat l. Si quis ad se fundum. C. ad legem Iul. de vi pub. dum ait: *Ante omnia violentiæ causam examinari præcipimus, & in ea requiri, quid ad quem peruenerit possidentem, vt ei, quem constiterit expulsum, amissæ possessionis iura reparentur.*

Ad contrarias leges placet Accursij responsio in l. 1. C. de appella. *Possessionis* verbo apud Martianum proprietatem significari, & ideo hoc Martianum velle. Prius cognoscendum de vi, quàm de proprietate rei, quod & verba eiusdem Martiani indicant: *Si de vi*, inquit, *& possessione vel dominio quæratur, ante cognoscendum de vi, quam de proprietate rei, D. Pius rescripsit.* Eodem modo locutus est Callistratus in d. l. Si de vi. Porrò verbo *Possessionis* interdum proprietatem significari, testis est Iurisconsultus in l. Interdum. 78. ff. de verb. sig.

CAPVT IX.

Agens interdicto recuperandæ possessionis, quid probare debeat?

DVæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ. Vna, eaq; magis cõis, sufficere, vt duo actor probet, quæ vocari solent extrema, videlicet, suã antiquioré possessionem, & iuniorem rei conuenti. Ita docent Abbas, Panormitan. & cæteri Canonistæ communiter in c. Olim in 3. de restit. spolia. Couuar. ad reg. Possessor malę fidei. de reg. iur. lib. 6. in 2. par. §. 1. nu. 4. Menochius adductis latissimè authoritatibus Doctorum de recup. possess. Remedio 15. quæst. 31. & post eum Maschardus de Probationib. vol. 3. concl. 1321.

Fundamentum est primò in d. c. Olim. 3. de restit. spoliat in illis verbis: *Nec fuerit aliquo modo probatum, quod eo tempore, quo sententiam ipse protulerit, possessionem in ipsis iuris parochialis haberet, vel prius etiã habuisset.* His. n. verbis summus Pontifex, qui de hoc iudicio recuperandæ possessionis ibi loquitur, indicare videtur, actoré obtinere non potuisse, quia non probauerat antiquiorem possessionem, & consequenter obtinerę potuisse restitutionem, si eam probasset.

Secundò, in cap. Suborta. de sent. & re. iud in illis verbis: *Constitit eundem Episcopum, quasi possessionem obedientiæ in eodem monasterio habuisse, ipsum restituendum decreuimus, &c.*

Tertiò, in c. licet causam. de Probation. in illis verbis: *Ex præmissis igitur euidenter apparet, quod Ecclesia per testes, &c. ostendit, quod à 60. annis & vltrà, loca supradicta possedit, per quod patet, quod si Commune Fauentinorum à 50. annis citra, aliqua seruitia perceperit, illa proculdubio sine iusto titulo percepit, cum duo simul eandem rem & eodem modo possidere non possint.* Ex hoc loco argumentum sumitur probata antiquiore possessione, iuniorem præsumendam esse vitiosam & iniustam, quia summus Pontifex ita videtur argumentari.

Quartò, nam is qui semel possedit, præsumitur possessionem suam continuasse, quia possessio solo animo retinetur. l. Clam possidere. §. Qui ad nundinas. ff. de acquir. possess. Animi autem & voluntatis mutatio non præsumitur. l. Eum qui. ff. de probat. Ergo alterius possessio recentior ac iunior, præsumitur esse vitiosa & iniusta, & consequenter possessor antiquior spoliatus fuisse præsumitur.

Altera est sententia, actorem probare oportere se deiectum fuisse, siue spoliatum sua possessione, quod proinde valet ac si diceretur, probandam esse possessionem & deiectionem. Ita docet Glos. in cap. Cùm ad sedem. de restitut. spoliat. Curtius senior in consil. 71. & multi alij quos commemorant Menochius & Mascardus locis annotatis.

Fundamentum est primò in l. 1. § Interdictum. ff. de vi & vi arm. vbi textus ita dicit: *Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc cùm deijceretur, possidebat.*

Secundò in c. Consultationibus. de off. deleg. vbi S. Pontifex causam cõmisit possessionis redintegrandæ, et qm̃ Ecclesia, quę dicebat se fuisse spoliatam sua possessione, parata erat ad probãdã suam possessioné & deiectionem, quæsitum fuit, an iudex delegatus deberet eam restituere, quia pars aduersa erat absens non per contumaciam, sed studiorum, vel peregrinationis causa, ex quo responso argumentũ sumitur, in hoc iudicio recuperandæ possessionis, probanda hęc duo, nimirũ possessionem & deiectionem. Verba textus ad rem pertinentia hæc sunt: *Quamuis*, inquit, *paratus sit coram iudice delegato testibus idoneis possessionem & deiectionem suam probare.*

Tertiò, nam delictum non præsumitur. l. Meritò. ff. pro socio. Graue autem est delictum, aliquem de sua possessione deijcere. Ergo non est præsumendum. Ergo

actor probationes adferre debet, nimirum suæ possessionis,& deiectionis.

Hanc posteriorem sententiam & ipse sequor, & addo hoc argumentum. In pari causa potior est conditio possidentis. l. In pari. de reg. iur. sed par est causa actoris & possessoris, nisi probetur deiectio & possessio. Nã etsi actor probet antiquiorem possessionem, nihil tamen plus probat, quàm reus qui tunc possidet; Non obstat, si dicatur, possessionem rei iuniorem, præsumi clandestinam, iniustam & vitiosam, respectu possessionis actoris quæ antiquior est. Nam id negatur, & ratio est, quia delictum nõ præsumitur, consequenter præsumendum est potius, possessionem ad reum peruenisse, ex causa iusta, quàm iniusta; Nec reus suæ possessionis titulum cogitur exhibere. l. Cogi. C. de petit. hæred.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, S. Põtificem in d. c. Olim, non hoc velle, quod in argumento asseritur, actori sufficere, vt probet antiquiorẽ possessionem, sed hoc dicit, actorem in ea specie obtinere non posse, quia nõ probauit, se vnquam possedisse. Ex quo res erat clara valde & manifesta, vtrum autem sufficisset actori, antiquiorem possessionem demõstrare, hoc S. Pontifex ibi non decidit.

Ad secundum ex c. Suborta. de sent. & re iud. respondeo, ibi latam fuisse sententiam secundum actorem, quia probauerat se possedisse eo tempore, quo deiectus fuerat, & consequenter probauerat deiectionem & probationem, sic enim illa verba obscura ex alijs locis clarioribus accipienda sunt.

Ad tertium ex c. Licet causam. de Probat. respondeo, nullo modo ex illo textu probari, quod asseritur, nimirũ probata antiquiori possessione iuniorem præsumi clandestinam & vitiosam. Hoc non dicit ibi S. Pontifex, sed sententia eius hæc est. Cùm esset controuersia inter Ecclesiam Rauennæ & Cõmunitatem Fauentiæ, circa possessionem cuiusdam Iurisdictionis, & Ecclesia possessionem 60. annorum probaret iustam ex causis iustis acquisitam. Communitas autem & ipsa possessionẽ probaret eodem tempore, sed absque titulo iusto; Quia duo insolidum vnam & eandem rem possidere nõ possunt, & possessio Ecclesiæ iusta erat, pronũciauit S. Pontifex contra Communitatem, eamque condemnauit, ne Ecclesiam in possessione dictæ Iurisdictionis amplius molestaret. Erat enim ibi lis ex interdicto, vti possidetis. Ex quo euidenter patet illud summi Pontificis responsum, nec ad rem nostram pertinere, & nullo modo probare propositionẽ illam, quia antiquior possessio, de qua ibi fit mentio, iusta erat, & iustis ex causis acquisita. Possessio autem alterius nullam iustam causam habebat.

Ad vltimum argumentum respondeo, qui semel possedit, præsumitur continuasse suam possessionem in dubio. Sed in proposita facti specie apparet alium possidere, qui etiam non est præsumendus alterum spoliasse ac deiecisse sua possessione, quia id iniustum est, & ideo nec præsumendum, sed probandum.

CAPVT X.

Vtrum agenti interdicto recuperandæ possessionis obstet dominij exceptio?

DVo sunt hac de re apud omnes certa explorataque, & totidem dubia & controuersa. Imprimis certum est, dominij exceptionẽ obijci spoliam nõ posse ab eo, qui possessionem violenter inuasit ante iudicialem sententiã. Nam dominium inuasor amittit. l. Si quis in tantam. C. Vnde vi. Secundò cõstat inter omnes dominij exceptionem obstare agenti, si consentiat, vt super ea cognoscatur, c. 1. de restit. spoliator.

Dubium autem & cõtrouersum est primò, vtrum spoliator, quem doctores fictũ appellant: (is est qui absentis

A possessionem inuasit) exceptionẽ dominij objicere possit? Secundò, quid si notorium sit (vtor enim libenter doctorum verbis) spoliatum prædonem esse, spoliatorem dominum esse, an exceptio hæc agenti obstet, quò minus restituendus sit?

Quod attinet ad primũ duæ sunt cõtrariæ doctorũ sententiæ, vna, opponi posse actori exceptionem dominij, si opponens paratus sit eam incontinenti probare, ita Bartolus in l. Si de vi. ff. de iud. & alij, vt per Menochium de recup. posses. remedio primo, q. 21. vers. Limitatur primo.

Fundamentum est, quatenus mihi diligenter inquirẽti intelligere licuit in Glo. ad l. vlt. C. vnde vi. in verbo ignorantia, quæ Glo. hoc ipsum docet, sumpto argumento, ex l. Si is à quo. ff. vt in posses. legator, vbi textus dicit, si is qui se legatarium vel fideicommissarium prætẽdit, ab hærede petat de legato præstando satisdationem, hæredem ei objicere posse, legatum non deberi; ac de hoc ipso, si incontinenti id probari possit, cognoscendum esse

B prius, quàm de satisdatione.

Sed neminem fore puto, qui nõ animaduertat, quàm isthæc dissimilia sint, quàm aliena ab hac disputatione, de interdicto recuperãdæ possessionis. Quare facilè adducor ad opinandum hanc sententiam, tam infirmo nixam fundamento, non admodum probabilem videri.

Altera est sententia, dominij exceptionem isto in casu non rectè opponi. Ita Augustinus Berous in c. 1. nu. 31. de restit. spoliat. & alij multi apud Menochium, loco proximè citato, qui idem planè sentiunt, quod ego.

Probatur hæc sententia. Nam in l. vlt. C. vnde vi. constitutum est eiusmodi inuasores possessionum, absentiũ, *vt prædones intelligi, & generali Iurisdictione eatenus, qua restituenda possessione contra eiusmodi personas veteribus declarata sunt legibus.*

Sed veteribus legibus declaratum est, *bonæ fidei possessori* (qui scilicet spoliatus est) *primùm celeri reformatione*, hoc est, restitutione possessionis, *succurri oportere, & tunc*

C *originis & proprietatis causam agitari*. l. Si coloni. C. de Agricolis & censitis lib. 11.

Quod ad alteram controuersiam attinet, si notorium sit & manifestum, spoliatum nullam habuisse iustã possidendi causam, atque adeò prædonem esse, & spoliator hæc illi objiciat, & se dominum esse contendat, ac paratus id incontinenti probare, non debere actorem restitui, atque adeò obstare ei hanc exceptionem docuerunt Antonius Butrius in c. Cùm Ecclesia. de causa posses. & proprie. Couarruuias ad Rub. de Sponsalib. in 2. par. c. 7. §. 5. num. 10. & multi alij, quos refert & sequitur Menochius de recup. posses. Remedio primo, q. 11. nu. 113.

Fundamentum est primò in c. Literas. de restit. spoliat. vbi vxor à viro suo discesserat, quia dicebat matrimoniũ ob consanguinitatem contrahi non potuisse: Vir autem petebat vxorem sibi prius restitui, & postea cognoscendum de causa consanguinitatis. Vxor offerebat se incontinenti probaturam cõsanguinitatem. Respondit S. Pon-

D tifex vxorem restituendam non esse.

Secundò, in c. Significasti. de diuortijs, vbi quidã vxorem suam dimiserat propter adulteriũ, quæ cum peteret se ad matrimonium restitui. Respondit S. Pontifex restituendam non esse, si adulterium notorium fuisset.

Tertiò, in l. 1. § Qui à me. ff. de vi & vi arm. *Qui à me*, inquit textus, *vi possidebat, si ab alio vi deijciatur, habet interdictum*, quibus verbis à contrario sensu indicari videtur, eum qui à me vi possidet, si à me vi deijciatur, interdictum non habere, quo scilicet restituatur, quia ego exceptione dominij opposita eum repello.

Quartò, in l. Bona fides. ff. depositi, in illis verbis: *Quia non est ex bona fide, rem suam dominum prædoni restituere compelli.*

Quintò, in c. Cùm dilectus. de causa posses. & propriet. vbi dr, causam proprietatis præualere & præferendã esse.

Sextò, in quadam vulgari assertione, licere vnicuique sibi ius dicere aduersus notorium prædonem, vt tradit

Decius

Decius ad l. Qui iurisdictioni, nu. 11. ff. de iurisd. om. iud. arg. cap. Præposuit. de appella. quod argumentum Menochius adfert loco annotato.

Contrariam sententiam amplexi fuere Panormitanus, & Augustinus Berous, nu. 70. in c. In literis. de rest. spol. qui affirmant eiusmodi prædonem restituẽdum esse. Primùm ex l. Si quis in tantam. C. Vnde vi.

Secundò, ex l. 4. §. Si dominus. ff. de Vsucap. ait text. *Si dominus fundi possessorem vi deiecerit*, Cassius ait, *non videri in potestatem eius redisse, quoniam interdicto vnde vi restituturus sit possessionem*. Quibus verbis indicatur, etiã dominum spoliatorem interdicto conueniri posse.

Tertiò, ex l. Cùm fundum. ff. de vi & vi arm. illis verbis: *Quæsitum est an emptori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset, dixi non esse iuuandum, quia mandatum illicitum susceperit*.

Quartò, ex c. In literis. de restit. spolia. ibi. *Quia prædo etiam secundum iuris rigorem est restituendus*.

Postremò, ex c. Porrò. de diuor. vbi S. Pontifex respondit, vxorem à viro dimissam absq; Ecclesiæ iudicio, propter affinitatem notoriam restituendam esse.

Tertia est opinio distinguens inter causas beneficiales & prophanas. Si agatur de beneficio Ecclesiastico prædonem spoliatum restituendum non esse, ex c. Ad decimas. de restit. spoliat. lib. 6. & c. Quoniam. & c. Constitutus. de filijs presbyterorũ. Si verò de re prophana agatur, secus: quia prædo secundum iuris rigorem restituendus est d. c. In literis. de restit. spoliat. Ita Io. Imolensis in d. c. in literis. Oldradus in cons. 1. & multi alij quos commemorat Menochius d. remedio primo. de recup. poss. nu. 131.

Hæc sunt quæ alij de hac celeberrima iuris quæstione in medium attulerunt. Nunc quid ipse sentiam paucis declarabo.

Mihi videtur iuri magis consona eorum sententia, qui affirmant, spoliatum esse restituendum, non obstantibus illis exceptionibus, nulla distinctione adhibita inter res Ecclesiasticas & prophanas.

Mouet me tex. in d. c. In literis. de restit. spol. vbi disertè S. Pontifex respondit, etiam prædonem restituendum esse, & loquitur de beneficio Ecclesiastico.

Respondent cõtrariæ sententiæ authores, S. Pontificẽ non loqui de prædone notorio. Item non approbare illũ iuris rigorem, secundum quẽ prædo dicitur esse restituendus, sed mentionem illius rigoris facere, vt appareat tantò magis eum qui prædo non est, restituendum esse.

Sed neutra responsio mihi satisfacit. Non prior quia S. Pontifex præsupponit aliquem esse prædonem, & consequenter constare eum esse prædonem, & dicit esse restituendum. Et in eo fundamentum ponit suæ decisionis, consequenter probare videtur, & sequi dictum rigorem tanquàm iustum: hęc sunt verba tex. *Super illa quæstione, videlicet cum quis dicit se de possessione violenter eiectum: & aduersarius dicit, eum non fuisse canonicè institutum: respondemus prius de violenta eiectione, quàm de canonica institutione agi debere: quia prædo etiam est, secundum rigorem iuris restituendus*.

Deinde mouet me text. in d. l. Si quis in tantam. in d. l. 4. §. Si dominus. in d. l. Cùm fundum.

Respondent contrariæ sententiæ authores, dictas leges non loqui de prędone notorio. Sed nihil valet hæc responsio, quia satis est illas leges hoc velle, vt spoliatus restituatur, etiam aduersus dominum rei, nam hoc præsupponunt, cõstare eum dominum esse. Notorium autem id esse vel non esse, non pertinet ad substantiam rei, sed ad probationem, ideo immutare non debet iuris regulas.

Ad argumenta contrariæ sententiæ sic respondeo. Ad primum ex c. Literas. de restit. spoliat. respondeo, contrarium potius probari ex illo textu. Nam licet cõsanguinitas notoria esset, & incontinenti probaretur, respondit tamen summus Pontifex restituendã esse vxorem. Veruntamen propter periculum peccati, iuramentum præstari voluit de abstinendo à coniunctione carnali: *Sola quoad*

A *commixtionem*, inquit S. Pontifex, *est restitutio differenda*.

Ad secundum argumentum ex c. Significasti. de diuortijs, respondet Io. Corasius lib. 2. Miscellaneorum, cap. 2. ideo vxorem in ea facti specie dimissam, restitutam non fuisse, quia vir ipsius potuit iure eam dimittere, propter adulterium. Constat enim ex sacris literis vxorem dimitti posse propter adulterium.

Non rectè, quia vxor ibi non propter adulterium dimissa fuit, sed ob aliam suspicionem falsam; & propterea maritus fuit excommunicatus, quia scilicet iniustè dimisisset eam. Cæterùm, vxor sic iniustè dimissa adulteriũ commiserat, & cùm peteret se restitui, S. Pontifex pronunciauit, non esse restituendam. quod sciæ nostrę ideo non obstat, quia vxor illa non petebat imprimis se restitui, sed fatebatur adulterium se commisisse, illud excusando, quia scilicet vir suus ei occasionem dedisset, ob iniustam dimissionem. Hanc excusationẽ S. Pontifex non approbauit: & ideo cùm adulterium esset notorium, re-

B spondit, non esse restituendam: quæ circumstantiæ non sunt in quęstione nostra. Reddam verba S. Pontificis ad clariorem huius rei fidem faciendam. *Significasti quod quidam vxore sua sine iudicio Ecclesiæ dimissa, pro eo quod suggestum sibi fuerat, ipsam incestum cum quodam consanguineo suo commisisse, vinculo fuit propter hoc excommunicationis adstrictus: verùm mulier non continuit; sed sobolem de alio viro suscepit; nec minus postulat viro restitui, asserens se ab ipso iniustè dimissam, & eundem sibi materiã adulterandi dedisse Consult. T. T. R. quod si notorium est, mulierem ipsam adulterium commisisse, ad eam recipiendam præfatus vir cogi non debet, nisi constaret ipsum cum alia adulterium commisisse*. Hactenus S. Pontifex.

Ad tertium argumentum ex l. 1. §. Qui à me. ff. de vi & vi arm. rñdeo, nihil obstare: nam hæc est sentẽtia dictæ legis. Eum qui dominum spoliauit sua possessione, si ab alio fuerit spoliatus, restituendum esse. Ex quo non rectè colligitur, si à dño spoliatus fuerit, restituendum non

C esse: nisi dominus incontinenti spoliatus, suum spoliatorem spoliaret: licet enim id incontinenti, quasi quis vim vi repellat, seque potius defendere videatur, non autem ex interuallo. l. 3. §. Eum igitur. ff. de vi & vi arm.

Ad quartum ex l. Bona fides. ff. depos. respondeo, id quod ibi dicitur, locum sibi vendicare, quando rei dominus absque omni vitio & violentia rem suam consequitur. Prædo enim ibi ignoranter apud dominum rem deposuit: nostra disputatio est, quando dominus violenter possessionem inuasit.

Ad quintũ ex c. Cùm dilectus. de causa possess. & propriet. respondeo, causam quidem dominij prævalete in iudicio proprietatis & possessionis: sed nil hoc ad rem nostram pertinet, quia loquimur de spoliato restituẽdo, priusquam de proprietate cognoscatur.

Ad sextum argumẽtum, nego verum esse quod in argumento adfertur, licere sibi ius dicere cõtra notorium prædonem, nisi incontinenti id fiat, vt dictum est. l. 3. §.

D Eum igitur. ff. de vi & vi arm. Nec Decius allegatus id cõstanter affirmat, aut vllo modo probat. Quid mirum? repugnat iuris regula. Nemini licet sibi ius dicere. cu inhęrendum, donec de exceptione doceatur.

Ad c. Ad decimas. de restit. spol. lib. 6 respõdeo, id speciali quadam ratione ibi constitutum esse, quia possessores spoliati erant canonici, qui decimas occupauerant in aliena parochia. Nam cum id iure non liceat, c. 1. de Præscript. lib. 6. restitui non debuerunt, ne hæc res in exemplum traheretur, & iura canonica eluderentur, quæ possideri tales decimas prohibent in aliena parochia.

Ad c. Cõstitutus, & c. qm̃ de filijs presbyterorum. respondeo, ad rem nostram non pertinere, vt cuilibet intuenti facile est intelligere, nam text. in d. c. Quoniam. de spoliato nullũ verbũ facit, sed hoc vult, vt si quis beneficiũ habeat in Ecclesia, in qua pater antea habuerit, expelli debeat, & ab eo remoueri. Textus aũt in c. Constitutus. de spoliato quidem loquitur, sed hoc tñ dicit, spoliatum

beneficio Ecclesiastico restituendum esse, si constet pa- A trem suum ad tempus aliquod administrasse, non autem in perpetuum ei concessum fuisse. Et licet à contrario sensu rectè colligatur, restituendum non esse, si beneficium in perpetuum patri concessum fuisset, id tamen nihil mouet: quia meritò restituendus non esset; ne fieret contra canones, quibus prohibetur, filium beneficium habere in ea Ecclesia, in qua pater habuit.

CAPVT XI.

Spoliato agenti contra spoliatorem interdicto recuperandæ, an obijci possit exceptio alterius spoliationis ab ipso factæ?



SI spoliato agenti ad recuperandam possessionē exceptio obijciatur à spoliatore, quod antea ipsum spoliauerit, ita iure ciuili distinguitur, vt siquidem actor qui se spoliatū sua pos- B sessione dicit, incontinenti à reo cōuento spoliatus fuisset, id est, statim atque ipse reus conuentus spoliatus esset ab actore ipsum actorem spoliasset, idonea sit ac sufficiens exceptio ad actoris restitutionem impediendam, secus si ex interuallo tpis. Ita n. constitutum est, vt ei qui spoliatus est, liceat incontinenti spoliare suum spoliatorem, ex interuallo temporis non liceat: Et hoc est quod vulgò dicitur, vltimum spolium purgandum esse. l. 3 §. Eum igitur. l. Qui possessionem. l. Cùm fundum. ff. de vi & vi armat. l. Si quis ad se fundum. C. ad l. Iul. de vi pub.

Cæterùm, iure canonico inspecto, nō tam res clara atque explorata esse videtur. Nam S. Pont. Gregorius IX. in cap. vlt. de ordin. cogn. indistinctè respōdit exceptione spoliationis à spoliatore opposita, spoliatum agentem ad restitutionem repelli. vt patet ex illis verbis: *Quanquam ab agendo spoliatione ab eis opposita repellatur.*

Respondetur Panormitanus & alij in d. c. vlt. & Alexander in cōs. 94. lib. 5. S. Pontificem loqui de exceptio- C ne spoliationis alterius rei. Exempli causa, tu me deiecisti castro, ego te deieci fundo: Agis ad restitutionem fundi, ego te ista exceptione repello, quòd castro me spoliaueris. Antequam mihi castrum restituas, non rectè agis, non iustè petis tibi fundum restitui.

Verùm Iacobus Menoch. de recup. possess. remedio 1. q. 34. non procul à fine reprehendit hanc sententiam, dicens text in d. c. vlt. de ordin. cognit. duas partes cōtinere, in prima S Pontificem loqui de reconuentione, & hoc velle; spoliatum agētem ad restitutionem possessionis reconueniri non posse, nisi super spoliatione: Et in hac parte interpretationem illam optimè conuenire, vt scilicet textus loquatur de reconuentione super spoliatione alterius rei, & hæc sit Pontificis Maximi sententia. Titius castro spoliatus fuit à Caio, petit sibi castrum restitui, poterit Caius eum reconuenire ob spoliationem alterius rei, qua ipse spoliatus à Titio fuerat.

D In secunda verò parte ait, Gregorium exceptione loqui, atq; istud velle; Spoliatum agentem repelli ab agendo posse, exceptione spoliationis opposita: & ideo in hac parte illam interpretationem idoneam non videri, quia dicebatur exceptionem spoliationis accipiendam esse, scilicet alterius rei, quia exceptio debet esse super eodem, non autem super re diuersa. Nam si actio super vna re sit instituta, & exceptio super alia diuersa opponatur, nihil obstabit, quia se inuicem non contingunt.

Ego cōem sniam verissimam esse puto, si rectè intelligatur, reique nōnihil obscuræ lucem aliquam conabor adferre. Hæc sunt verba Gregorij in d. cap. vlt. de ordin. cogn. *Super spoliatione conuentus, aduersus restitutionē petentem, non est, nisi super quæstione spoliationis, si eum reconueniat, audiendus. Cum restitutionis petitio in hoc priuilegiata nascatur, vt ipsam intentans non cogatur ante restitutionem spoliatoribus respondere. Quanquam ab agendo, spoliatione ab eis in modum exceptionis opposita repellatur.*

A Sciendum igitur est Ecclesiasticis constitutionibus ita olim cautū fuisse, vt si Clericus ab aliquo bonis suis spoliatus esset, non posset in iudicio conueniri, neque ciuili actione, neque criminali accusatione, antequam ad suam possessionem restitutus esset, ne Clerici pauperes & nudi in iudicijs contendere deberent, & malis hominibus occasio præberetur eos exuendi suis bonis, deinde accusandi, vel cōueniendi, vt propterea nec se defendere possent, nec res suas recuperare: *Oportet*, inquit Stephanus Papa, *vt primùm nos tam de inuasis ciuitatibus & monasterijs, quam de reliquis generalibus rebus redintegrari facias, quia nec nudi cōtendere, nec inermes nos inimicis debemus opponere.* c. Oportet. 3. q. 2. & c. Cùm Ecclesia. eadem causa & quæst. ibi: *Aliquid nō debet à quocunque ante redintegrationem omnium suarum rerum obijci.* Idem in alijs capitulis multis dicitur eadem causa & quæst. & in capitulis causæ 3. q. 1.

Quia verò Clerici hac constitutione siue priuilegio B nonnunquam abutebantur, nam conuenti quacunque actione, dicebant se non teneri actori vel accusatori respondere, nisi prius bona sua eis restituerentur, quibus spoliati erant, cùm id falsum esset: idcirco Innocentius 4. in c. 1. de restit. spoliat. lib. 6. statuit, primò, vt non liceret Clericis ciuili actione conuentis hac exceptione vti, præterquam aduersus spoliatorem. Secundò, vt tam ciuili actione cōuenti, quàm de crimine accusati, si spoliationis exceptionem opponerent, tenerentur eam probare intra spatium quindecim dierū. Tertiò, vt si de crimine essent accusati, ita demùm eis exceptio ista spoliationis prodesset, si esset spoliatio omniū bonorum, vel maioris partis.

De hoc igitur veteri Clericorum priuilegio loquitur S. Pōtifex Gregorius in d. c. vlt. de ord. cogn. vt patet ex illis verbis: *Cùm restitutionis petitio in hoc priuilegiata nascatur, vt ipsam intentans, non cogatur ante restitutionem spoliatoribus respondere.* Et ideo subdit textus, exceptione C opposita à spoliatore conuento, spoliationis factæ à spoliato agente, ipsum spoliatum agentem repelli ab agēdo. Ergo hæc est S. Pontificis sententia. Si, verbi gratia, Titius spoliatus castro agat contra Sempronium spoliatorem, & petat castrum sibi restitui, poterit Sempronius actorem ab agendo repellere, opposita illi hac exceptione, videlicet se prius ab ipso Titio actore spoliatum fuisse suis bonis, & hoc ex antiquo priuilegio ac iure in fauorem Clericorum constituto, vt nulla actione conueniri possent priusquā restituti essent ad bona, quibus spoliati fuissent, ne nudi ac suis bonis exuti contendere deberēt: Nam si nulla actione conueniri poterant ante restitutionem bonorum eis factam, sequitur eos neque actione illa ex interdicto, Vnde vi, siue recuperandæ possessionis, conueniri potuisse.

Ex quibus, nisi fallor, tria sunt perspicua. Primum, Gregorij responsum in d. c. vlt. de ord. cogn. iuri ciuili nō aduersari: sed ad rem potius diuersam iure ciuili antea non D constitutam pertinere. Secundum, communem interpretationem superiùs relatam, sic intellectam verissimam esse. Tertium, illud responsum S. Pontificis de Clericorum spoliationibus accipiendum esse.

CAPVT XII.

An contra tertium possessorem, qui bonam fidem ac iustum titulum habet, competat aliquod remedium recuperandæ possessionis.



NOn puto recuperādæ possessionis interdicto remediove aliquo posse conueniri eum possessorem, qui bonam fidem, ac iustum titulum habet, siue spectemus iuris ciuilis, ex quo potissimùm fonte manarūt interdicta, siue iuris Canonici, quo illa approbata & declarata sunt, constitutiones ac præcepta. Paulus: *Cùm à te vi deiectus sum, si quis eandem possessionem ceperit, non possum cum alio*

quam

quam tecum interdicto experiri. l.7.ff.de vi & vi arm. Ergo multò minus interdicto quis experiri poterit cum eo, qui bona fide & iusto titulo rem possidere cœperit.

Huc accedit iuris ratio euidens. Nam interdicta sunt personales actiones: *Licet in rem videantur cōcepta, vt tamen ipsa, personalia sunt*, inquit text. in l.1.ff.de interd. Actio autem personalis non sequitur fundum, hoc est, possessorem rei, l.1.§.Si heres.ff.ad Trebell.

Quod si ius canonicum spectemus, occurrit statim Innocentij III. constitutio, sic dicens: *Sæpe contingit, quod spoliatus per spoliatorem in alium re translata (dum aduersus possessorem non subuenitur per restitutionis beneficium spoliato) commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum iuris proprietatis amittit effectum. Vnde non obstante iuris ciuilis rigore, sancimus, vt si quis de cætero scienter rem talem receperit, cùm spoliatori quasi succedat in vitium (eò quòd non multum intersit, quoad periculum animæ, iniustè detinere, ac inuadere alienum) contra possessorem huiusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur*. c.18.de restit.spoliat.

Spoliato igitur Innocentius succurrit aduersus possessorem, qui spoliatori scienter quasi succedit in vitium, qui sciens prudensque eam rem à spoliatore recepit, quia iniustè detinet alienum, & non procul ab inuasore & spoliato ipso distat.

Ergo qui bonam fidem & iustum titulum habet, non tenetur hac Innocentij constitutione, nec vlla alia. Nam si alia extaret, quæ bonæ fidei possessores etiam comprehenderet, non fuisset opus constitutione illa contra malæ fidei successores. Si bonæ fidei possessores restituere tenerentur, multò magis malæ fidei.

Sed ratio peccati & periculum animæ non erat in bonæ fidei successoribus, ideo nec recedendum fuit à iuris ciuilis rigore.

Atque ita mihi videtur rectè sensisse Menochius de recup.possess. remedio 15.q.13.

Contrarium docuerunt Innocen. Hostiensis, Panormitanus, cæterique Canonistæ in d.c. Sæpe, de restit.spol. quos Legistæ etiam secuti sunt Iason, Ripa, Socinus & alij plurimi ad l. Rem quæ nobis ff.de acq.possess.

Fundamentum est primò in c. Episcopi 3. q.1. in illis verbis: Ab æmulis & quibuscunque detineantur.

Secundò, in c. Redintegranda, eadem causa, & quæst.: vbi S.Pontifex nulla distinctione adhibita mandat Episcopos eiectos & spoliatos restitui.

Tertiò, quia spoliatus, etiam prædo restituēdus in cap. In literis, de restit. spoliat. etiam aduersus ipsum dominum rei.l.Si quis in tantam. C. Vnde vi l. Si coloni C.de Agricolis & Censitis. lib.10. Ergo multò magis aduersus alios.

Quartò, nam probata antiquiori possessione, iunior præsumitur vitiosa & iniusta, c. Licet causam, de probat. Ergo iunior possessio, quam habet singularis successor reus conuentus præsumitur iniusta.

Sed ad hæc argumenta respondere non est difficile. Ad primum, verba illa, A quibuscunque detineantur, nō esse accipienda de iustis possessoribus, qui nec spoliarūt, nec scienter à spoliatore acceperunt. Sed omnes cuiuscunque gradus, dignitatis, conditionis possessores & detentores significare.

Ad secundum, illud generale responsum S.Pontificis non esse trahendum ad istos qui bona fide & iusto titulo res acceperunt. Isti enim interdictis compelli non possunt ad restitutionem.

Ad tertium respondeo, interdicto conueniri posse dominum qui spoliauit, meritissimo iure, quia non sibi ius dicere debuit, sed per iudicē exposcere, at noster hic singularis successor nullum delictum admisit. Non eiecit quenquam, non sibi ius dixit, non est prædo, quia bona fide rem accepit, putans dominum fuisse qui tradidit.

Ad quartum, nego illam propositionem probata antiquori possessione iuniorem præsumi vitiosam. Non est

A vera, vt docui suprà hoc eod. lib. c 9. sed & nego consecutionem illam, nam cùm de possessore bonæ fidei, & iustum titulum habente nostra disputatio loquatur: non est locus coniecturis, quibus vitiosa ac iniusta possessio redarguitur.

Alij distinguunt, vtrum successor singularis titulum consecutus fuerit ab authore vitioso, & hunc putant conueniri posse, an verò ab authore non vitioso, & hunc negant conueniri posse remedijs possessorijs ad restitutionem rei. Ita Bartolus ad legem. Rem quæ nobis: non procul ab initio.ff.de acq.possess. Andreas Geyll. lib.2. obseru.75.num.11.

Fundamētum est, quia talis possessor, qui causam habet ab authore vitioso, non posset se præscriptione tueri, si conueniretur à domino, quia mala fides authoris nocet bonæ fidei successori, iuxta Authen. Malæ fidei. C.de præscript. longi temp. Ergo nec se tueri potest aduersus eum qui spoliatus est, & interdicto agit ad restitutionē.

B Respondeo, negando consequentiam Nam hunc possessorem posse se tueri aliqua exceptione, aduersus eum qui dominus non est, illud argumento esse potest, quòd cùm bonam fidem habeat illi publiciana actio, si possessionem amiserit, competit. l. Eum qui. §. Prætor ait.ff.de publiciana. Nam cui damus actionem, multò magis exceptionem concedere debemus. l.Cui damus, de reg.iur.

CAPVT XIII.

Vtrum agenti remedio recuperandæ possessionis, exceptio præscriptionis obijci possit.



Ontrouersia est inter Doctores, vtrùm exceptio præscriptionis 30. annorū, obstet agenti interdicto recuperandæ possessionis, qui se spoliatum esse dicit, cùm possessor est in bona fide, & se tuetur eiusmodi præscriptio-
C ne longissimi temporis. Nam Glos. in c. Sollicitè, de rest. spol. in fine existimauit, præscriptionē non obstare agenti ex c. Redintegranda. 3.q.1. Eandem sententiam plurimi alij secuti sunt, quos commemorat Cæsar Contardus in commentarijs, l.1. C. Si de moment possess fuerit appel limit.2. in verb. ratione mixturæ. §.4

Fundamentum est in d.c. Redintegranda, in illis verbis: *Quacunque conditione temporis, &c.*

Contrarium respondit Paulus Castrensis in cōsi. 105. lib.1. quem secuti sunt multi alij à Contardo relati, loco annotato, & Menochius de recup. possess. Remedio 15. quæst.33. nec non Franciscus Sarmientus de redditibus Ecclesiasticis, par. 1. c.4. quos & ipse sequor.

Et quoniam omnis difficultas in d c. Redintegranda consistit; Alioqui enim eorum est, longissimi temporis spatio omnes actiones extingui l. Sicut. l. Omnes. C.de præscrip. longiss. temp 30. vel 40. annor. idcircò breuiter ostendam non probari priorem sententiam eo responso.
D Eius verba hæc sunt: *Redintegranda sunt omnia spoliatis & eiectis Episcopis, &c. quacunque conditione temporis, aut captiuitate, aut dolo, aut violentia maiorum, & per quascunque iniustas causas res Ecclesiæ, vel proprias, id est, suas substantias perdidisse noscuntur.*

His verbis nihil dicitur de longissimi temporis præscriptione. Non tollitur ea præscriptio legibus antiquis, & iure quoque canonico recepta, nec expressè neque tacitè. Et nullus ignorat, ad tollendas leges non coniecturas sufficere, sed oratione diserta, & clara opus esse. Non sine præfatione & alio apparatu, vt videre licet ex c. vlt. de præscript. ex c. Sæpe, de restitut. spol. & ex alijs locis quampluribus, quibus canones iuris ciuilis rigorē emendant propter animæ periculum, cuius meritò præcipua habenda ratio est.

Nil morantur verba illa, *quacunque conditione temporis*, non obstante. Nam de præscriptione non sunt accipienda. Aliud est conditio temporis, aliud præscriptio

Paulus

Paulus Castrensis exponit, *quacunque conditione temporis*, hoc est, siue propter negligentiam, siue ob aliá causam Episcopi fuerint spoliati & eiecti. Non rectè, quia aliud est conditio temporis, aliud negligentia.

Franciscus Sarmientus loco annotato sic exponit illa verba, *nulla conditione temporis* obstante, scilicet præscriptione decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes, vel etiam 30. & 40. annorum, si agatur contra ipsos spoliatores, qui sunt in mala fide.

Sed magis est, vt putem, illa verba ex sequentibus declarari, Episcopos restituendos nulla *temporis conditione obstante*, hoc est, siue sit tempus belli, siue pacis, captiuitatis aut violentiæ, aut quodcunque aliud, sicut verba sequentia declarant. Hoc enim modo, nisi fallor, conditionem temporum accipimus pro qualitate. Sic conditiones agrorum appellamus, id est, qualitates. l. 1 §. Denique. ff. de aqua plu. arcen. Conditionem personarum, id est, qualitatem. l. penul. ff. quibus ad libertatem proclamare non licet.

CAPVT XIIII.

Ad l. Vn. C. Vti possidetis, quis illorum verborum sensus sit: Satisdationis vel transferendæ possessionis, &c.



Dioclet. & Maxim. ita scribunt in l. Vn. C. Vti possidetis: *Vti possidetis fundum, de quo agitur, Dum ab altero, nec vi, nec clam, nec precario possidetis, Rector Prouinciæ vim fieri prohibebit, ac satisdationis, vel transferendæ possessionis edicti perpetui forma seruata, de proprietate cognoscet.*

Queritur quis sit sensus illorum verborum, *satisdationis vel transferendæ possessionis*. Reiectis duabus expositionibus Accursij, quarum altera de vsufructuario, altera de satisdatione iudicatum solui, verba illa accipiéda esse docet. Neque enim ad fructuarium ea lex pertinet, nec ad satisdationem iudicatum solui.

Bartolus existimauit eũ sensum habere, vt qui victus est interdicto illo, Vti possidetis, cauere debeat se nõ amplius molestiã exhibiturum possessori, nec eum impediturum, quò minus illa re liberè vtatur, donec de iure suo docuerit. Eandem sententiam secuti sunt Duarenus lib. 1. Anniuersariarum disputationum, c. 21. & alij quos refert Menoch. de retinenda possess. remedio 3. q. 95.

Fundamentum est in l. penul. ff. de aqua quot. & æstiua, vbi textus ita dicit: *Si de via, itinere, actu, aquæductu agatur, eiusmodi cautio præstanda est, quamdiu quis de iure suo doceat se non impediturum agentem, & aquam ducentem, & iter facientem.*

Sed in primis nihil dicitur ibi de transferenda possessione, deinde adhuc duo obstare videntur huic expositioni. Alterum, quod illa lex penult. loquitur de seruitutibus. Diocletianus autem loquitur de fundo. Cùm agitur de seruitutibus, cautio magnoperè spectatur, & multum valet l. Harum. l. Egi. ff si seruit. vẽd. l. pen. ff. de seruitut. ibi: *Cauendum putat Labeo, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset, &c.*

Alterum, quoniam illa verba, *satisdationis vel transferendæ possessionis* accommodari non possunt ad eum qui est victus in interdicto, Vti possidetis. Quomodo enim is qui eo interdicto superatus est, ac proinde non possidet, hanc pœnam sustinebit, vt si nolit satisdare, transferatur ab eo in victorem possessio? Victor enim possidet. Victus non possidet. Ergo possessio ab illo transferri in alterum nequit.

At occurrit Duarenus his verbis: *Quod ita accipiendũ est, si aduersarium dumtaxat inquietaueris, non etiam, si spoliaueris eum sua possessione. Nam si deieceris (quo casu potest aliquando interdictum competere aduersario, scilicet animo retinente eiusdem possessionem) curabit iudex in eum qui deiectus est possessionem transferri. Quod cùm perfectũ fuerit, de proprietate cognoscetur.*

Hoc puto Duarenum velle, illud verbum satisdationis hoc significare, satisdationem esse præstandã, vt suprà dictũ est, illa autẽ verba, vel transferendæ possessionis, indicare, si fortè is qui satisdedit, nõ seruet promissa, imò molestiã exhibeat possessori, eumq; possessione deijciat, tũc per iudicẽ possessionẽ ab eo trãsferri in eũ qui deiectus est.

Sed certè parum probabilis hæc expositio est. Primò, quia si hoc vellet Imperator, nõ ita diceret, sed alijs verbis vteretur, quibus demonstraret effectũ eiusmodi cautionis hunc esse, vt si possessor deijciatur ei possessio restituatur. Deinde, quia Imperator dicit, satisdationẽ esse præstandam, vel possessionem transferendam ex forma edicti perpetui. Ergo si non satisdatio præstetur, transferetur possessio: illa dictio, *Vel*, hoc indicare vr, vt alterutrũ fieri oporteat. Tertiò, quia eodẽ tẽpore eodẽq; cõtextu hæc fieri debẽt, nimirũ satisdatio præstãda est, vel possessio trãsferẽda. Nõ autẽ diuerso tẽpore, nimirũ sic vt præstãda sit satisdatio, deinde, si contingat possessionẽ auferri, ea transferenda sit, & auferẽda deijcienti, ac restituẽda deiecto.

Ego sic sentio, eã expositionẽ verã esse, quæ docet, illa verba accipiẽda esse de satisdatione, quã possessor præstare debet de re conseruanda illæsa, donec causa proprietatis cognita fuerit: *Vel possessionis trãsferendæ*, quia si possessor satisdare nolit, transfertur ab eo in aduersariũ possessio. De hac satisdatione fit mentio in l. 5. ff. de peti. hæred. in l. De bonis. §. vlt. ff. de Carbon. edi in l. Ex liberto. §. Etum qui. ff. de quæstion & apud Paulũ lib. 1. sentẽtiarũ, tit. 11.

Nihil habet incommodi hæc expositio, verbis legis & rationi cõsentanea est, nihil deniq; ei obstare video: retinenda igitur est. Authores habet Eguinarium Baronẽ lib. 6 Manual. tit. 17. Cuiac. in li 1. sentẽtiarũ Pauli tit. 11. Robertũ Aurelianũ li 3. sent. iuris, c. 21. Baldũ in cõment. d. l vn C. vti possidetis. Menochiũ loco superius annotato.

Porrò non assentior Roberto Aureliano dicenti, satisdetur possessionem in sequestrum transferendam esse. argum. l. Si fideiussor. §. vlt ff. qui satisd. cog & aliarum legum, quæ de hac re non loquuntur. Magis assentior Paulo lib. 1. sentent. tit. 11. sic dicenti: Si satisdatio non detur, hæreditas in petitorem transfertur, & Iurisconsulto in d. l. De bonis. §. vlt ff. de Carbon edicto, Possessio transfertur, aduersario satis offerente, &c.

CAPVT XV.

De duplici possessorio retinendæ summario & summarijssimo; & quis sit iudex competens in causa possessorij rei Ecclesiasticæ.



Communis Doctorũ schola statuit duplex interdictum retinẽdæ possessionis. Alterũ ordinarium, quod & plenarium dicitur. Alterum summariũ, vel potius summarijssimũ. Plenarium siue ordinarium vocant, quando plena causæ cognitio adhibetur, iudiciorum solennia obseruantur, pleneq; discutitur ac examinatur, vtrum actor possideat rẽ, de qua agitur, nõ vi, non clàm, nõ precario ab aduersario suo, vt colligitur ex l. 1. ff. vti possidetis. Summarium vel summarijssimum illud dicitur, in quo summatim iudex cognoscit, vter ex litigatoribus possideat tempore litis motæ ad eum finem, vt ille tanquã possessor constituatur, & alter sit petitor, ita vt alteri ius suum saluum sit tam circa petitoriũ, quàm circa plenarium possessorium: Et huic summarijssimo tunc locus esse solet, cùm vterque ex litigatoribus ita contendit se possidere, vt nec libellum offerre velit, & periculum sit ne veniatur ad arma. Iudex enim re summatim cognita, sine præiudicio partium, declarat interim alterum ex litigatoribus possessorem esse, donec plenè de possessione cognoscatur. Hispani vocant iudicis decretum, siue interlocutionem istam, *Interim*. Galli nouam prouisionem.

nem Germani prouisionale decretū. Vide Couuar. pract. quæst. c. 17. Menochium de retinenda possess. remedio vlt. non procul ab initio. Andr. Geyll. lib. 1. obseru. 7.

Verùm Franciscus Sarmientus lib. 2. select. c. 13. hanc distinctionem à Doctoribus confictam esse conqueritur, nulla iuris authoritate.

Et verum scribit Sarmientus, si verba tantùm spectes. Sunt enim à Doctoribus inuenta: sed si rem intueamur, hæc distinctio iuris rationi magnoperè conuenire videtur. Nam Vlpianus in d. l. 1. ff. vti possidetis, sic scribit: *Sed si inter ipsos contendatur, vter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc si res soli sit de cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.* Rectè, sed quid si periculum sit donec cognoscit᷑ vter possideat, ne rixæ, tumultus, cædes oriantur, nonnè iudex prudenter fecerit re summatim cognita confestim alterum ex litigatoribus possessorem declarare interim, donec plenius res cognoscatur? *Cur enim, inquit Iulianus, ad arma & rixam procedere patiatur Prætor, quos potest iurisdictione sua componere?* l. Si vsusfruct. §. Sed si inter duos aliàs incipit l. Æquissimum. ff. de Vsufruct.

Moneo studiosos pro eo quo in eorū vtilitatem feror desiderio, vt de vocabulis à doctoribus cōfictis, si modò res intelligatur, nec à iuris rationibus aliena sit, non sint adeò solliciti, vt hoc nomine veteres doctores abijciant. Præclarè enim eruditissimus Muretus ad Epistolam Senecæ 58. *Idem accidit,* inquit, *ijs qui possibile & impossibile dicere, saltem in disputationibus philosophicis reformidant: Cùm Plato, Aristoteles, Epicurus, Zeno, in lingua infinitis partibus copiosiore innumerabilia tamen vocabula fingere necesse habuerint. Equidem vt de meo sensu liberè atque ingenuè fatear, multa puto ab istis delicatis in S. Thoma, in Ioan. Scoto, alijsq; eiusmodi eruditissimis hominibus irrideri, quę & necessaria sunt, & talia, vt si quis ea vetustis illis temporibus protulisset, magnam ei gratiam omnes philosophiæ studiosi habituri fuisse videantur. Nos dum teneris auribus videri volumus, tenera nobis ac puerilia esse ingenia, neque vera ac solida eruditionis capacia ostendimus.* Sic ille.

Venio ad alteram controuersiam, de possessorio rei Ecclesiasticæ, quis sit iudex competens. Tres sunt doctorum sententiæ. Prima iudicem laicum esse competentē, qui scilicet ordinarius est loci iudex, vt nunc loquimur, in quo res est posita, de qua agitur. Ita Guido Papæ decis. 1. decis. 71. & decis. 85. Alciatus responso 24. nu. 1. Andr. Geyll. lib. 1. obseru. 37. nu. 5. & multi alij quos refert Menochius, de retinenda possess. remedio 3. quæst. 52. & de recuperan. remedio 15. quæst. 18.

Altera, iudicem Ecclesiasticum scilicet ordinarium loci competentem esse. Ita Ant. Butrius in c. vlt. de iud. Augustinus Berous ad rub. de iudicijs, nu. 55. Couuar. pract. quæst. cap. 35. nu. 1. vers. Secunda conclusio.

Tertia est sententia, si lis vertatur inter clericos, Ecclesiasticum esse iudicem competentem, si verò inter clericum qui actor sit, & laicū, tunc iudicem laicum esse competentem. Ita Menochius docet locis proximè citatis.

Prioris sententiæ argumenta hæc sunt. Primùm, quia possessio quæ in iudicium deducitur, nō videtur esse res spiritualis, sed potius prosana ac temporalis, & potius in facto, quàm in iure consistere. Ergo nihil prohibet, quò minus iudex laicus de ea cognoscere possit.

Secundum est ex c. 7. Qui filij sint legitimi in illis verbis: *Non attendentes quod ad Regem pertinet, non ad Ecclesiam de talibus possessionibus iudicare, &c.*

Tertium ex c. Petimus 11. quęst. j. *Petimus,* inquit tex. *vt dignemini dare fiduciam, qua necessitate ipsa cogente liberum nobis sit, rectorem Prouinciæ secundum statuta gloriosissimorum Principum aduersus illum adire, qui plebem quam inuaserat, vsque hodie communitus secundum quod statutum fuerat, relinquere contemnit.* Quibus verbis S. Pontifex indicare vľ, prouinciæ rectorē adeundū esse in causa possessionis rei Ecclesiasticæ, q̃ aliquis inuaserit.

A Quartum est ex c. vlt. de iud. vbi magistratus Florentinus causam possessionis cognouit tanquam iudex quæ vertebatur inter Abbatem & Monachos S. Mariæ, & Communitatem cuiusdam castri, & tamen S. Pontifex ibi non improbat illud iudicium, imò potius confirmat, quod non est verisimile facturū fuisse, si iudex non fuisset competens.

Alterius autem sententiæ, quæ Ecclesiasticum iudicē constituit huius controuersiæ possessoriæ, fundamentū est in Clem. 1. de causa posses. & proprie. & in Clem. 1. de sequestr. possess. & fructuum; quibus in locis habetur, tā possessorium, quàm petitorium causæ Ecclesiasticæ tractādum esse apud Sedem Apostolicam, & in c. 2. de iud. vbi dicitur, negotia Ecclesiastica tractanda esse apud Ecclesiasticos iudices.

Tertia denique sententia eo nititur argumento, quòd cùm laicus conuenitur interdicto possessorio, tunc clericus est actor, ergo sequi debet forum rei, c. Si clericus. c.
B Cùm sit generale. de foro competen. Cùm verò inter clericos iudicium agitur, ideo nō potest secularis iudex cognoscere, quia nullam in clericos iurisdictionem habet, c. 1. & 2. de foro competen. Etsi enim de rebus agatur nō de personis, necesse tamen est, vt iudex possit litigatores compellere ad comparendum in iudicio, clerici autem compelli nequeunt à laicis iudicibus.

Hæc sunt quæ alij attulerant. Ego sic statuo, si inter clericos res agatur, vel clericus à laico conueniatur, adeundum esse iudicem Ecclesiasticum: is .n. solus in clericos habet iurisdictionem, & eos citare, coercere, ac iudicare potest, vt rectè admonuit Menochius. Si verò laicus conueniatur à clerico, puto & iudicem Ecclesiasticū competentem ac idoneū esse, & etiam iudicem laicum, si clericus eum apud iudicē laicum conuenire voluerit, si tamen certum sit, & laicus non neget rem, de qua lis est, ad Ecclesiam pertinere: si verò id neget, & suam esse cōtēdat, idoneum esse laicum duntaxat iudicem existimo.
C Quod primò dixi, probo ex c. Cùm sit generale. de foro competenti. vbi textus ita dicit: *Verùm quia seculares iudices in exhibenda iustitia personis Ecclesiasticis, sępè in iudicio sunt remissi, in fauorē Ecclesiæ est introductū, vt malefactores suos, qui sacrilegi sunt censendi, venerabilium locorum rectores possint, sub quo maluerint iudice conuenire.*

Igiť si laicus rē Ecclesiasticā occupauerit, iniustè detinuerit, vim fecerit, spoliauerit Ecclesiā, poterit conueniri interdictis possessorijs, tam apud Ecclesiasticos, quàm seculares iudices, ex illo generali priuilegio, quod Ecclesijs cōcessum est. Nihil .n. ꝓhibet, qn & hoc in casu, quo de possessorio interdicto agiť, locum sibi vēdicare possit.

Alterum, quod dixi, probo ex cap. Si clericus. de foro competen. vbi S. Pontifex ita scribit: *Si clericus laicum de rebus suis, vel Ecclesiæ impedierit: & laicus res ipsas nō Ecclesiæ esse, aut clerici, sed proprias asseueret: debet laicus de rigore iuris ad forensem iudicem trahi, cùm actor forum rei sequi debeat.* Eadem ratio est cùm laicus asseuerat pos
D sessionem ad se pertinere.

Ad primum argumentum prioris sententiæ respondeo, possessionis causam, temporalem quidem esse, sed quia cum persona Ecclesiastica agendum est, illa non debet trahi ad iudicem forensem, sed ad Ecclesiasticum, qui in clericos imperium habeat. Iurisdictio enim necessaria est, hoc est, potestas iuris dicendi. Illa verò sine modica coercitione nulla est. l. 2. ff. de iuris. omn. iud. Talem coercitionem in clericos non habent laici, sed Ecclesiastici iudices.

Ad secundum respondeo, cap. 7. qui filij sint legit. loqui de rebus temporalibus & possessionibus laicorum, non autem clericorum.

Ad tertium respondeo, in allegato capitulo hoc tantùm cōtineri, personas Ecclesiasticas subsidium ac operam implorare posse magistratus secularis, pro defensione ac recuperatione rerum suarum (brachium seculare vulgò dicitur) quod nihil facit ad propositum nostrum.

Ad

A Ad vltimum respondeo, in d.c.vlt. iudicium agitatum fuisse inter Ecclesiasticos & seculares, & idcirco iudicé secularem cognoscere potuisse, hoc enim & nos quoque dicimus, scilicet quando Ecclesiasticæ personæ seculares ad iudicium trahunt, quia actor forum rei sequitur. Licet in fauorem Ecclesiæ constitutum sit, vt & Ecclesiastici iudices cognoscant, vt dictum est suprà ex d.c. Cùm sit, de foro competenti. Et tantum de hac quæstione.

CAPVT XVI.

Quod sit probanda in interdicto vti possidetis *possessio, non per vnum duntaxat testem. Et quid iuris, si vterque ex litigatoribus probauerit se possidere.*

IRrepsit vulgaris quędam opinio, possessionem probari posse vnico teste, quia modici præiudicij est, ex traditis per Bartolum ad l.1.C.quorum bonor. de qua confutanda non tam laborandum videtur, quàm metuendum, ne illam sequamur, ob multitudiné authorú. Non est modici pręiudicij possessio, imò magnum cómodum adfert. §. Cómodú. inst. de interdict. Nec testimonio vnius credendú est, *etiamsi preclaro curia honore præfulgeat*. l 8.C.de Testib. Præclarè S. Pontifex in c. Licet, de testib. *Licet quædam sint causæ, quæ plures quàm duos exigant testes, nulla tamē est causa, quæ vnius testimonio, quamuis legitimo, terminetur.* B

Authorum multitudini alios authores objicio, qui negant vnius testimonium sufficere ad probádam possessionem. Afflict. decis. 364. nu. 5. Pontanus de spolio lib. 2. nu. 100. Andr. Geyll lib. 1. obseru. 7. Mascardus alios citans de Probationib. vol. 3. concl. 1189. Non ingredior illam disputationem, quam latè prosequitur ibi Maschardus, an plena requiratur probatio, vel semiplena in iudicijs possessorijs Frustrà. n. hac de re disputari cótédo, cùm nihil iure definitum constitutumq; sit, & iudicis arbitrio id committatur. Callistratus, *Quæ argumenta ad quē modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo definiri potest. Sicut non semper, ita sæpè sine publicis monumentis, cuiusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas & authoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quæritur, fidem. Hoc ergo solùm tibi rescribere possum summatim: non vtique ad vnam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui, te existimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi, opineris.* l. 3. §. ff. de Testibus. C

Maior difficultas est, quid statuédum cùm vterque ex litigatoribus possessionem probat. Respondent Doctores multi, eum esse potiorem, qui ex iusta causa se possidere demonstrauerit, Menoch. de retinen. remed. 2. q. 87. vers. Tertius est casus.

Sed obstat. l. 3. ff. vti possidetis. Vlpianus. *Si duo possideant in solidum, videamus quid sit dicendum, quod qualiter procedat tractemus: Si quis proponeret possessionem iustā & iniustam; ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam, si à me, possides superior sum interdicto, si verò non à me, neuter nostrum vincet.* Sentétia Vlpiani hæc est, si duo possideát, alter ex iusta causa, alter ex iniusta, neutrú fore superioré ac victorem, nisi alter ab altero vi aut clam possideat. D

Verùm Vlpiano obstare videtur, quod ait, duos in solidum possidere, & id non potest fieri. l. Si vt certo. ff. Si duobus. ff. commod. l. 3. §. Ex contrario. ff. de acq. possess. l. Duo insolidum. 19. ff. de Precario.

Iacobus Cuiacius lib. 9. obseru. cap. 32. existimat, Vlpianum id dixisse non ex sua sed Sabini & Trebatij sententia, qui existimabant duos insolidú possidere posse, quosque refert ac refellit Paulus in d l. 3. §. Ex contrario. ff. de acq. possess. & ad hoc confirmandum perpendit illa Vlpiani verba in d. l. 3. ff. vti possidetis, *si quis proponeret possessionem iustam & iniustam, &c. In ea lege*, inquit Cuiacius, *hæc verba magnoperè expendi velim, si quis proponeret, & Sabini & Trebatij sententia scilicet, quibus neq; Proculiani, neque nos credimus.* A

Sed nil respondet Cuiacius ad priorem difficultatem, & certè nullam video responsionem, nam si proponatur fieri posse, vt duo insolidú possideát, vel possessioné probent, rectè dicit Vlpianus, neutrum vincere posse, licet alter iustā, alter verò iniustam possessioné probaret, nisi ab altero vi aut clam possideret: *Quoniam in summa possessionis nō multum interfit, iustè quis an iniustè possideat*, vt inquit Paulus in l. 3. §. Ex contrario. ff. de acquir. possess.

Quod Vlpiani respósum, si rectè fuisset cósideratum, & simul quod alij Iurisconsulti responderunt, duos in solidum possidere non posse, vt in l. 3. Ex contrario. ff. de acquir possess. & in alijs legibus superiùs annotatis, non ita sollicitii fuissent de illa facti specie, quæ proponeretur, in iudicio isto possessorio vtriusque ex litigatoribus probationes circa possessionem ęquales esse per omnia, quid à iudice pronunciandum esset. Alij enim dixerunt pronunciandum. Vti possidetis ita possideatis. Alij diuisione facta in æquales partes controuersiam dirimendam, ad exemplum l. Et hoc Tyberius Cęsar. ff. de hæred. instit. Alij possessionem apud sequestrum collocandam, ne partes veniunt ad arma: Alij forte rem dirimendam. argum. l. vlt. C. comm. de leg. Alij pronunciandum à iudice, de causa non liquere, arg. l. Idem Pomponius 14. §. vlt. ff. de recep arb. Alij reum absoluendum. l. Fauorabiliores, de reg. iur. Alij iudicem cui maluerit gratificari posse. Alij denique consulendum esse Principem, vt diligenter hęc omnia explicat Menochius de retinen. possess. remed. 3. quæstione 87. B

Frustrà, inquam, tam acriter concertatum est. Primò, quia accidere nō potest, vt duo insolidú possideát vnam & eandem ré, vt dixi, & cósequenter, vt probationes vtriusq; sint per omnia æquales: Si enim res esse non potest, nec certè probari pót. Nó enim nullæ sunt qualitates.

C Secúdò, quia posito casu, claram habemus Vlpiani decisionem, neutrum videlicet vincere posse, vt in d. l. 3. ff. vti possidenis.

Porrò, vt vnus ciuiliter possideat, alter naturaliter, fieri potest, veluti si quis precariò rogauit, vt possideret: *Placet eum penes vtrumque esse eum hominem, qui precariò datus esset: penes eum qui rogasset, quia possideret corpore: penes dominū, qui non discesserit animo à possessione.* l. Et habet, 15. §. 1. ff. de precario. Objicitur l. 6. ff. eod. tit. Sed præclaram solutionem indicauit mihi Simon Endellius, auditor meus, nobilis Austriacus, eruditus adolescens & doctus, non obstare, quia textus dicit, non possidere eum qui rogauit, *vt precariò in fundo moretur*. Aliud est enim rogare, vt precariò quis possideat, sicut loquitur lex 15. Aliud, *vt in fundo moretur*, sicut aliud rogare, vt in possessione quis maneat. l. 10. ff. de acquir. possess ibi. *Precariò autem rogauit, nō vt possideret, sed vt in possessione esset, &c.*

D

CAPVT XVII.

Agenti ex interdicto retinendæ, an obstet exceptio dominij.



N interdicto retinendæ possessionis, obstare dominij exceptionem, cuius probatio statim offertur, credidit Accursius in l. Si de vi, in fine. ff. de iudicijs. Bart. ad l. Si coloni. C de agricolis & Censitis, & multi alij quos refert, sed non probat Menochius de retinenda possess. remed 3. quęst. 79.

Fundamétum est in regula, Dolo facit, qui petit quod restituere oportet eúdem. l. Dolo. ff. de doli mali & mēt. except. Et in l. 3. §. Causæ. ff. de Carboniano edicto, cuius hæc sunt verba: *Causa cognitio in eo vertitur, vt si manifesta calumnia appareat eorum, qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio.*

Postremò,

Postremò, quia cum ptobationes inconrinenti offerũtur, multa concedi solent, quæ aliàs non concederentur. l. Si is à quo. ff. vt in possess. leg. l. Ille à quo §. Si testamento. ff. ad Trebell.

Contrarium docuerunt idem Bartolus in d. l. Si de vi. ff. de iudicijs, & multi alij quos refert & sequitur Menochius loco proximè citato, quibus me lubens sociũ adiungo. Principio enim certũ est, causam possessionis & proprietatis separatam esse, vt ait Vlpianns in l. 1. ff. Vti possidetis. Deinde, nulla alia exceptio idonea est, quàm si vi aut clam, aut precariò alter ab altero possideat. l. 1. C. eo. tit. l. 1. in fi. ff. eod. Tertiò, nihil interest in summa possessionis, an sit iusta vel iniusta. l. 3. §. Ex contrario. ff. de acquir. possess l. 3. ff. Vti possidetis. Denique, si exceptio dominij esset impedimẽto, daretur occasio rerum dominis vim faciendi, turbandi, inquietandi possessores rerũ suarum, etenim illis ad interdictum confugientibus, statim dominij exceptionem obijcerent, eosq; repellerent. Hoc autem iure prohibitum est l. Si quis in tantam. C. Vnde vi l. Non est singulis, de reg. iuris.

Ad primum argumentum respondeo, regulam illam, dolo facit, &c. non habere locum in possessorijs, alioquin liceret dominis authoritate propria possessionem auferre, & postea allegare, dolo possessorem facere, qui petat quod restituere debet. Hoc autem absurdum est.

Ad alterum argumentum respondeo, illud in illis casibus sibi locum vendicare, quibus res agitur coram iudice, & nihil violentiæ committitur, non de facto quis turbatur in sua possessione. His. n. in casibus nõ licet allegare dominiũ, aut possessoris calumniá, quamuis probationes inconrinenri adferãtur circa dominiũ rei, quia vt maximè quis dñs existat, non potest tamen sibi ius dicere, aut vim vllam inferre, nec dominij causam deducere, quia illa cum possessionis causa nihil habet commune.

Maneat igitur hæc sententia, non obstare dominij exceptionem in hoc iudicio, quam Menochius loco proximè citato, quæst. 80. intelligit cũ exceptione, nisi de dominio constaret ex sentẽtia lata in petitorio iudicio. Nullo sanè satis firmo fundamento. Nam quod scribit de notorio, hoc est, ex sententia notorium esse dominium, nihil mouet, nec enim quicquam facit hic quòd dominiũ sit notorium vel non sit, cùm proprietatis causa distincta sit à possessionis causa, sicut & suprà disputaui hoc eodẽ libro cap. 10.

Illa magis placet exceptio, nisi possessor, qui interdicto experitur, consentiat, vt de proprietate cognoscatur, argum. cap. 11. de restit. spoliat.

CAPVT XVIII.

Vsufructuarius vtrum naturaliter possideat?



Vris nostri authores variè respondisse videntur hac de re. Nam Vlpianus in l. Naturaliter 12. ff. de acquir. possess. *Naturaliter*, inquit, *mihi videtur vsufructuarius possidere.* Idem rñdit Papinianus in l. Possessio 49. ff. eod. Quamobrẽ interdictũ de vi, vsructuario cõpetere, idem Vlpianus respondit in l. 3. §. vlt. ff. de vi & vi arm.

Sed contrarium rñdit Caius in l. Acquiritur. 10. in fin. ff. de acquir. rer. dom. *Vsufructuarius autem*, inquit, *vsucapere seruum non potest primò, quia nõ possidet, sed habet ius vtendi & fruendi, &c.* Idem rñdit Macer in l. Sciendũ. § Possessor. ff qui satisd. cogan. sic dicens, *eum qui tantùm vsumfructum habet, possessorem non esse Vlpianus scripsit*, imò verò idem Vlpianus, tribus in locis negat vsufructuarium possidere in l. Certè. §. Is qui rogauit. ff. de Precario. *Nam & fructuarius*, inquit, *& colonus, & inquilinus sunt in prædio, & tamen non possident*. In l. 1. §. Quod ait Prætor ff quor. legator. *Monet*, inquit, *quod neque vsusfructus, neque vsus possidetur, sed magis tenetur*. In l. Celsus. §. Iulianus, ad exhiben. *Sed & eum*, inquit *qui vsusfructus nomine rem teneat, quamuis nec hic vtique possideat.*

Accursius in d. l. Naturaliter, & in d. l. Acquiritur, quatuor adfert solutiones. Prima est, fructuarium non possidere ꝓpriè, & ideo Vlpianus vsus est illo verbo, *videtur*. Secunda, nõ possidere, sed detinere. Tertia, possidere fructuarium naturaliter, sed non ciuiliter, quę solutio cõmuniter recepta est teste Iasone in d. l. Naturaliter, nu. 5.

Baldus autem, Cumanus, Romanus & Aretinus, tertiam solutionem secuti fuere, fructuarium scilicet nõ sibi sed domino possidere. Eandem sententiam amplexus est Iacobus Cuiacius libro 9. obseru. cap. 33. *Fructuarius*, inquit, *est tantummodo in naturali possessione, non etiã verè naturaliter possidet. Solus enim dominus possessor est, & possidet per fructuarium, nec alia ratione dicitur retentionẽ vsusfructus esse speciem traditionis, quàm quod qui retinet vsumfructum, desinat sibi & incipiat alij possidere: Et in l. Naturaliter, Vlpianus ait. Naturaliter videtur possidere & possidet*. Et paulò post, *verum*, inquit, *licet fructuarius non possideat, tamen quia rei emolumentum ad eum pertinet, interdicta possessoria ei accommodantur, quæ cæteris qui sunt in possessione, non accommodantur.*

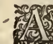
Hæc sententia videtur sanè probabilior, atque vno verbo possumus hãc rem ita explicare. Fructuarium possessioné illam habere quæ corpore, non autem quæ iure cõsistit. Et ideo non potest vsucapere, quia non possidet ciuiliter, animo domini, & ita loquitur d. l. Acquiritur.

Quod verò attinet ad l. Sciendum. §. Possess ff. qui satisd. cogant. illa loquitur quantum ad satisdationem de iudicio sisti. Qui immobilia possidet, non tenetur satisdare. Talis non est fructuarius, quia non est dominus rei, nec aliud habet ius quàm vtendi & fruendi, quamobrẽ alia cautione opus est.

Cæteræ quoque leges, quibus negatur fructuariũ possidere, ita sunt accipiendæ, vt possessionem hanc naturalem corporalemq; non excludant. Sic enim promptum erit leges legibus concordare.

CAPVT XIX.

Quomodo acquiratur possessio rerum corporalium, & an infanti etiam acquiratur.



Ccursius In l. 1. ff. de acquir. possess. distinguit inter res animatas, & inanimatas, & ait possessionem rerum animatarum acquiri illis modis, qui habentur in l. Naturalem, & in l. In laqueum. ff. de acquir. rer. dom. rerum autem inanimatarum hoc modo: Aut possessio vacans est, aut ab aliquo occupata. Posteriore casu possessio acquiritur absq; traditione & corporali apprehensione, vt patet ex l. Quod meo. §. Si venditorem. ff. de acq. possess. Priori autem casu acquiritur possessio, duntaxat per apprehensionem l. 3. §. Neratius ad finem. ff. eodem nt.

Bartolus autẽ distinctione omissa rerum animatarum & inanimatarum sic docet, possessionem acquiri per apprehensionem, si sit vacans, si verò sit ab aliquo occupata, sine apprehensione acquiri, si concurrat animus tradentis. l. Quod meo. §. vlt. ff. de acq. possess. Si verò animus tradentis non concurrat, apprehensionem requiri.

Ego verò sic statuo, possessionem animo & corpore acquiri, si traditio vera vel ficta interueniat, Paulus in l. 3. ff. eod. *Adipiscimur*, inquit, *possessionem corpore & animo, neque per se animo, aut per se corpore, &c.* De corporali apprehensione loquitur l. 1. ff. eod. De traditione vera textus in l. 3. C. eod. De ficta. l. 1. §. Si iusserim. l. Quarundam. ff. eodem.

Sed oritur difficultas, vtrum infans possit acquirere possessionem. Nam Paulus in l. Quamuis. § Infans. ff. eodem, *nullus sensus est*, inquit, infantis acquirendi possessionem. At Imper. Decius in l. 3. C eodem. *Donatarum rerum*, inquit, *à quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quæritur.*

Accursius

Accursius multas adfert solutiones. Prima est, Iurisconsulti responsum ab Imperatore correctum esse, quæ solutio meritò cæteris displicuit.

Altera solutio est, Imperatorem loqui de infante, qui aliquod iudicium habet. Non rectè, quia nec Imperator hoc dicit, nec dicere potest, quia infantes omni carent indicio.

Tertia solutio est, Imperatorem loqui de rebus donatis, & ideo singulari iure sic de eis constitutum fuisse, de alijs secus, & in his Pauli respõsum locum habere posse.

Idem docuit Conanus lib. 3. comment. iuris, cap. 8. num. 5.

Mihi non placet, quia repugnat ratio Pauli dicentis, nullum sensum infantis esse acquirendi possessionem: licet enim animus donantis cõcurrat in transferenda possessione, ex persona tamen infantis obstat, quòd non habet animum, sensumque acquirendi possessionem.

Quartam solutionem afferebat Azo, quæ ab omnibus explosa est, Imperatorem accipiendum, cùm res donata B serui infantis tradita est. Nulla enim huius rei mentio est in d. l. 3.

Quintæ solutionis Bartolus author est, Imperatoris rescriptum accipiendum esse de re mobili donata infanti, cuius acquirendæ aliquem animũ & affectum infans habeat, veluti sunt, inquit Bart. iocalia, latinè crepundia dicuntur, munera scilicet puerorum.

Verùm, si hæc erat Imperatoris mens, æquum fuisset id exprimere, nõ de rebus donatis generaliter, nulla scilicet adhibita distinctione, ita rescribere.

Sexta solutio Ioannis antiqui Glossarij est, Imperatoris legem accipiendam esse, cùm tutoris authoritas interuenit: & hanc sententiam multi alij ex antiquis secuti fuere, quos refert & sequitur Alciatus ad l. 1. §. Adipiscimur. ff. de acquir. possess. Et mihi verissima videtur: Licet enim alij nullam adferant coniecturam, ego tamẽ hãc adsero: Etenim idem Imperator postquam dixit rerum donatarum possessionem infanti acquiri, subijcit C hæc verba: *Alioqui ex sententia consultissimi viri Papiniani, nec quidem per tutorem possessio acquiri posset infanti*. Hæc Imperatoris ratio locum habere potest, si superior sententia accipiatur de rebus donatis infanti, tutoris authoritate interueniente, si verò aliter accipiatur, inepta ratio erit. Id verum esse, ita demonstro. Sic argumentatur Imperator: Si non acquiratur infanti possessio rerum donatarum & traditarũ, nec possessio eidem infanti acquiri poterit per tutorem. Hoc argumentum valet, si prior sententia sic accipiatur, vt dixi. Nam hæc est bona collectio. Si non acquiritur possessio infanti, cùm tutore authore res donatæ sunt ac traditæ, consequens est, nec per tutorem acquiri posse infanti possessionem. Sed consequens est falsum, quia Papiniani sententiæ repugnat, ergo & antecedens. Verùm si non ita prior sententia accipiatur, nulla est hęc collectio; non acquiritur infanti possessio rei donatæ ac traditæ, Ergo nec per tutorem possessio acquiri possit. Negatur consequentia. D Licet enim infanti non acquiratur, quia nullum habet sensum, nullum animum possidendi, nihil tamen proponitur, cur non possit vtilitatis causa per tutorem possessio infanti acquiri.

CAPVT XX.

Quomodo rerum incorporalium quasi possessio acquiratur.



RES incorporales possideri non dicuntur, sed corporales. l. 3. ff. de acquir. possess. l. Seruus. §. Res incorporales, ff. de acquir. rer. dom. l. Sequitur. §. Si viam. ff. de vsucap. Veruntamen quasi possideri dicuntur, & vulgò dicimus, quasi possessionem rerũ incorporalium. Sed quæstio est admodum celebris, quomodo acquiratur quasi possessio rerum incorporalium. Communis sentẽtia est A vsu acquiri, quum iure proprio quis, non iure familiaritatis exercet, cum scientia & patientia aduersarij. Vide Couuar. in cap. Possessor malæ fidei in 2. parte in initio, num. 8. de reg. iur. lib. 6. Menochium de Arbitrarijs iud. casu 160. & seq.

Fundamẽtum est in l. 2. C. de seruit. & aqua in l. Quoties. ff. de seruit. in l. Si à te emero. ff. si seruitus vēd. d. l. Si ego. §. 1. ff. de publiciana. iuncta. l. 1. ff. de ser. rust. præd.

Contrariam sententiam amplexus est Ioan. Longouallius ad l. Imperium in 4. parte in 2. articulo. ff. de iurisdict. om. iud. Existimat enim scientiam & patientiam non requiri. Mouetur ex l. Quoties 20. ff de seruit. l. 1. §. 2. ff. de itinere actuque priuato. ex l. vlt. C. de præscript. longi tempor.

Ego hanc rem duabus propositis conclusionibus commodius explicari posse iudicaui. Prima conclusio. Ad acquirendam quasi possessionem rerum incorporalium nõ requiritur scientia & patientia aduersarij, si de posses-B sione absolutè agatur, ita vt tam iusta, quàm iniusta possessio intelligatur, sed quia de iusta tantum possessione loquimur & ciuili, scientia ac patientia aduersarij non requiritur, si adsit titulus & bona fides. Probatur hęc conclusio ex l. vlt. C. de præscript. longi temp ibi: *Nulla scientia vel ignorantia expectanda, &c.* Et paulò pòst: *Eodem obseruando & si res non soli sint, sed incorporales, &c.* Nam si prescriptio longi temporis locum habet in rebus incorporalibus, absque scientia aduersarij, consequens est, possessionem quoque acquiri absque scientia posse, quia sine possessione non procedit vsucapio, siue præscriptio.

Secunda conclusio. Cùm titulus iustus deest ad acquirendam quasi possessionem rerum incorporalium, necessaria est scientia & patientia aduersarij, Illa enim subit vicem tituli. l. 2. C. de serui. & aqua. l. 1. ff. de seruit. rustic. prædio. l. Si ego, § 1. ff. de publiciana. Hac igitur distinctione adhibita, contrariæ ac dissidentes sententiæ facilè C conciliantur.

CAPVT XXI.

Quomodo amittatur possessio.



ORitur controuersia hac de re, quoniam Paulus scribit: Quemadmodum nulla possessio acquiritur, nisi animo & corpore, ita etiam nullam amitti, nisi in qua vtrunque in contrarium actum est. l. Quemadmodũ. ff. de acq. possess. l. Ferè quibuscunque. de reg. iur. Idem verò Paulus contrarium respondit in l. 3. §. In amittenda. ff. eod. tit. *In amittenda*, inquit, *possessione affectio eius qui possidet intuenda est, itaque si in fundo sis, & nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti animo solo potest, quamuis acquiri non potest.* Sic ille.

Dicebat Ioannes antiquus interpres, cuius sententia communiter recepta est, aut amissio possessionis à corpo-D re incipit, aut ab animo, si à corpore incipiat, tunc etiam animus acquiritur. Exemplum. Is qui fundum possidet, egreditur ex fundo, dicitur amittere possessionem, & amissio incipit à corpore, quia scilicet ex fundo egreditur. Hoc in casu animus etiam requiritur: quamobrem necesse est, vt eo animo egrediatur, quia illum possidere nolit, ita accipiendæ sunt leges, quibus dicitur, possessionem non amitti, nisi vtrumque in contrarium actum sit. Si verò amissio incipiat ab animo, tunc solo animo possessio amittitur. Exemplum est. Si quis in fundo existens eum nolit possidere; protinus enim possessionem amittit: & ita accipiendus est text. in d. §. In amittenda.

Sed huic solutioni duo videntur obstare. Vnum est, quia leges, quæ vtrunque requirunt, nullam adhibent distinctionem. Alterum est, quòd intelligi non potest, quomodo quis in fundo existens possessionem eius amittat, ob eam causam, quod eum possidere nolit, nisi etiam corpore discedat ex fundo.

Fran-

Franciscus Conanus lib. 3. commētariorum iuris c. 9. num. 4. ita hanc rem explicat: Leges quibus dicitur possessionem non amitti, nisi vtrunque in contrarium actū sit, accipiendas esse eo in casu, quo quis inuitus possessionem amittit: Exempli causa. Possessor vi deijcitur, possessionem non amittit, nisi & animum possidendi abiecerit. l. Clam possidere. § Qui ad nundinas. ff. de acq. possess. Si quis autem non inuitus possessionem amittat, Conanus putat solum animum sufficere.

Sed & huic sententiæ obstare videtur, quòd generale est Pauli responsum, quo requiritur in amittenda possessione vtrunque in contrarium actum esse. Quamobrem non videtur commodè restringi posse ad eū casum duntaxat, quo quis inuitus possessione deijcitur.

Petrus Faber ad l. Nihil tam naturale, num. 12. de reg. iuris, sensit hanc difficultatem, sed non prorsus explicauit. Hoc autem vult Pauli responsum, in quo dicitur, ad amittendam possessionem vtrunq; requiri, non esse perpetuò ac indistinctè verum: & possessionem, quæ solo animo retinetur, solo quoque animo amitti, quæ solutio est eadem, quam primo loco posuit, & refutauit Accursius in dicto §. In amittenda.

Ego igitur sic statuo, quod Paulus respondit in d. §. In amittenda, possessionem solo animo amitti, non ita accipiendum esse, quasi necesse nō sit corpore etiam aliquid in contrarium fieri. Etenim necesse est, vt qui animum possidendi non habet, ex fundo etiam egrediatur, sicuti præclarè docuit Papinianus in l. Peregrè. §. vlt. ff. de acq. possess. illis verbis: *Nam etsi quod corpore nostro teneremus possessionem amitti, vel animo, vel etiam corpore, si modò eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus.* Sed hæc est Pauli sententia in d. §. In amittenda. affectionem solam in possessione amittenda spectandam esse; & eum qui in fundo existens possidendi animum non habet, protinus possessionem amittere: *protinus*, id est, statim, ex ea hora, qua quis possidere noluerit, & possidendi animum abiecerit, non autem ex eo tempore, quo egressus fuerit ex fundo, eo tamen præsupposito, quod ex fundo postea egrediatur. Videbatur enim dicendum, protinus possessionem non amitti tunc, sed primùm, cùm possessor egressus esset ex fundo, quia sicut possessio nō acquiritur, nisi animo & corpore, videbatur etiam non amitti, nisi cùm animum quis possidendi abijceret, & simul corpore à possessione discederet. Hoc enim est, quod Paulus alibi dixit: *Nisi in contrarium vtrunque actum sit.* Sed aliter respondit idem Paulus in d §. In amittenda, nimirum protinus possessionem amitti, cùm quis possidere nolit, scilicet si postea ex fundo discesserit, sed amisisse possessionem dicitur, non ex eo die & tempore, quo ex fundo discesserit, sed ex eo temporis articulo, quo possidere noluerit: quoniam animus & affectio spectanda sit præcipuè. Atque ita mihi videtur.

CAPVT XXII.

De præscriptione seruitutum realium.



CVm de præscribendis seruitutibus agitur, in promptu est communis veterum Doctorū distinctio. Aut seruitus habet causam perpetuam, vel quasi, quia scilicet ad eam non requiritur semper factum hominis continuum, veluti seruitus aquæductus, item seruitus altius tollendi, stillicidium, vel ductus aquæ ex cœlo cadentis, & præscribitur decem annis inter præsentes, & viginti inter absentes. Aut non habet causam perpetuam, vel quasi, quia scilicet requiritur semper factū hominis continuū & successiuum, veluti seruitus itineris, viæ, actus, & similes, & præscribitur per tempus, cuius initij memoria non extat. Veruntamen si quis longo tempore, scienteque & patiente aduersario, vsus fuerit seruitute, licet quæ causam habeat non continuam, præsumitur ex titu-

A lo qui allegatur seruitus rectè constituta. Vide Accurs. et alios in l. Seruitus 14. ff. de seruitutib. Franciscum Balbū de præscript. 2. parte, 3. partis principalis, q. 1. Couuar. qui de seruitute iuris pascendi loquitur, lib. 1. variar. resol. c. 17. num. 11. 12 Mynsingerum cent. 4. obseru. 63. cæteros sciens prætereo.

Fundamentum huius distinctionis est, quia variè ab authoribus nostris hac de re respōsum est; nec videntur tam varia diuersaque responsa meliori faciliorique ratione conciliari posse, quàm si prædicta distinctio adhibeatur.

Imprimis Paulus in d. l. 14. ff. de seruit. ita respondit ad Sabinum: *Seruitutes prædiorum rusticorum, etsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, & idcirco vsu non capiuntur, vel ideo quia tales sunt seruitutes, vt non habeant certā, continuamq; possessionem. Nemo enim tam perpetuò, tamq; continenter ire potest, vt nullo momento possessio eius interpellari videatur.*

B Ex hoc colligunt seruitutem itineris, quia causam perpetuam non habet, vsucapi non posse longo tempore. Veruntamen tempore memoriam hominum excedente vsucapi poterit ex l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æstiua, ait enim Pomponius ibi: *Ductus aquæ, cuius origo memoriam excesserit, iure constituti loco habetur.* Sicut enim in aquæductu tantum tempus iure constituti loco habetur, ita etiam haberi oportet in alijs seruitutibus, licet perpetuam causam non habeant.

Deinde Vlpianus in l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcenda, sic ait: *Sanè enim & in seruitutibus hoc idem sequimur, vt vbi seruitus non inuenitur imposita, qui diu vsus est seruitute, neque vi, neque clam, neque precariò habuisse longa consuetudine, velut iure impositam seruitutem videatur.*

Ex hoc responso colligunt id quod supra dixi. Si quis longo tempore vsus fuerit seruitute aduersario sciente et patiente, & dicat se ex titulo præcedente vsum fuisse, præsumi titulum allegatum. Addunt pro confirmatione
C l. Cùm de in rem verso. ff. de vsuris.

Tertiò, Vlpianus in l. 10. ff. si seruitus vendicetur, sic respondit: *Si quis diuturno vsu, & longa quasi possessionè ius aquæ ducendæ nactus sit: non ei necesse est, docere de iure, quo aqua constituta est, &c. sed vtilem habet actionem, vt ostendat per annos fortè tot vsum se non vi, non clam, non precariò possedisse.*

Ex hac lege sumunt argumentum, seruitutem aquæductus acquiri longo tempore, quia perpetuam causam habet, & idem probatur in l. 1. & 2. C. de serui. & aqua, & de stillicidio, in l. Foramen. ff. de serui. vrbano. prædio. maximeque illa verba perpendunt: *Neque enim perpetuā causam habet, quod manu fit, at quod ex cœlo cadit, etsi nō assiduè fit, ex naturali tamen ex causa fit, & ideo perpetuò fieri existimatur. Omnes autem seruitutes prædiorum perpetuas causas habere debent*, &c. quasi hæc sit ratio, cur talis seruitus præscriptione temporis acquiri possit, quia scilicet perpetuam causam habet. Si igitur non habeat perpetuam
D causam, consequens est, ex eorum sententia præscriptionem cessare.

Ego veterum interpretum scripta ac sententias semper magnifeci, nec ab eis vnquam discedo, nisi veritas, cuius studium mihi est omnibus antiquius, aliò me impellat, vt in hac, de qua agitur, quæstione: tot enim errores, salua reuerentia, esse video antiquorum interpretū, quot penè sunt responsa Iurisconsultorum, quibus in hac quæstione decidenda, suaque distinctione stabilienda, vtuntur.

Imprimis circa Pauli responsum, quod est in l. 14. ff. de seruit. peccari video, primum, quod generale cùm sit de omnibus seruitutibus responsum, nō posse videlicet vsucapi, ipsi tamen restringunt ad seruitutes, quæ ab eis dicuntur non habere causam perpetuam.

Deinde, quoniā rationem adfert generalem, cur seruitutes vsucapi non possint, quia scilicet incorporales sunt, vel quia tales sunt seruitutes, vt non habeant certā

continuamq; possessionem,& tamen ipsi aliquas constituunt seruitutes,quas dicunt habere cõtinuam, siue perpetuam causam: Etsi enim exemplum adserat ibi Paulus seruitutis itineris,non tamen erat inde colligendũ,seruitutes aliquas reperiri, quæ possessionem continuam habeant, & proinde seruitutem itineris separãdam ab alijs seruitutibus rusticorum prędiorum. Quid enim esset absurdius, quàm rationem adserre generalem, seruitutes ideo non vsucapi, quia non habeant perpetuam continuamq; possessionem, si excepta seruitute itineris, & viæ,aliæ ferè omnes haberent? imò, si vlla erat seruitus rusticorũ prædiorum, quæ perpetuam possessionem haberet, illa erat à generali regula & ratione eximenda.

Secundò adducunt l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quotidiana & æstiua, quæ nec de præscriptione vllum verbum facit, & loquitur de aqua, quæ ex flumine publico ducitur. Ex flumine enim publico,vt liceat nobis aquam ducere,non possumus diuturno vsu obtinere, sicut cæteras seruitutes obtinemus, ideo requiritur tantùm tempus,vt memoriam hominum excedat. Causam diuersitatis eleganter adsert Conanus lib.4. commentario.iuris,c.12.nu.17.

Tertiò, ex l 1. § vlt. ff. de aqua plu. arcen. inserunt ex diuturno vsu seruitutis titulum allegatum præsumi, cùm textus dicat: *Qui diu vsus est seruitute,neq; vi,neq; clam, neq; precariò,habuisse longa consuetudine velut iure impositam seruitutem videatur*,quibus verbis hoc vult Iuriscõsultus diuturnum seruitutis vsum, perinde valere, ac si legitimè imposita seruitus fuerit, vt crassius dicam, vim habere tituli legitimi,quo seruitutes constituuntur rectè & legitimè.

Quartò,l.Si quis diuturno. ff. si serui. vind afferunt ad probandum seruitutes, quæ habent causam continuam vsucapi posse longo tempore,veluti aquæductus & similes, quod repugnat prorsus l.14 ff. de seruitu. Deinde cũ omnibus seruitutibus commune est; vt patet ex d l.1.§. vlt. ff. de aqua plu.arcen.vbi dicit textus. *Et sanè in seruitutibus hos sequimur, vt vbi seruitus non inuenitur imposita, qui diu vsus est*, &c. ibi non loquitur de aquæductu tantùm,sed de omnibus seruitutibus, ac proinde non ad aquæductus tantùm seruitutem & cætera id genus pertinet, sed ad omnes.

Quintò,perperam intellexerunt l. Foramen. ff. de seruitutib. vrba. prædior. ex quo errore etiam existimo sumptam esse illam distinctionem inter seruitutes, quæ habent causam perpetuam,& quæ non habent. Verba legis hęc sunt: *Foramẽ in pariete conclauis,vel triclinij, quod esset proluendi pauimenti causa,id neq; flumen esse, neq; tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est,si in eum locum, nihil ex cœlo aquæ veniat, neq; enim perpetuam causam habet,quod manu fit. At quod ex cœlo cadit, & si non assiduè fit,ex naturali tamen causa fit,& ideo perpetuò fieri existimatur. Omnes autem seruitutes prædiorum perpetuas causas habere debent. Et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquęductus potest. Stillicidij quoq; immittendi naturalis,& perpetua causa esse debet.*

Peccatũ est igitur primò, quia hæc sunt diuersa inter se,seruitutes habere causam perpetuam; Itẽ habere certã continuamq; possessionem. Nulla seruitus rusticorum prædiorũ habet perpetuam siue continuã possessionem, siue factũ hominis requiratur,siue nõ requiratur. Et hęc est sententia l.14. ff. de seruitutib. Omnes seruitutes habẽt,siue habere debent causam perpetuã, & hæc est sententia d.l. Foramen. Declaro. Seruitutes prędiorũ hãc cõditionẽ ac naturã habere debẽt, vt possint esse perpetuę, hoc est,vt ei cui illæ debentur, perpetuò eis vti liceat. Et ideo neq; ex lacu, neq; ex stagno potest seruitus consistere: Similiter causam perpetuã non habet foramẽ proluendi pauimẽti gratia,si manu fiat,& nihil ex cęlo aquę veniat,ideo seruitus esse non potest. Quod si de cœlo aqua cadat,perpetuã causam habere videtur, quia naturalis est causa. Quod enim naturaliter fit, videtur etiã esse

A perpetuum,tametsi assiduè non fiat,vt tradit Aristoteles lib.1. Posterior.c.7. quia naturæ causa certa & perpetua est,idcircò aqua pluuia perpetua causa est stillicidij,etiãsi non pluat assiduè,quia hoc ex natura pẽdet. Ea q̃ manu nostra fiunt, non videntur perpetuò fieri,quia eorũ lex, neq; certa est,neq; perpetua. Ideoque vt ex imo pariete conclauis mei mihi liceat proluuiẽ pauimenti, per foramen in ædes vicini immittere, licet hoc ius personę quidẽ concedi possit, prędio tamen hęc seruitus imponi vel acquiri nõ potest; quia eius causa cõstans & naturalis nõ est. Sic & aquæductus ex stagno cõstitui non potest, nec ex lacu, quod stagni aqua statiua & collectitia sit,nõ naturalis; mortua,non viua. Lacus,aqua viua non fit & perpetua: secus si lacus sit perpetuus. l. Via. ff. de ser. rust. p̃d.

Secundò,erratũ est in eo, quod existimatũ à veteribus est,si seruitutes perpetuam causam habeant,hoc est,non manu, opera, siue facto hominis indigeant, veluti iter, via,& similes, sed ex causa naturali proueniant, veluti a-
B quæductus & similes eas vsucapi posse, secus si facto hominis indigeant. Et hoc existimarunt,quia textus ibi dicit, tempore non acquiri foramen, quod manu & opera hominis eget, secus autem si aqua de cœlo cadat, atque adeò perpetuam causam habeat. Peccatum,inquam, est, ideo,quia non dicit tex. vsucapi posse talem seruitutem, sed tempore acquiri,quæ longè differunt. Omnes enim seruitutes tempore acquiri possunt, vt postea patebit, licet vsucapi non possint. Ideo autem seruitus acquiri tempore potest,quando causam habet perpetuam & naturalẽ,quia ex ea seruitus rectè consistere potest. Omnes enim seruitutes, vt subdit textus, perpetuas causas habere debẽt. Si nõ habẽt causas perpetuas, nõ sunt seruitutes,consequenter non acquiruntur tempore, vt ex tẽpore seruitus acquiratur, præsupponendum est imponi & constitui eam posse, quia tempus hoc operatur, vt rectè imposita seruitus videatur. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu.arcen. Si non possit imponi seruitus pactionibus, stipulationi-
C bus, & alijs legitimis modis, quia scilicet res non est seruituti accommodata, quemadmodum foramen illud, & aquęductus ex lacu & stagno, nec tempore acquiri poterit: hæc est sententia d.l. Foramen.

Cùm igitur hæc ita sint, non rectè antiquiores docuerunt, valere iussa eorum distinctione, amplecti iuuat sententiam recentiorum Longouallij ad l. Imperium. ff. de iurisd.omn.iud. Cuiacij ad l.Sequitur.4.§. Libertatem. ff. de Vsucapio. Corasij ad d.l.Seruitutes.14. ff. de seruitut. Duareni ad l. Si quis diuturno. ff. si seruitus vendicetur. Conani lib.4. commentar. iuris, cap 12. nu.14 cum sequentib. cuius sententiæ hæc est summa. Rusticorũ prędiorum seruitutes vsucapi non possunt, & idem in vrbanis seruari. l 14. ff de seruitut. l.4.§. Libertatem ibi: *Vsucapionem sustulit lex Scribonia, quæ seruitutem constituit.* l. Si aliena. §. Hoc iure. ff. de vsucap. quibus in locis disertè id expressum est. Vtilitatis tamen causa receptum est, vt diuturno vsu acquiratur, si nec vi, nec clam, nec precariò
D q̃s vsus fuerit seruitute. Huius rei hęc sunt testimonia. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu.arcen. l.5.§.vlt. ff. de itinere actuq; priuato. l. Si quis diuturno. ff. si seruit. vend. l.1 & 2. C de seruit. & aqua. Nõ requirit̃ sciẽtia aduersarij in legib. proximè citatis. Ideo autẽ Imperator in l 2. C. de seru. & aqua refert Martialem sciente domino aquam duxisse, vt intelligeremus clam ab eo minimè aquam deductã esse, vt in l.5.§. Sed & seruitus. ff. quod vi aut clam, ibi. *Quanquam etiam illud sufficiat celandi animum non habere*. Itaq; sufficiet nõ habere animum celandi dñm, licet eo ignorante quis aquam duxerit, & seruitute vsus fuerit.

Non est hæc vsucapio siue p̃scriptio propriè, nec ex tẽpore acquisitio seruitutis, sed hoc operatur diuturni temporis vsus, vt rectè imposita seruitus videatur, vt credat̃ verè seruitus fuisse cõstituta. Patientia enim domini certum præbet argumentum impositæ aliquãdo seruitutis. Itaque seruitus longo vsu cõpetit, non iure præscriptionis, sed tãquã cõstituta sit & imposita. Ideo Vlpianus in

d.l.

d. l. Si quis diuturno, ait ei qui longo tempore nactus sit A ius aquę ducendæ, non esse necesse docere de iure quo constituta sit, & in l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. tex. ait: *Habuisse longa consuetudine veluti iure impositam seruitutem videatur.*

Malè Duarenus loco proximè citato, & lib. 1. anniuersar. disputat. cap. 34. titulum requirit, quia titulus requiritur in vsucapione: ista non est vsucapio, ideo sufficit vsus longi temporis, nulla fit mentio tituli in dictis legibus, imò vsus temporis longi vim habet tituli, vt ibi dicitur. Et rectè monet Conanus ad hoc propositum loco annotato, nu. 16.

Longissimo autem tempore 30. vel 40. annorum, & seruitutes præscribũtur. l. Sicut. l. Omnes. C. de Pręscrip. longiss. tempor. 30. vel 40 annor.

Vnus restat scrupulus ex l. vlt. C. de Præscript. longi tempor. Videtur enim intẽtari posse, seruitutes præscribi posse longo tempore, propter illa verba: *Eodem obseruando & si res non soli sint, sed incorporales, quæ in iure consi-* B *stunt, veluti vsusfructus, & cætera seruitutes.* Sed nihil moueor, quia non id agit ibi Iustinianus, vt seruitutes præscribi posse decernat contra veterum Iurisconsultorum authoritatem, quorum responsa, non nisi seria præfatione corrigere solitus est, & magno cum apparatu. Sed hoc decernit quæ sit causa inter absentes, & inter præsentes. Et dum in fine dixit, *eodem obseruando, & si res non soli sint*, alludere voluit ad præscriptionem rerum incorporalium & seruitutum, quæ longo tempore amittuntur non vtendo, scilicet decem annis inter præsentes, & viginti inter absentes. l. Sicut. C. de seruitutibus. Quare & in illis locum habebit ea constitutio, quę declarat quando inter pręsentes, vel inter absentes causa agi videatur, sicut & Accursius rectè explicauit in d. l. vltima.

CAPVT XXIII.

De præscriptione meri & mixti Imperij.



INuestiganti mihi veterum sententias, circa pręscriptionem meri & mixti imperij, quinque pręcipuè videntur. Vna pręscribi non posse. Altera posse. Tertia posse quidem, sed tempore hominum memoriam excedente. Quarta, ordinario tempore 10. annorum inter pręsentes, & 20. inter absentes, cum aliqua tamen distinctione. Postrema, quadraginta annorum spatio præscribi posse, si possessor titulum habuerit, si verò non habuerit, tantum tempus requiri, quod memoriam hominum excedat. Vide Doctores, præsertim Iasonem ad l. Imperium nu. 20. ff. de iurisd. om. iud. Baldum de præscriptionib. 2. parte, 5. partis principalis, quęst. 3. Couarruu. ad c. Possessor malę fidei, de reg. iur. lib. 6. 2. parte, §. 3.

Ipse opinor, consideratis iuribus, quibus nunc vtimur, D pręscribi posse spatio quadraginta annorum cum bona fide. Moueor ex l. Omnes, C. de pręscriptionib. longiss. tempo. 30. vel 40. annor. vbi Imperator: *Nullum ius publicum, vel priuatum in quacunque causa, vel persona, quod quadraginta annorum extinctum est iugi silentio*, moueri prohibet. Publicę res vsucapionem non recipiunt longi temporis. l. Vsucapionem. 9. ff. de vsucap. Ergo nec iurisdictio merumq; ac mixtum imperium, quia publici & non priuati iuris sunt.

Dixi cum bona fide, quia alioqui præscriptioni derogatum est, & meritò, à Pontifice maximo in cap. vlt. de præscriptionib. & alibi.

Non de rebus feudalibus hic disputo, sed de mero & mixto imperio, per se consideratis, id est, separatis à feudo. Nõ hoc volo, vt pscribi possint aduersus Imperatorẽ, ea quę ipse vetat disertè in l. Cõperit. C. de Præscript. longiss. tempo. Non hic etiam loquor de reseruatis Principi, puta iure vectigalium imponendorũ, nec de his q̃ pedagia, guidagia, salinaria summo Põtifici dicuntur, & meritò prohibita esse dicit, *quæ non apparent Imperatoris, vel Regũ, vel Lateranensis Concilij largitione cõcessa, vel ex antiqua cõsuetudine à tempore, cuius non extat memoria, introducta*, in c. Super quibusdã. §. Pręterea, de verb. sign. Non sunt hęc miscenda, confundendaq; cum mero & mixto imperio.

Ergo extricanis cùm sim ijs obiectionibus, cęteras sic diluo. Primum, hoc adsertur, priuatos homines, si pro potestate, vel magistratu se gesserint, lege Iulia Maiestatis teneri. l. 3. in fi. ff. ad legem Iul. Maiestatis.

Respondeo, me bonam fidem exigere in possessore, non prauam hominum priuatorum vsurpationem, ac imposturam, quę per legem Iuliam meritò coercetur.

Secundum argumentum. Merum imperium transferri in alium non potest. l. 1. ff. de off. eius cui mand. est iurisd. Ergo neque vsucapi. l. 2. C. de vsucap. pro empto.

Nihil moueor, quia merũ imperium transferri potest B à Principe, non ab eis quibus specialiter mandatum est, nec mãdata iurisdictione transfertur. Nihil pterea ad rẽ facit l. 2. hoc. n. vult, quę testator seruari mandauit, vendi non posse, & si vendantur, nõ vsucapi. Rectè, quia titulus iustus requiritur in lõgi temporis vsucapione. Nullus autem est titulus, quia testator seruari voluit non vendi.

Brocardicum denique est hoc, quę in alium transferri nequeunt, non possunt vsucapi. Cõtrarium alij multi docuerunt apud Gabrielium lib. 5. comm. concl. tit. Pręscr. concl. 13. Alij quos ibi refert pręscribi posse dixerunt 30. annis, non autem longo tempore 10. annorum.

Maius facessere videtur negotium, quod respondit S. Pontifex in c. 1. de Pręscript. lib. 6. vbi *possessori ius cõmune contrarium est, vel habetur præsumptio contra ipsum, bona fides non sufficit, sed est necessarius titulus, qui possessori causam tribuat præscribẽdi: Nisi tanti temporis allegetur pręscriptio, cuius contrarij memoria non existat.*

C Sic in proposito videtur, nam ei qui merum & mixtũ Imperium pręscribit, ius commune aduersatur, quo omnis potestas penes principem est. l. 1. ff. de constit. princ. Pręsumptio igitur pugnat contra eũ, quasi videatur iniustè possidere, iuraq; Principis sibi vsurpare.

Respondeo, illud responsum Pontificis Maximi ad p̃scriptionem decimarum, & rerum Ecclesiasticarũ pertinere, quod nemo negabit: quia de his loquitur, nõ igitur ad alias res longè diuersas, ac profanas porrigendum est, contra expressam iuris ciuilis cõstitutionem, quę spatio quadraginta annorum omnem pręscriptionem, tam priuatarum, quàm publicarum rerum (inter quas rectè numerabis merũ & mixtũ imperiũ) includit in d. l. Omnes. C. de Pręscript. 30. vel 40. annor. Turpè est, res Ecclesiasticas quem possidere sine titulo, cùm ius cõmune repugnat, eique aduersatur pręsumptio: puta cùm decimas exigit in diœcesi aliena, prębet scandalum, murmurationem generat, aut certè prauam quandam opinionem. At D in rebus profanis si bona fides adsit (nam sine ea ruit omnis pręscriptio) cessant hęc incommoda, & publicè interest possessorem tanti temporis authoritate munitum, omni prorsus lite inquietationeq; liberari.

CAPVT XXIIII.

De iuris patronatus Ecclesiastici præscriptione, an laicis sit concessa.



EGregia disputatio est, de pręscriptione iuris patronatus Ecclesiastici, quę nec prętermittenda erat, & dignissima visa est, quę singulari studio ac diligentia inter alias proponeretur, tractareturque.

Existimo laicos p̃scriptione temporis acquirere non posse ius patronatus, nisi iustus adsit titulus, bona fides, & spatiũ annorũ quadraginta, vel tantum tempus quod memoriam hominum excedat, arg. c. 1. de Pręscrip. lib. 6.

Licet enim olim fuerit, & nunc etiam sit cōtrouersia inter Doctores hac de re, & in eam distinctionem multi consenserint, vt si Ecclesia libera sit & non patronata, præscriptio locum non habeat, si verò patronata sit, locū habeat, vt diligenter explicat Couuarru. ad reg. Possessor malæ fidei, de regulis iuris, lib. 6. x. parte Relectionis. §. 10. Magis tamen probo Archidiaconi sententiam in cap. Hortamur 71. distinct. simpliciter negantis, laicos præscriptione temporis ius patronatus acquirere posse quam secutus est Abbas Panormit. in c. Querelam, de Elect. & in disputatione incipiente Angerius, & in cons. 106. li. 2. Felinus in c. Causam 7. nu. 7. de Præscript. Nisi præscriptio sit temporis hominum memoriam excedētis, vt dictum est, quia illa vim habet tituli, arg. d. c. 1. de Pręscrip. lib. 6. c. Super quibusdam. §. Pręterea, de verb. sign. l. Hoc iure. §. Ductus aquę. ff. de aq. quot. & æstiua. vti docent Couuarru. loco annotato, nu. 2. vers. Posset tamen is. Rota Romana in nouissimis decisionib. par. 3. decis. 243. Mascardus de Probationib. vol. 2. concl. 958. nu 3. & Concilium Tridētinum sess. 25. de Reformatione cap. 9.

Non ignoro plurimos ex recentioribus, nōnullos etiā ex veteribus contrarium respondisse, nimirum ordinaria temporis 40. annorum præscriptione, vt cętera iura Ecclesiastica acquiruntur, ita acquiri etiam ius patronatus Ecclesiasticum, vt videre licet ex Federico Senensi, cōsi. 234. ex Couuarru. loco annotato. Rolando à Valle consi. 47. nu. 41. lib. 1. Menoch. consi. 241. nu. 6. lib. 3. Sed hoc ipse vrgeo, hoc contendo, superiorem sententiam, quam probaui probabiliorem esse, & iuri canonico magis consentaneam, quod non difficulter me persuadere posse confido, si confirmata hac sententia, quæ negat pręscriptionem ordinariam locum habere, argumenta contrariæ sententiæ confutauero.

Laicus iura spiritualia possidere non potest, nisi quatenus iustas ob causas eidem specialiter iure canonico permissum est, c. Sacrosancta, c. Messana, de elect. c. 1. c. Laicis, c. Per laicos. 16. q 7. & ferè per totam.

Sed ius patronatus, quo de agitur, spirituale est, vel iuri spirituali annexum c. 3. de iud. c. De iure verò, de iure patronatus.

Ergo laicus illud extra casus iure permissos possidere non potest. Igitur nec præscriptione tēporis acquirere, c. Causam, de præscript. c. Sine possessione, de reg. iur. lib. 6.

Cùm itaque duas ob causas laicis concessum sit ius patronatus habere, nimirum fundationis Ecclesiæ, vel dotationis, vt ad hęc pia opera exercenda facilius inducantur, c. 3. c. Consultationis, de iure patronatus, c. Piæ mentis. 16. q. 7. consequens est, cessantibus istis, laicis interdici eiusmodi iuris Ecclesiastici possessionem.

Respondent aliqui, hoc argumentū non obstare, quoniam ex hoc apparet, laicos absolutè incapaces non esse iuris patronatus, quod ad præscribendi potestatem sufficere videtur.

Nego consequentiam, sufficit enim vt pręscribere nō possint, eos non esse capaces iuris patronatus, nisi ob certas causas, ob quas dispensatum cum illis est. Nam sic dicimus, laicos incapaces esse decimarum, & ideo eas pręscriptione temporis acquirere non posse, c. Causam quæ de præscript. licet ante Concilium Lateranense, ex quadam dispensatione, certas ob causas eas possiderent, c. 2. §. Sanè, de decimis, lib. 6.

Alij sic respondent, licet habita ratione antiquorū canonum fundatori Ecclesiæ ius patronatus non acquireretur, c. Decretum. c. Nouerint. 10. quæst. 1. & idcircò ex gratia concessum postea videatur, tamen habita ratione nouissimi iuris, quo laicis fundatoribus ius patronatus acquiritur, non videri ex gratia, sed iure communi concessum, c. 3. de iure patrona.

Hęc omnia vera esse concedo, sed non inde efficitur, laicos obtinere ius patronatus posse, extra causas illas, fundationis & donationis.

Tertio loco respondet Decius in consi. 134. num. 4. Ius

A patronatus etiam ad hæredes transferri, c. 1. de iure patronat. Item cum vniuersitate transire, cap. Ex literis, eo. tit. Et existenti in possessione ius pręsentandi competere, c. Consultationibus, eod. tit. Et consequenter à laicis obtineri, ac possideri posse, etiam extra dictas causas fundationis ac dotationis.

Replicatur, hęc omnia venire in consequentiam eius, quod laicis concessum est. Nam cùm laicis concessum sit ius patronatus, ex dictis causis, fundationis, & dotationis Ecclesiæ, consequens est vt illud ius ad suos transmittat hæredes, & vt cum vniuersitate bonorum transmittant in emptorem. Nostra autem disputatio non in ijs terminis accipienda est, sed an quis per se absque iusto titulo possidere possit, & longissimo 40. annorum spatio illud acquirere.

Fateor ius præsentandi competere existenti in possessione iuris patronatus, sed nego, quępiam possidere posse ius patronatus, nisi Ecclesię fundatione, vel dotatione B illud acquisierit, vel fundatoribus aut dotantibus hæres extiterit, vel iusto titulo illud acquisierit, puta si ius patronatus cum vniuersitate bonorum fuerit alienatum.

Sed iam contrariæ sententiæ argumenta dissoluenda sunt. Primum est ex c. Quærelam, de Election. quē textū omnes vrgent, illis verbis: *Cùm nobis constiterit quod populus in quasi possessione præsentandi clericum existebat, quando ipsum presbyterum ad illam elegit, &c.*

Respondeo, S. Pontificem eo in casu loqui, quo ex cōsuetudine loci clerici præsentatio ad popolum spectabat. Id patet ex verbis præcedentibus, ibi. *Sed ipse per electionem populi, ad quem de antiqua consuetudine pertinet electio, &c.* Aliud autem est consuetudo, aliud præscriptio, illa vim habet legis, c. Consuetudo. 1. dist. l. De quib. ff. de legib. Potuit autem sic accidere, vt populus construxisset in eo loco Ecclesiam, vel dotasset, aut aliam iustam ob causam ius pręsentandi obtinuisset.

Secundum argumentum est ex c. Generali, de Elect. C lib 6. ibi. *Qui autem ab ipsarum Ecclesiarum cæterorumq; locorum fundatione, vel ex antiqua consuetudine iura sibi vendicant, &c.*

Respondeo eodem modo quo ad primum argumentum. Neque enim text dicit, laicos possidere posse iura Ecclesiastica, sed de illis laicis loquitur, quibus vel ex antiqua consuetudine, vel ab ipsa Ecclesiarum fundatione tale ius competit, quæ ideo non obstant, quia antiqua consuetudo vim legis habet vt dixi, & qui statim post Ecclesiæ fundationem regalia, titulumque aduocationis & defensionis in monasterijs habuerunt, iustas ob causas habuisse iudicandi sunt, ideo monentur ibi à S. Pontifice, ne illis iuribus abutantur.

Tertium argumentum est ex cap. Cura de iure patronatus, ibi. *Nisi legitima fuerit præscriptione munitus, &c.* Respondeo, non inde colligi, laicum præscribere Ecclesiam posse, vel ius patronatus, sed clericos ex laicorum donatione Ecclesias vendicare non posse, nisi legitima D fuerint præscriptione muniti. Verba textus hæc sunt. *Mandamus quatenus ex donatione laicorum, nisi authoritate diœcesani Episcopi & consensus adsit, nullus vestrum aliquas sibi Ecclesias vendicare præsumat, vel retinere taliter acquisitas, nisi legitima fuerit præscriptione munitus.*

Dices, si laicus præscribere non potest Ecclesiam, ergo neque clericus, qui ab eo causam habet, præscribere poterit. Respondeo, ideo clericum præscribere posse, quia possidere potest, & bonam fidem habere potest, credendo laicum ex aliqua iusta causa donare potuisse, laicus verò extra dictas iustas causas, quib. Ecclesiastica iura obtinere permittitur, nec possidere, nec pręscribere potest.

Quartum argumentū est Federici Senensis, in d. cōs. 234. *Ius eligendi quoad clericos in Ecclesia collegiata (sunt verba ipsius) & ius præsentandi, quoad patronum sunt paria, vt sicut vnus habet eligere, ita alter præsentare, cap. 1. de Elect. 16. q. vlt. c. Congregatio, & c. Nobis, de iure patronatus.*

natus. Sed ius eligendi poteſt præſcribi per clericum,qui non eſt de collegio illius Eccleſiæ,de cuius electione agitur etiam ſine titulo,c.Cum Eccleſia,de cauſa poſſeſ.& propriet. Ergo eodem modo ius præſentandi poterit præſcribi per laicum, etiam ſine titulo, dummodo adſit bona fides.

Reſpondeo, maiorem propoſitionem, quæ in argumẽto adſertur, nec probari ijs quæ adferuntur teſtimonijs, nec iuri conſonam videri. Certè in c.1.de elect.in d.cap. Congregatio. in d.c.Nobis.nulla fit mentio comparationis illius clerici & laici, de qua in argumento.

Non videtur autem iuri conſona illa comparatio, quia clericus capax eſt iurium Eccleſiaſticorum et ſpiritualiũ, laicus verò nequaquam abſolutè capax eſt, ſed in certis quibuſdam caſibus duntaxat ex gratia ac diſpenſatione Eccleſiæ, quæ id ſuſtinet iuſtas ob cauſas. Et ideo non ſi clericus ius eligẽdi in aliena Eccleſia præſcribere poteſt, idcirco laicus ius præſentandi præſcribere poterit.

Quintum argumentum eiuſdem Federici Senenſis eſt loco annotato. Ius conferendi Eccleſias vel præbendas præſcribere quis poteſt, vt notatur in c. Cùm Eccleſia Volaterana.de Elect.& in c.vlt.de ſupplen.negl prælator. Ergo & ius præſentandi. Nam plus eſt conferre, quàm præſentare, vel eligere.

B

Reſpondeo, præſcribi hęc quidem poſſe, ſed non à laicis. Nec contrarium probant teſtimonia in argumento allata, quia nullum hac de re verbum continent.

Poſtremum argumentum eſt, quia 40.annorum præſcriptio regulatiter ſufficit, exceptis ijs, quæ Gloſſ commemorat in c.Cùm non liceat.de Præſcript. Sed ius patronatus exceptum non reperitur. Ergo præſcribi poteſt.

Reſpondeo, ſatis exceptum videri ius patronatus in quęſtione noſtra, cùm ſit ſpirituale ius, ſiue annexum iuri ſpirituali, ac proinde à Laicis poſſideri non poſſit, niſi ex cauſis iam dictis. Si enim poſſideri non poteſt, ergo nec præſcribi, vt alibi S. Pontifex argumentatur in cap. Cauſam, quæſt.7.de præſcript.

CAPVT XXV.

De præſcriptione Ciuitatis, hoc eſt, an Ciuitas præſcribere poſſit rem alienam, quando Ciues ab initio ſunt in mala fide, ſi illis mortuis alij Ciues bonam fidem habeant?

Donec viuunt Ciues, qui malam fidem habẽt, Ciuitas vſucapere nõ poteſt, cæterum eis defunctis, ſi alij ſucceſſores ſint in bona fide, vſucapere poteſt, ita docet Bald.de pręſcriptionibus in 2.par.3.partis principalis, quæſt.17.ex notatis per Innocentium in c. Cura. de iure patronat. per Bart.in l. Poteſt.in fine.ff. de vſucapio. per Socinum ſeniorem in conſ.187.col.vlt. verſ.Præterea, lib.2. Alios citat Gabrielius lib.6.comm.concluſ.tit. Quod cuiuſque vniuerſitatis nomine, concl.1.num.14.

Sed iſtis ego non aſſentior, quia licet mortui ſint priores illi Ciues, qui malam fidem habuerunt, & alij in locum eorum ſucceſſerint bonæ fidei poſſeſſores, eadem tamẽ Ciuitas eſſe dicitur. l.Proponebatur. ff.de iudicijs, & conſequenter dicitur, ſemper eſſe in mala fide, ita tenet reſponderunt Corneus in conſ.22. nu.12.lib.1. Hippolytus Riminaldus in conſ.6. nu.102.lib.1. Citaturque ab omnibus eiuſdem ſententiæ Bald. ad l. Imperium. ff. de iuriſd.om.iud.ſed fortaſſe hoc dixit, in antiqua Lectura, ſicut eum citauit Socinus ſenior, quæ non habetur, nã in exemplaribus, quæ extant, non inueni.

Non obſtat Bart.authoritas, quæ in contrarium adfertur in d.l.Poteſt. Nam Bart. nititur authoritate Innocentij in d.c.Cura. de iure patronat. vbi Innocentius id non affirmat, imò diſputando in contrariam potiùs ſententiam inclinat, quod & Corneus animaduertit loco proximè citato.

Hęc admonenda putaui, ne quis re non diligenter cõſiderata, Baldi authoritate deciperetur.

CAPVT XXVI.

An bona fides in præſcriptione immemoriali neceſſaria ſit?

Non eſſe neceſſariam bonam fidem in præſcriptione temporis immemorialis, quia vim habet tituli, priuilegij iuris conſtituti, legis, veritatis, exiſtimarunt Salic.ad l.2.C.de ſeruit. & aqua. Bald.conſ.352.nu.3.lib.1. Decius ad l.Traditionib. nu.12.C.de pactis, & in conſ.496. nu.5. conſ.638.nu.4. Boerius deciſ.39.nu.7. Iaſ.conſ.209.lib.2. alios citat Gabrielius tit. de Præſumptionibus, concl.1.num.57.

Sed horum ſententia explodenda eſt, ſiue ratione, ſiue iure, ſiue authoritate certandum ſit. Nam ratio eſt in promptu. Omne quod non eſt ex fide, peccatum eſt, vt ait Apoſtolus: Tantoque ſunt grauiora peccata, quantò diutius infelicem animam detinent alligatam, vt dicebat Gregorius Pontifex in c.vlt. de conſuetud. Ergo qui eſt in mala fide, rem alienam detinens, peccat, nec poterat abſq; peccato legis beneficium obtinere, præſcriptionem inducentis. Omni enim cõſtitutioni derogandum eſt, quæ abſque peccato ſeruari non poteſt, vt inquit S. Pontifex in c.vlt.de Præſcript.

Ius eſt etiam perſpicuum hac in re. Nam nullam præſcriptionem abſque bona fide valere declarat S.Pontifex in c.Vigilanti. & in cap.vlt.de pręſcript. ſi nulla præſcriptio valet. Igitur nec immemorialis.

Nec deſunt authoritates Doctorum, quæ contrarijs opponantur authoritatibus. Nam ſententiam hanc, qua dicimus, non valere præſcriptionem etiam immemorialem abſque bona fide, amplectuntur Gloſ. in c.1.in verſ. Niſi.de pręſcript.lib.6.& ibid. Philippus Francus, Angelus Aretinus in §.Furtiuæ, inſt.de vſucap. Crauetta in cõſil.146. Baldus de Præſcript. 2.par. 3. partis princip. q.6. Afflictus deciſ.368. nu.10. Abbas Panormitanus in d.c. vlt.de pręſcript. Couuar. alios citans ad reg. Poſſeſſor male fidei.de reg.iur. lib.6. 2.parte.§.8 num.4. Guido Papę conſ.91.num.5. Zaſius conſ.16.num.51. lib.2.alios citat Antonius Gabrielius d. conſ.1. de Pręſcriptionibus, nu. 57.verſ. Contrarium.& num.59.

C

CAPVT XXVII.

An mala fides defuncti noceat hæredi, quò minus, licet in bona fide ſit, præſcribat? & quid ſi hæres inuentarium confecerit?

Vitia poſſeſſionum à maioribus contracta perdurãt, & ſucceſſorem auctoris ſui culpa comitatur, inquit textus in l. Vitia. C.de acquir.poſſeſſ. Hæres perſonam defuncti refert omnibus in rebus, adeò vt quam fidem defunctus habuit, eandem hæres habere videatur. Nec mirum, cùm vna & eadẽ perſona videantur hæres & defunctus, vt dicit Imperator in Nouella.de iureiurando, à moriente præſtito. Quare nõ diſcedo ab ea ſnia, quam amplexus ſum in prima parte cõtrouerſiarum, lib.1.c.66. Hæredi in bona fide exiſtenti nocere malam fidem defuncti, atque impedimento eſſe, ne præſcribere poſſit, licet non velit acceſſione tpis vti ex defuncti perſona, ſed à ſe ipſo præſcriptionem inchoare, mala fides.n.defuncti tranſit in ipſum. Nulla aũt pręſcriptio valet ſine bona fide. c.vlt. c.Vigilanti. de Pręſcript. Ergo hæres pręſcribere non poteſt, quod defunctus non potuit. l.Cùm hæres. ff.de diuerſ.& temp præſcript.

D

Nec me diuellũt ab hac ſnia, quæ adfert Vaſquius lib. 2.controuerſiarum Illuſtrium, c.73. Summa.n.eorũ quæ ipſe adfert, ad tria capita reuocari poteſt. Primum eſt, qđ leges dicunt, vitia poſſeſſorum tranſire in ſucceſſores & hæredes, accipiendum eſſe, quando ſucceſſores hæredes vti volunt acceſſione temporis ex perſona defuncti. Secundum, id valere ad impediendam longi temporis præſcriptionem, nõ autem longiſſimi temporis 30.

vel 40. annorum, quæ tunc non erat introducta nec cognita. Tertium, hanc eſſe malam fidem, non veram, ſed fictam, quæ à defuncto tranſit in hæredem. Prouenit enim ex eo, quod hæres videtur eadem perſona cum defuncto, & ipſum referre. Ius Canonicũ autem toties impedimento præſcriptioni 30. annorum eſſe, ob malam fidem, quoties mala fides vera eſt, certa, indubitata, non etiam cùm ficta eſt.

Reſpondeo ad primum, ei qui dicit, probationem incumbere. Probationem peto iſtius expoſitionis, vel ex lege, vel ex ratione aliqua. Nullam profert legem. Rationẽ profert admodum infirmam: *Verùm cum heres*, inquit, *vult à ſe inchoare præſcriptionem, non ſibi impedimento eſt. Nam inutilis poſſeſſio defuncti, non poteſt hæredi magis nocere, quam ſi nulla omnino foret, arg. l. Vnica in princ. C. de rei vxor. act.* Ratio hæc infirma eſt, & nullius planè momenti. Nam cui dubium, quin hæres præſcribere poſſet, ex ſe bonam fidem habens, ſi non obſtaret ei mala fides defuncti? Nego igitur conſequentiam illam. Si nulla eſſet defuncti poſſeſſio, non id hæredi obſtaret, quò minus præſcriberet. Ergo neque obſtare poteſt vitioſa defuncti poſſeſſio. Vbi enim nulla eſt poſſeſſio defuncti, non poteſt in hæredem vlla culpa vitiumue vllum poſſeſſionis tranſire, quia non entis nullæ ſunt qualitates: ſed vbi aliqua eſt poſſeſſio defuncti, eaque vitioſa, trãſire poteſt in hæredem vitium eius. Hæc ratio non eſt in ſpecie. l. Vnica. C de rei vxo. act. ideo inutilis ſtipulatio interpoſita non nocet vxori, nec impedit tacitam à lege inductã ſtipulationem. Nullum vitium ex inutili ſtipulatione expreſſa transfundi poteſt in tacitam illam, ideo nõ eſt impedimento tacitæ ſtipulationi.

Ad ſecundum reſpondeo, ſi ius ciuile duntaxat ſpectemus, quo præſcriptio 30 annorum valet, etiam cum mala fide argumẽtum militare: nam etſi vitia defuncti in hæredem tranſeant, nihil tamen ea res obſtare poteſt longiſſimi temporis præſcriptioni, cùm & hæres ipſe præſcribere poſſit, etiam cum mala fide, quã ex perſona propria contraxerit, multò magis ergo ſi ex perſona defuncti ſit in mala fide. Verùm ſi ius Canonicum ſpectemus, quod ſpectandum eſſe in hac materia peccati, etiam in foro Cæſaris inter omnes conuenit, quamuis de præſcriptione longiſſimi temporis agatur ex c. vlt. de præſcrip. alia ratio ineunda erit. Nam cùm bona fides neceſſaria ſit, & nulla procedere poſſit abſq; bona fide præſcriptio, vt in d. c. vlt. Hæres autem ſit in mala fide propter defuncti vitium, quod tranſit in ipſum, non intelligo, quomodo præſcribere poſſit. Res enim redit ad antiquum ſtatum, ſcilicet longi temporis præſcriptionis, quæ bonam fidem requirebat, ſiquidem iam illa requiritur in omni præſcriptione longiſſimi temporis. Ergo ſicut olim defuncti culpa vitium, præſcriptioni hæredis impedimento fuerat in lõgi temporis præſcriptione, ita nunc impedimento eſſe oportet in longiſſimi temporis præſcriptione.

Ad tertium argumentum reſpondeo, negando præſcriptionem valere cum mala fide ficta ſecundùm ius Canonicum. Nam ius Canonicum diſertè requirit bonam fidem: Synodali iudicio definimus vt nulla valeat abſq; bona fide præſcriptio, inquit Innocentius in d. c. vlt. de præſcript. Nemo autem dixerit malam hanc fidem fictam, bonam fidem eſſe, nõ magis quàm bonum eſſe id, quod malum eſt.

Nec obſtant Doctores allegati à Vaſquio ad hoc probandum, nimirum ex iure Canonico fictam malam fidẽ, non nocere præſcriptioni, ſed veram tantùm. Nam Doctores non ita loquuntur, ſed hoc dicũt, ſi defunctus fuerit in mala fide ficta, ſeu præſumpta, non autem vera, id hæredi nõ nocere, quia cùm ex fictione legis hoc inductum ſit, vt mala fides defuncti noceat hæredi, quia videtur eſſe eadem perſona cum defuncto, id accipiendum eſt de vera mala fide defuncti, nõ de ficta & præſumpta, ne duæ fictiones in præiudicium hæredis, quoad vnam & eandem rem contra æquitatem concurrant. Non mihi

A credatur, ſed ijs Doctoribus, quos ipſe citat, inter quos Couuar. eſt loco omnium in c. Poſſeſſor malæ fidei, in 2. parte, §. 9. nu. 6. de reg. iur. lib. 6.

CAPVT XXVIII.

Error iuris an proſit ad præſcriptionem longiſſimi temporis.



Ertum eſt, errorẽ iuris non prodeſſe ad vſucapionem & præſcriptionem longi temporis ex l. 4. ff. de iuris & facti igno. ex l. Nunquam. 31. ff. de vſucap. ex l. 1. §. Si à pupillo. ff. pro emptore. Ceterùm, an ſaltem proficiat ad longiſſimi temporis præſcriptionem, controuerſia eſt. Nam tres ſunt Doctorum ſententiæ. Vna, prodeſſe, ita docet Paulus Caſtrenſis in l. Celſus, non procul ab initio. ff. de vſucap. & alij multi à Couuaruuia citati in

B reg. Poſſeſſor malæ fidei, par. 2. §. 7. num. 5. verſ. Secunda concluſio, de reg. iur. lib. 6.

Fundamentum eſt primò in cap. Peruenit, de empt. & vend. vbi nihil de errore iuris dicitur. Secundò, quia in præſcriptione longiſſimi temporis titulus non requiritur, ſed bona fides ſufficit ex iure Canonico neceſſaria. Error autem iuris bonam fidem non impedit l. Sed & ſi lege. §. Scire. ff. de petit. hæred. quem textum ideo non rectè allatum exiſtimo, quia non dicit errantem in iure bonam fidem habere, ſed prædonem non eſſe. Ius autem Canonicum requirit bonam fidem poſitiuè, vt loquuntur noſtri. c. Si diligenti. c. vlt. de præſcriptio. Ergo nõ ſufficit malam fidem abeſſe.

Secunda eſt ſententia, diſtinguendum eſſe inter errorem iuris reſiſtentis, & errorem iuris non aſſiſtentis, neque reſiſtentis. Priore caſu præſcriptioni longiſſimi temporis non prodeſſe, poſteriori autẽ prodeſſe, ita Couuar. qui alios citat loco proximè citato, nu. 5. verſ. Hæc autẽ

C ſecunda concluſio. Ratio eſt, nam ſi ius reſiſtat poſſeſſori, dicitur eſſe in mala fide, quia contra iura mercatur. l. Quemadmodũ. C. de agricolis & cenſitis. Mala fides verò præſcriptioni eſt impedimento, qua de agitur ex iure Canonico, vt dictum eſt. Si verò non reſiſtat, tũc poſſeſſor non eſt in mala fide, conſequẽter præſcribere poteſt.

Sed negari poteſt conſequentia iſta, Licet enim poſſeſſor non ſit in mala fide, non tamen dicitur eſſe in bona fide. Ius autem Canonicum, vt dixi, requirit bonam fidem, ideo non ſufficit malam fidem non eſſe.

Tertia eſt ſententia, non prodeſſe ſimpliciter errorem iuris ad huiuſmodi præſcriptionem, ita multi docuerũt, quos refert & ſequitur Felinus in c. De quarta, nu. 34. & ſeq. de præſcript.

Fundamentum eſt primò in l. 7. ff. de iuris & fact. ign. vbi Papinianus reſpondit: Iuris ignorantiam non prodeſſe acquirere volentibus. Et rurſus in l. 8. Errorem iuris in compendijs non prodeſſe.

D Secundò, quia iuris error non prodeſt in vſucapionibus. l. 4. ff. eod. vt cum alijs initio huius capitis adductis. Et licet de longi temporis præſcriptione dictæ leges loquantur, tamen eadem ratio eſt in præſcriptione longiſſimi temporis, ne iuris error proſit ad acquirendum, contra iuris regulas, & quia bonam fidem non inducit, licet interdum à mala fide excuſet.

Huic ſententiæ magis eſt vt acquieſcã, Licet n. maior ſit numerus eorum, qui fauent ſniæ ſecundo loco ſuprà relatæ: Rationibus tamen certandum eſt, nõ fautoribus.

CAPVT XXIX.

Error iuris, an proſit ad fructuum acquiſitionem?



Nſeram hoc loco aliam controuerſiam de errore iuris, an videlicet proſit ad acquiſitionem fructuum, deinde ad præſcriptionem reuertar: Tres ſunt Doctorum ſententiæ. Prima errorem hũc prodeſſe ad acquiſitionem fructuũ,

ita

ita docent Ancaranus, Cardinalis & Imolensis in c. Ad A nostram. de reb. Eccl. non alienan. Couuar. lib. 1. variar. resol. c. 3. nu. 8.

Fundamentum est in l. Sed & si lege. §. Scire. ff. de petitione hæreditatis, vbi Vlpianus: *Et non puto*, inquit, *hunc esse prædonem, qui dolo caret, quamuis in iure erraret.*

Altera est sententia, distinguẽdum esse inter errorem iuris, neque resistentis, neque assistentis, & errorem iuris resistentis. Priore casu locus est acquisitioni fructuũ, posteriori nequaquam. Ita Bart. in d. l. Sed etsi leg. §. Scire. Felinus in c. De quarta. nu. 3. de præscript. Abbas Panormi. & Iason. Butrius in c. ad nostram. de reb. Eccles. non alienan. Baldus ad l. Celsus. ff. de vsucap. 4. not.

Fundamentum est, quod ad primũ distinctionis membrum attinet in d. §. Scire. quod autem ad posterius attinet, in l. Quemadmodum. C. de agrico. & censi. in l. 1. C. de fide instrum. & iure hastæ fiscalis, libro 10. in c. Si quis presbyterot. de reb. Eccl. nõ alien. quibus probatur, eum qui contra iura mereatur, esse in mala fide, ac proinde cõ B demnandum ad restituẽdos fructus; nec distinguitur, an iuris error interuenerit, necne.

Tertia est sententia Pinelli ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 2. c. 4. num. 34. 35. 36. errorem iuris indistinctè non prodesse ad acquisitionem fructuum.

Fundamentum est in l. 7. ff. de iuris & facti ign. vbi Papinianus respondit: *Iuris ignorantiam non prodesse acquirere volentibus*, & idem Papinianus in l. 8. eod. tit. ait: *Error iuris, nec fœminis in compendijs prodest.*

Hæc sentẽna mihi verissima videtur: nec dubito quin contrariæ sententiæ causam præbuerit praua interpretatio tex. in d §. Scire. Nam non dicit ibi textus, errorem iuris prodesse ad acquisitionem fructuum sed à mala fide excusare possessorem, propter quam malam fidem, non sicut prædo tenetur eo iudicio petitionis hæreditatis ad fructus, qui percipi potuerunt. Tenetur tamen ad restituendos fructus perceptos, in quantum factus est locupletior, sicut cæteri bonæ fidei possessores. Singula sic vera C esse demonstro. In l. Et non tantùm. 21. §. Præter hæc ff. eodem titu. verba Senatusconsulti referuntur, quod ad rem nostram attinet huiusmodi: *Item eos qui bona inuasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quò minus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent. Eos autem qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, vsque eò duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.*

Vlpianus ergo in l. Sed & si lege, quæ est 28. verba Senatusconsulti interpretatur, & in §. Quòd autem. sic ait: *Quod autem ait Senatus eos, qui bona inuasissent, loquitur de prædonibus, id est, de ijs, qui cum scirent ad se non pertinere hæreditatem, inuaserunt bona, scilicet cum nullam haberent causam possidendi, sed & fructus non quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos præstaturos.*

Postea pergit Vlpianus in d. §. Scire. declarans quis di- D catur possessor scire, bona ad se non pertinere; ad hunc effectum, scilicet, vt tanquam prædo condemnetur secundùm formam Senatusconsulti, & ita dicit: *Scire ad se non pertinere, vtrum is tantummodò videtur qui factum scit, an & is qui in iure errauit. Putauit enim rectè factum testamentum, cum inutile erat, vel cum eum alius præcederet agnatus sibi potius deferri. Et non puto hunc esse prædonem qui dolo caret, quamuis in iure erraret.* Hactenus Vlpianus.

Porrò talem in iure errãtem possessorem fructus præstaturum, in quantum factus est locupletior, dubitari nõ potest. Nam & ipsi bonæ fidei possessores hoc iudicio petitionis hæreditatis fructus reddere cogendi sunt, si facti sint locupletiores. l. 1. C. de petitione hæred. conuenienter Senatusconsulto, de quo in d. l. Et non tantùm. §. Eos autem. ff. eod. tit.

CAPVT XXX.

An titulus ad præscriptionem necessarius, ex longi temporis possessione sit præsumendus.

REdeo ad præscriptionem. Longi tpis præscriptio requirit bonam fidem, iustũ titulum, & continuatam possessionẽ, vt habemus ex ipsis iuris elementis Iustiniani in Instit. de vsucap. Titulus non præsumit, imò probandus est. l. Nullo. C. de rei vend. l. Diutina. C. de longi tẽp. præscript. Sed qõnem proponit Vasquius controuersiarum illustrium, lib. 2. c. 61. cum aliquot sequentibus, an ex diutina possessione titulus ad præscriptionẽ idoneus præsumendus sit, si allegetur: & vltra quinquaginta argumenta adfert ad probandum eiusmodi titulum præsumendum esse. Eiusdem sñiæ authores complures laudat, & contrariæ quoque sñiæ commemorat authores, oĩa fideliter mutuatus ex Tiraq. de præscript §. 1. Glos. 4. quod falsum non accuso. Illud improbo, ꝙ viri doctissimi non sat iuri consona sententia est; nec argumentis nititur satis ad rem hãc idoneis, & Doctorum testimonijs multis abutitur. Singularia ordine demonstrabo.

Non est iuri consentanea doctrina, quia si ex diutina possessione titulus præsumeretur, frustrà Diocletianus diceret: *Nullo iusto titulo præcedente possidentes, iuris ratio quærere dominium prohibet, idcirco cum etiam vsucapio cesset, intentio dominij nunquam absumitur.* l. Nullo. C. de rei vend. Nam possessor diceret se titulum iustum probare ex eo, quod possedit longo tpe, quia ex longa tẽporis possessione præsumitur titulus; quod est absurdum, et contra legem eiusdem Diocletiani: *Diutina possessio tantum iure successionis sine iusto titulo obtenta, prodesse ad præscriptionem, hac sola ratione non potest.* l. Diutina. C. de præscript. longi temp. Deberet igitur actor opposita ei longi temporis præscriptione, probare possessorem iustum titulum non habuisse, quo nihil est absurdius. Nam negantis, per rerum naturam nulla est probatio l. Adseueratio. C. de non num. pecunia. Nec ei qui negat incumbit probatio, sed qui dicit l 2 ff. de probation.

Præclarè Celsus ad Sabinũ: *Errare eos*, ait, *qui existimarẽt, cuius rei quisque bona fide possessionem adeptus sit, pro sua vsucapere eum posse, & nihil referre emerit necne, donatum sit necne, si modo emptum, vel donatum sibi existimauerit, quia neque pro legato, neque pro donato, neq; pro dote vsucapio valet, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit.* l. Celsus. ff. de vsucap. Ab hoc nõ procul distare is vr̃, qui asserit se iusto titulo possedisse ac possidere, si nullum ostendat titulũ. Probandus ergo titulus iustus est, non allegandus solùm. Malè itaque Vasquius, eruditissimus licet Iurisconsultus.

Dixi secundò, Vasquij argumenta nõ pertinere ad hãc quæstionem, & probo. Nam huc ferè oĩa tendunt, titulũ præsumi ex diutina vsurarum præstatione. l. Cùm de in rem verso. ff. de Vsuris. ex diuturno vsu seruitutis. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quotid & æstiua. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. Item titulum beneficij Ecclesiastici ex possessione diuturna præsumi, emãcipationemq; filij si diu se pro emancipato gessit. l. 1. C. de patria potest. Itẽ in aditione hæreditatis. l. Si filius. C. de pet. hæred. l. Qui aliena. ff. de acq. hæred. Item legitimum matrimonium, c. Illud. de præsumpt. Titulum quoq, libertinitatis. l. Circa. ff. de probation. Item consensum in alienatione requisitum à lege vel statuto. Ratificationem quoque necessariam. Donationem quoque ex l. Procula. ff. de probation. Temporisq; diuturnitatem aliàs multum operari. l. Qui in prouinciali. § 11 ff. de ritu nupt. c. Licet. de coniugio seruor. Domicilij constitutionem præsumi ex longa habitatione. Transactionem quoque sustineri, cap. Contingit. de Tra 'act. Votum continentiæ præsumi, c. Neque viduas. 27. quæst. 1. Initiatum quem sacris esse,

vnionem

A vnionem etiam præsumi. Consensumque Episcopi in tali vnione. Consensum, vt alter ex coniugib. ingrediatur monasterium ac religionem. Diuisionem quoque præsumi. Emphyteusim ac feudum. Mutationem voluntatis. Consecrationem Ecclesiæ. Iuramentum. Tabellionatũ. Priuilegium. Mandatum. Acta iudicialia. Executionem sententiæ ritè factam. Solennia alienationis rerum Ecclesiasticarum. Citationem pactis in instrumenti exemplo sumpto solennitatem. Præterea tempus esse veritatis patrem, & magnam vim habere. Scientiamq; & patientiam, vim habere cõsensus. l. Si ego. §. 1. ff. de publiciana. l. Alienationis verbum. ff. de verb. sig. l. Si quis diuturno. ff. si ser. vend.

Denique obliuionem ex longo tempore induci ac pręsumi, ac proinde testes haud facilè inueniri posse, qui de titulo testificari valeant: meritò solam tituli allegationem sufficere.

Retuli singulatim hæc argumenta, quoniam ea retulisse, confutasse est. Status nostræ quæstionis est. B Si probauero, me rem tuam longo tẽpore possedisse, siue te ignorante, siue sciente (neque enim lex distinguit inter scientiam & ignorantiam. l. vlt. C. de longi tẽporis præscript.) an titulus, quem allegauero ex diutina possessione præsumendus sit, titulus, inquam, iustus, quem acquisiuerim ab alio non domino, quem dominum esse credebam bona fide, non dico, quem à te domino rei acquisiuerim. Nam si à te causam habuero ad transferendum dominium idoneam, dominus effectus sum. l. Exempto. ff. de act. empt. nec indigeo præscriptione. Titulus ergo iustus ab alio acquisitus non præsumitur: quia argumenta relata probant, in casibus illis expresſis titulum præsumi habitum & acquisitum, ex longo tempore non ab alio quodam tertio, vt ita dicam, sed ab eo qui soluit, qui passus est, qui aliquid fecit. Ex quo sequitur, si argumenta valerent, id ex eis probari posse; si te sciente & patiente longo tempore rem tuam possedero, videri te cõsensum ac- C commodasse, iustamque mihi possidendi causam tribuisse; quod non pertinet ad præscriptionem, vt dixi. Nam præscriptio non requirit titulum & causam ab eo qui rei dominus est; sed ab alio non domino, quem dominum esse credebat is qui præscribit.

Et quidem in seruitutibus, quia vsus possessionis pro traditione accipitur. l. Quoties. ff. de seruitut. & patientia vicem obtinet traditionis. l. Si ego. §. 1. ff. de publiciana, obtinuit, vt qui longo tempore vsus fuerit seruitute, *non vi, non clam, non precariò*, habuisse velut iure impositam seruitutẽ videatur. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. l. Si quis diuturno. ff. si seruitus vend. In alijs rebus corporalibus quia vera traditio locum habere potest, non idem obtinuit. Nec mouet l. Alienationis. de verb. sign. quia non hoc probat, eum qui patitur rem suam vsucapi, videri titulum tribuere vsucapiẽti, quia iam illum habet iustum, alioqui vsucapere non posset, sed hoc vult, videri alienare, qui patitur rem suam vsucapi: ratio est, quia cùm eam D vendicare posſit, & id negligat, videtur consentire, vt in alium transferatur. Idem iuris est in annuis vsuris, ac pręstationibus, de quibus loquitur l. Cùm de in rem verso. ff. de Vsuris.

Verùm & si scientia & patientia vnà cum diuturna possessione idem in rebus corporalibus efficeret, quod efficit in supradictis, nõ tamen inde efficeretur, titulum ab alio quàm à sciente & patiente præsumendum esse. Id Paulus Castrensis rectè annotauit in l. Seruitutes. ff. de seruitutibus his verbis, non procul à fine. *Sed quid si non allego titulum ab aduersario, sed à quodam tertio, & ad eius probationem induco tempus longum, dico hoc non sufficere, quia scientia & patientia domini, non facit resultare præsumptionem in facto alieno, sed in proprio.*

Porrò fateri oportet, solennia ex cursu temporis præsumi intercessisse: & temporis diuturnitatem multum operari. Sed inde sequi quod poster ad rem nostram infertur, negari meritò potest, quia longè ab ijs differre con- A stat, quod in hanc quæstionem venit.

Illud leuissimum mihi videtur, obliuionem testium ex longo tempore esse præsumendam: Id iure non probatur, experientia repugnat. Quis enim obliuiscitur eorum quæ ante decennium vidit? & nihil ad rem facit; quia titulus probari potest instrumentis & publicis scripturis, non testibus duntaxat.

Postremò, dixi doctissimum virum abuti testimonijs doctorum. Id probo. Nam maior pars doctorum, quos citat, non id quærit an ex l. Cum de in rem verso. ff. de vsuris. præsumatur hoc modo titulus præscriptionis, à quodam tertio habitus, vt verbis vtar Pauli Castrensis loco proximè citato, sed an sicut in annuis pręstationibus titulus pręsumitur ex longo tempore; ita etiam in alijs rebus præsumendus sit; titulus, inquam, ab aduersario habitus, qui scit & patitur, non à tertio aliquo. Ergo, vt maximè communis sententia, quæ præsumi titulũ hunc affirmat, Vasquio adstipuletur, non rectè tamen ad quæstionem B istam accommodatur, in qua agitur de titulo præsumendo ab alio, quàm ab aduersario: vt sæpè dixi: Scio tamen nonnullos, quos Baldus commemorat, de præscription. in 1. par. 3. partis princip. q. 10. apertè docuisse, titulum ad præscriptionem necessarium ex longo tempore pręsumi. Sed Bart. contrarium docuit in d. l. Cùm de in rem verso. & multi alij quos citat Baldus loco annotato, & quibus magis est vt calculum meum adijciam.

CAPVT XXXI.

Vtrum is qui ignorat se titulum habere necessarium ad præscribendum, valeat præscribere.

NOn posse eum vsucapere longo tempore, qui titulum habet idoneum ad vsucapionem, si ignoret, se eũ habere, authores sunt Baldus & Salicet. in l. 1. C. per quas personas nobis C acquiritur, quos Felinus refert in cap. Illud: nõ procul ab initio. vers. Dicit etiam Baldus, de præscrip. Alios quosdam citat Vasquius controuers. Illustriũ, lib. 2. cap. 69. qui hoc non dicunt.

Fundamentum ponunt in l. Possessio. §. 1. ff de acquir. possess. Papinia. *Etsi possessio per procuratorẽ ignoranti quæritur, vsucapio verò scienti competit,* &c. Et in l. 1. C. de acq. possess. Imp. Seuer. & Anton. *Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem, & postquam scientia interuenerit, vsucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione vtilitatis, quam iuris prudentia receptum est.*

Falluntur isti. Nam his legibus non negatur, eum vsucapere, qui titulum possessionis ignorat, sed eum qui possessionẽ sibi quæsitam ignorat; licet enim ignoranti possessio acquiratur, vsucapio ignoranti tamen nõ conceditur. Rationẽ puto hanc esse, quia is qui se possidere ignorat, non habet bonam fidem, hoc est, non credit eum dominum qui tradidit. Nescit enim sibi quęsitam possessio- D nem. At si nõ ignoret sibi acquisitam esse possessionem, licet suæ possessionis titulum ignoret, vsucapere nihilominus potest. Paulus: *Si sub conditione emptio facta sit, pendente conditione emptor non vsucapit. Idemq; est, & si putet conditionem extitisse, quæ nondum extitit. Similis est enim ei qui putat se emisse. Cõtra si extitit, & ignoret, potest, dicit secundum Sabinum (qui potius substantiam intuetur quàm opinionem) vsucapere eum. Est tamen nonnulla diuersitas, quòd ibi cùm rem putat alienam, quæ sit venditoris, affectionem emptoris habeat: at cum nondum putat conditionem extitisse: quasi nondum putat sibi emisse. Quod apertius quæri potest, si cum defunctus emisset, hæredi eius tradatur, qui nesciat defunctum emisse: sed ex alia causa sibi tradi, an vsucapio cesset? sed mihi eum vsucapere posse videtur.* l. 2. §. Si sub conditione. ff. de vsucap. pro emptore.

His postremis verbis clarè & disertè Paulus respondit, eum vsucapere posse, qui titulum suæ possessionis ignorat.

ignorat. Nam hæres ignorabat defunctum emisse. Is quoque qui sub conditione emerat, ignorabat conditionem extitisse: & ideo similis erat illi, qui non putabat se emisse, & tamen isti omnes vsucapere possunt ex Pauli sententia, quia substantia rei potius spectanda est, quam opinio possessoris.

Atque ita rectè docuerunt, Bartolus, Angelus & Ioannes Immolensis in d. l. 2. §. Si sub conditione. Vasquius Controuersiarum Illustrium lib. 2. cap. 69.

Baldi distinctione in tract. de præscript. par. 1. tertiæ partis princip. quæst. 9. opus non est: is dicebat non requiri, vt præscribens initio suæ possessionis sciat eius titulũ & causam, & ita accipiendam posteriorem hanc sententiam, sed sufficere, vt scientia tituli superueniat post completam præscriptionem, & ita priorem sententiam accipiendam esse.

Non est, inquam, necessaria hæc distinctio, addo etiã nec iuri consonam esse, quia siue initio possessor titulum ignorauerit, siue postea, ignorantia tituli præscriptioni non est impedimẽto, ex Pauli responso in d. §. Si sub conditione, & ex ratione Sabini, qui potius substantiam intuetur quàm opinionem, vt ibi dicitur. Si necessaria non est tituli scientia initio possessionis, quod tempus maximè spectandum esse constat, vt bona fides initio præscriptionis adsit. l. Sequitur. §. De illo. ibi. *Initium vsucapionis intueri debemus.* ff. de vsucap. l. vn. C. de vsucap. transforman. ibi. *Vt in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis præscriptio*, multò minus necessaria erit post inchoatam præscriptionem. Et ideo Bartolus annotauit ex d. §. Si sub conditione, possessori non nocere tituli ignorationem initio suæ possessionis, quia non ignorabat initium solum spectandum esse.

CAPVT XXXII.

Bona fidès ad præscriptionem necessaria, an præsumatur cùm possessor titulum non habet?



COmmunior doctorum sentẽtia affirmat bonam fidem in possessore præsumendam esse, licet titulum non habeat si ius commune non contradicit, nec alius possessor antiquior appareat, vt videre licet ex Baldo ad l. Celsus. ff. de Vsucap. in 3. par. nu. 9. Vasquio controuers. Illustrium lib. 2. cap. 79. nu. 15. & cap. 81. nu. 8. Et ex Maschardo de Probationibus volum. 1. concl. 224. num. 3. Menoch. de Præsumpt. lib. 5. Præsumpt. 150. nu. 7.

Argumenta sunt ista. Primum, quia nemo præsumitur delinquere, sed probus esse quilibet præsumitur. l. Meritò. ff. pro socio.

Sed responderi potest, quæstionem esse de possessore rei alienæ, non propriæ, qui cùm nullam possidendi iustam causam habeat, existimare debet, id quod suum nõ est ad alium pertinere. *Omnes enim scire debent quod suũ non est, id ad alios modis omnibus pertinere*, inquit Iustinianus in l. vlt. C. Vnde vi. Nec solet, cùm de præiudicio alterius agitur, locum habere præsumptio illa quę allegatur, quemlibet præsumi bonum, vt notat Glos. in c. Statutũ. §. Cùm verò. de rescript. in 6. latè Menochius de Præsumpt. lib. 5. Præsumpt. 1. nu. 19.

Secundum argumentum est ex l. pen. C. de Euict. Sed nihil probat, quia de emptore loquitur. Emptio enim titulum iustum, ex quo bona fides præsumenda sit, tribuit: quæstio autem nostra est, de possessore qui nullum habet titulum & iustam causam possidendi.

Tertium est (adfertur à Maschardo) ex l. Si quis emptionis. C. de Præscript. 30. vel 40. annor. Sed non loquitur de possessore sine titulo, nec vllum verbum continet quod faciat ad rem nostram.

Quartum argumentum eiusdem Maschardi est ex c. 1. de Præscript. lib. 6. vbi S. Pontifex. distinctè loquitur

A de bona fide & iusto titulo, & ait titulum requiri, & tempus annorum 40. in eo possessore, cui repugnat ius commune: alioqui si ius commune non repugnet, fatetur bonam fidem sufficere cũ longissimi temporis possessione.

Nihil prorsus mouet, quia fateor hæc duo diuersa esse. Titulum iustum, & bonam fidem. Item bonam fidem absque titulo generari, & induci posse. Potest enim quis credere iustas ob causas se possidere, & animo domini; atque adeò in bona fide esse, licet titulum non habeat. Sed quæstio nostra est, an talis bona fides præsumenda sit, & nego præsumendam esse. Sed probanda erit à possessore.

Quintum argumentum est ex l. 2. §. Si sub conditione. ff. de Vsucap. pro emptore. Vbi præscriptio locum habet, licet quis titulum suæ possessionis ignoret: est enim perinde ac si titulum non haberet, quantum ad bonam fidẽ attinet: Et inde sequitur bonam fidem absque titulo induci posse, quia alioqui non procederet vsucapio.

B Respondeo, nil aliud probari hoc argumento, nisi bonam fidem esse quandoque absque titulo, quod verissimum est: sed non inde efficitur, præsumendam esse bonam fidem, quia hæc duo simul consistunt, vt possit possessor absque titulo bonam fidem habere, non tamen præsumatur habere.

Sextum argumentum sumi potest ex l. Igitur. ff. de lib. cau. ex quo dici solet bonam fidem induci ex iustis & iniustis causis: & quamlibet causam etiam iniustam à dolo excusare: quo nihil est ineptius: hoc enim vult ibi Iurisconsultus *Seruum posse sine dolo malo in libertate morari, vt puta testamento accepit libertatem, quod nullius momenti esse ignorat, &c. Et generaliter quoties quis iustis rationibus ductus vel non iustis, sine calliditate tamen putauit se liberum, &c.* ex quo non potest tam generalis propositio sumi, nam I. C. iniustas causas appellat eas, quæ non valent, quod tamen seruus ignorat. Iuris ignorantia excusat eum à dolo & mala fide, cui congruit quod dicit text.

C in l. Sed & si lege. §. Scire. ff. de Petitio. hæred. *Eum prædonem non esse, qui ius ignorauit.*

Hoc igitur argumentum non potest ad quæstionem nostram accommodari, quia iuris error non prodest vsucapere volentibus. l. 4. ff. de iuris & facti ignor. l. Nunquam. ff. de Vsucap. Deinde, non dicit Iurisconsultus esse præsumendam causam illam, quæ à dolo excusat; sed supponit eam adesse, concludens si adsit, siue iusta sit, siue iniusta, quæ scilicet ex errore iuris procedit, à dolo excusari.

Postremum argumentum sic fingi potest. Dolus non præsumitur, sed probari debet l. Quoties. § Qui dolo. ff. de Probation. Ergo nec mala fides quæ à dolo nõ procul distat, præsumenda est. Igitur bona fides præsumi debet.

Respondeo, concedo non præsumi malam fidem, sed dico, neque bonam fidem præsumi. Quare sicut is qui dicit alterum in mala fide esse, id probare debet, ita & qui se dicit in bona fide esse, id probare debet iuxta regulam

D l. 2. ff. de Probation. fieri enim potest, vt quis nõ sit in mala fide, sed tamen nec bonam fidem habeat.

Non obstat, si dicatur hæc consistere in animo & conscientia possessoris, an sit in bona fide, & ideo eius attestationi credendum esse, præsertim iuratæ. Respondeo, nullum in re propria idoneum testem esse. l. Omnibus. C. de Testib.

Contrariam igitur sententiam amplector, cuius authores habeo Innocentium & Baldum in cap. Per tuas. de Testibus. Imolensem in cap. vlt. num. 20. de præscript. & Felinum in c. Si diligenti post nume. 4. eod. titu. Ruinum cons. 41. nu. 29. lib. 1.

Fundamentum est firmissimum in l. vlt. C. vnde vi. *Omnes scire debent quod suum non est, ad alios modis omnibus pertinere.* Si ergo quis rem alienam teneat, nec probet vllam causam, ob quam credat eam ad se pertinere, non est in bona fidè. Si bona fides præsumenda esset, excusaret se possessor, dicens se credere suam esse. Hanc

excusa-

excusationem reijcit Imperator tanquam ridiculam.

Nec valet responsio Vasquij, Imperatorem ibi loqui de eo, qui sciebat rem alienam esse: nam id verum est, sed rationem legis vrgeo, quę si vera est, bonæ fidei pręsumptio cessat.

Sed omisso hoc aliorum fundamento. Sic argumentor, ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. l. 2. ff. de Probation. Sed is qui pręscriptionem allegat, dicit se bonam fidem habuisse, est enim hoc antecedēs necessarium, quia sine bona fide pręscriptio nulla est, cap. vlt. de Pręscript. Aduersarius autem id negat. Ergo id probare debet: non is qui negat eum bonam fidem habuisse. Negantis non est probatio, sed asseuerantis. l. Adseueratio. C. de non num. pecunia. l. 2. ff. de Probation.

At, inquies, allegans pręscriptionem videtur probare bonam fidem ex iuris pręsumptione, quia potius bona fides pręsumenda est quàm mala.

Est petitio principij. Id enim in quęstionem reuocat, an bona fides pręsumatur. Nego pręsumi, si nulla probetur iusta possidendi causa. Ex causa enim iusta oritur bona fides: si quis à non domino, quem dominum esse credebat, rem emerit, &c. vt in Instit. de Vsucap. in principio. Si nulla probetur iusta causa possidendi, nullum inuenio in toto iure locum, vbi dicatur bonam fidem pręsumi: imò contrarium indicat. l. Celsus. ff. de vsucap. *Errare eos ait, qui existimarēt cuius rei quisque bona fide possessionem adeptus sit, pro suo vsucapere eum posse, & nil referre emerit necne, donatum sit necne, &c. si modò emptum vel donatum sibi existimauerit.* Hęc est bona fides, credere sibi donatum aut venditum esse, & tamen non sufficit, subdit enim textus non valere vsucapionem, si nulla dos, nulla donatio, nullum legatum interuenerit.

Ergo titulus necessarius est, ex quo bona fides oriatur, & hęc est bona fides, quę requiritur ad prescriptionem.

Sed dices hęc in longi temporis pręscriptione locum habere, in qua titulus est necessarius, secus in pręscriptione longissimi temporis, in qua titulus nō requiritur. Respondeo, iure ciuili nec bonam fidem requiri in pręscriptione longissimi temporis. Sed loquimur nunc secundum ius canonicum, quo bona fides requiritur in omni pręscriptione, & ideo hoc respectu, longissimi temporis pręscriptio non differt à pręscriptione longi temporis. Sicut igitur bona fides in longi temporis pręscriptione oritur ex iustis causis & titulis, ita & in longissimi temporis pręscriptione. Nec enim est alia bona fides vnius quàm alterius pręscriptionis. Est eadem qualitas non diuersa, vt patet.

Quod si pretermissis legum testimonijs rationem iuris consulamus, profectò non intelligo, quo ex fonte manare possit hęc bonę fidei pręsumptio in possessore, si nō probetur iusta possidendi causa. Possumus quidem imaginari id fieri & accidere posse, vt qui nullum titulum suę possessionis ostēdere possit, sit nihilominus in bona fide. Sed quo pacto id pręsumere nos debeamus, qui iudices sedemus, nec nisi ex coniecturis & argumentis iudicare possumus, non satis intelligo, nam alienę rei possessorem intuemur, causas suę possessionis, ex quibus bona fides descendit, diuinare non possumus.

CAPVT XXXIII.

Præscriptio temporis memoriam hominum excedentis, vtrum corruat, & vires amittat, si constet de titulo vitioso & nullo.

BIs hoc anno respondi nomine huius inclyti collegij iuridici de hac facti specie. Proponebatur quędam ciuitas possedisse rem alienā tempore longissimo, memoriamq; hominum excedente, quę titulum habuerat, nec idoneum ad dominij translationem, nec ad vsucapiendi conditionem, puta locationis. l. Malè agitur. C. de Præscriptionib. longiss. temp. 30. vel 40. annor. Vel Emphyt. l. Cùm notissimi. §. vlt. C. eo. tit. Et quærebatur an cum in mala fide esset, eò quod ex dictis caussis intelligere poterat rem alienā esse, præscriptione tamen se defendere posset: Et fuit conclusum non posse: quia mala fides ita obstat præscriptioni, vt nulla prorsus valeat, vt in cap. vlt. de præscriptionibus, & consequenter nec præscriptio, quam vocamus temporis immemorialis, vt probaui suprà hoc eodem libro cap. 26.

Licet enim maxima sit præsumptio pro eo, qui tanto tempore possedit, veritati tamen eam cedere oportet.

Præclarè S. Augustinus: *Veritate manifesta, cedat consuetudo veritati.* cap. Veritate dist. 8. & alibi: *Si consuetudinem fortassis opponas aduertendum est, quod Dominus dicit: Ego sum via, veritas & vita, non dixit, Ego sum consuetudo, sed veritas. Et certè, vt B. Cypriani vtamur sententia, qualibet consuetudo, quantumuis vetusta, quantumuis vulgata, veritati omnino est postponenda, & vsus qui veritati est contrarius, est abolendus.* cap. Si consuetudinem. eadem distinct. Idem habetur in cap. sequenti, & tota ferè illa distinctione.

Idem igitur & nobis de præscriptione dicere licet. Maxima est vis temporis longissimi, veruntamen si veritas ipsa detegatur, cedere debet veritati.

Authores pro confirmatione huius sententiæ copiosè recenset Mascardus de Probationibus. vol. 3. conclus. 1371. nu. 38. nu. 43. & nu. 63.

Hanc sententiam inter controuersias referendam putaui, quia contrarium latè disputat. Vasquius controuers. Illustrium, lib. 2. cap. 81. nu. 11. cuius argumentis respondendum est.

Primum est ex l. Sicut. l. Omnes. l. Cùm notissimi. C. de præscript. longiss. temp. Respondeo, nullius esse momenti, quia ius Canonicum spectandum est, quo cautum est, nullam præscriptionem longissimi temporis absque bona fide valere. c. vlt. C. de præscrip. & alibi.

Secundum est, quia bona fides sufficit, etiam orta ex stulta causa, ex communi Doctorum sententia. Respondeo, si ex errore facti procedat, id esse iuri cōsentaneum: si ex errore iuris nequaquam, vt suprà latè disputaui, quia iuris error non prodest acquirere volentibus. l. 4. ff. de iuris & facti igno. nec vsucapioni. l. Nunquam. ff. de vsucap. Nec illud testimonium legitimum est, quod sumi solet ex l. Igitur. §. Potest. ff. de liberali causa, vt disputaui cap. præced. quia non dicit, bonam fidem oriri ex iniustis causis, sed à dolo quem excusari: nec ad materiam & quæstionem præscriptionis accommodari potest.

Tertium est, quia ex longissimo tempore purgatur mala fides. l. vlt. C. Vnde vi, & ideo licet titulus iniustus nocere possit in longi temporis præscriptione, quia mala fides ex eo oritur, non tamen nocet in præscriptione longissimi temporis, quia malæ fidei allegatio & præsumptio cessat.

Respondeo, vitium atque iniustitiam tituli efficere, vt possessoris mala fides appareat, quæ iure Canonico inspecto impedit præscriptionem. Nec contrarium probat l. vlt. C. Vnde vi, nec vllum aliud testimonium. Licet enim omnes dicunt, & probabiliter cessare omnem malæ fidei præsumptionem in possessore temporis longissimi, non tamen id obstat, quia non præsumptionibus hic agitur, sed veris probationibus malæ fidei, quæ ex titulo iniusto perspicuæ sunt & certæ.

Quartum argumentum est, quia licet titulus iniustus appareat, potest tamen alium titulum possessor habuisse, titulum & idoneum, & bonam fidem, & hoc præsumendum videtur ex possessione tanti temporis.

Respondeo, fieri quidem id potuisse, sed nego præsumendum esse. Nam nulla lex hoc dicit, nulla ratio id suadet. In claris enim, non est opus coniecturis. Certè vulgaris est regula inter Doctores. Præsumitur quis possidere ex titulo, præambulo. l. 2. C. de acq. poss. l. Quędā mulier. ff. de

ff.de rei vend. Præsumi autem quem possidere ex alio titulo, quem non ostendit, cùm ostendatur, contra illum, titulus ex quo possidere cœpit, nec veteres dixerunt Iurisconsulti, nec satis rationi consentaneum videtur.

Quintum argumentum est; quoniam tanti temporis præscriptio nullum titulum requirit. Ergo licet titulus adsit, & non idoneus, nil obstare poterit. argum. l. Vni. C. de rei vx. act.

Respondeo, negando consequentiam. Titulus enim vitiosus & iniustus, malam fidem inducit. Mala fides pręscriptionem impedit. Aliud est in stipulatione dotis inutiliter adiecta, quia illa vitiatur, & non vitiat, hoc est, nõ impedit tacitam illam à lege fictam, atque inductam stipulationem. Sic dicimus nonnunquam expressa nocere, quamuis omissa tacitè intelligi potuissent, nec essent obfutura. l. Nonnunquam. ff. de cond. & demonstr. Titulus ergo iniustus nocet, quia malæ fidei est argumentum. Si nullus titulus sit, procedit temporis longissimi præscriptio, quia mala fides non apparet.

Sextum argumentum est ex iure, quod tribuit ipsa per se temporis memoriã hominum excedentis præscriptio. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua, quot. & æstiua. c. 1. de præscript. lib. 6. cap. Super quibusdam. §. Præterea. de verb. sign. l. 2. ff. de aqua plu. arcen. vbi *vetustas pro lege habetur, minuendarum litium gratiam.*

Respondeo, maximam proculdubio esse tanti temporis authoritatem, sed vt suprà diximus, illa cedit veritati; nec enim rationem vincit, aut legem, nec præfertur veritati. Quare si ex iniusto titulo appareat iniusta rei alienæ occupatio, & mala fides, non est habenda ratio temporis & vetustatis.

Septimum argumẽtum est ex authoritate eorum, qui dixerunt, tanti temporis præscriptionem inducere præsumptionem iuris, & de iure, quæ non recipit probationem in contrarium. Respondeo, alios multos cõtrarium docuisse, quos commemorat Maschardus loco superiùs allegato, hoc est, volum. 3. de probationibus, conclus. 137. numero 38.

Postremum argumẽtum est ex authoritate eorum qui in terminis quæstionis huius docuerunt, titulum iniustũ non nocere præscriptioni temporis, memoriam hominum excedentis.

Respondeo, paucos ex citatis à Vasquio id docuisse, sicut vidi ego, & alij videre potuerunt. Plurimos verò contrarium voluisse, qui à Mascardo citati sunt loco superiùs allegato. Quare si authores authoribus cõferantur, æquũ iudicem secundùm nos litem daturum confido.

CAPVT XXXIV.

An mala fides respectu vnius, impediat præscriptionem respectu alterius?



Oncludam hanc materiam præscriptionis insigni hac controuersia, an mala fides superueniens respectu vnius, præscriptionem impediat respectu alterius. Exemplum sit: per litis contestationem possessores efficiuntur malæ fidei. l. Sed etsi lege. §. Si ante. ff. de petitio. hæred. l. Nemo. C. de acq. poss. vbi præclarè Constantinus: *Interpellatione verò & controuersia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione, & causa in iudicium deducta, super iure possessionis vacillet ac dubitet.* Ergo si Titius litem possessori intendat, & succumbat, quia verus dominus non est: Quæritur, quia præscriptio interrupta est respectu Titij, an possessor aduersus Caium, qui verus dominus est, pręscribere valeat, si respectu ipsius Caij possessor sit in bona fide.

Et præscribere posse censuerunt Bartolus ad l. Naturaliter. ff. de vsucap. numero 12. Antonius Butrius in cap. Illud. de præscript. alios citat, communem dicens Soci- A nus senior in consil. 47. num. 17. lib. 3.

Contrarium responderunt Aretinus in cons. 17. ante num. 12. & in l. 1 §. Item acquirimus. ff. de acquir. posses. nu. 56. & in l. 3. §. Neratius, col. vlt. eod. tit. & alibi. Abbas Panormitanus in cap. Illud. de præscripr. & alij, quos refert & sequitur Couuar. in 2. parte relect. §. 8. nu. 5. ad c. Possessor malæ fidei. de reg. iur. lib. 6.

Prioris sententiæ fundamentum est, primò in l. Si qs fundum. ff. de acq. possess. vbi mala fides respectu vnius iuris, nimirũ vsusfructus, vel hypothecæ, non nocet pręscriptioni alterius iuris. Secundò, in l. Qui balneum. §. Tina. ff. Qui potiores in pig. habeantur, vbi mala fides respectu vnius conditoris, cui res erat oppignorata, non nocet respectu alterius. Tertiò, in l. Fulcinius. §. Quid si aduersus. ff. Ex quib. cau. in posses. eatur. vbi Pomponius spectauit, an aliquis latitaret aduersus omnes, an verò aduersus aliquos tantùm.

Posterioris sententiæ fundamentum est primò, quia B iste possessor est in mala fide, cùm sciat rem alienam esse, licet non sit eius, cuius ipse putat: Ergo præscribere nõ potest. c. vlt. de Præscript. Secundò, in l. Aut qui aliter. §. Si quis dum putat. ff. Quod vi aut clam: *Si quis dum putat locum tuum esse, qui meus est, celandi tui non mei causa fecerit, mihi interdictum competere.* Sic Vlpianus ibi. Tertiò, in l. 1. §. Sed & per eum. ff. de acq. poss. vbi respondetur, hominis verè liberi possessorem non acquirere per ministerium illius, quem existimabat bona fide seruum esse; sed tamen mala fide credebat, eum alterius seruum esse. Hic enim possessor bonam fidem habet, quia existimat hunc seruum esse, habet tamen malam fidem respectu alterius, quem censet dominum esse illius hominis; quæ mala fides totam possessionem vitiosam reddit.

Mihi de hac re cogitanti hæc monenda visa sunt. Primùm, argumenta prioris sententiæ nullius esse momenti: quia non probant aliud, quàm malam fidem, respectu vnius iuris, non impedire præscriptionem respectu alte- C rius iuris diuersi. Puta mala fides respectu vsusfructus præscriptionem non impedit, quoad proprietatem. Item mala fides respectu vnius hypothecæ, quæ res differt à quæstione proposita.

Secundò, in exemplo superiùs allato, nimirum cùm mala fides inducitur per litis contestationem cum vno factam, non impediri præscriptionem respectu alterius, rem videri mihi perspicuam; quia. s. præscriptio non impeditur. Primò, quia acta inter alios alijs neque nocent, neque prosunt. Toto tit. C. Res inter alios acta. Deinde, quia non fuit inducta vera mala fides, per litis contestationem, sed dubitatio quædam, & vacillatio, sic enim loquitur Constantinus in d. l. Nemo. C. de acq. possess. Dubitatio autem orta post inchoatam præscriptionem illã non impedit, si dubium speculatiuum sit, non autem practicum, vt disserui & probaui in prima parte Controuersiarum lib. 1. cap. 65. Tertiò, quia in vsucapionibus veritas spectatur, nõ opinionis error, vt patet ex l. 2. §. Si sub D conditione. ff. de vsucap pro empt.

Tertiò, Extra dictum exemplum litis contestationis: si quæstio proponatur, aduertendum puto, hanc quęstionem propositam, an mala fides respectu vnius, impediat præscriptionem respectu alterius, duobus modis intelligi posse. Primò, de mala fide, hoc est, de scientia rei alienæ. Cùm videlicet possessor post inchoatam pręscriptionem, conscientiam habet rei alienæ; licet nesciat verè cuius sit, imò putet vnius esse, cùm sit alterius. Error iste non videtur possessori suffragari posse; quia satis est eum scire, rem alienam esse. Hoc est enim quod sanctus Pontifex ait in d. c. vlt. de præscript. oportere vt nullo tempore possessor rei conscientiã habeat alienæ. Hic verò conscientiam hanc habet. Igit᷑ p̃scriptio nulla est. Scdò, quæstio intelligi pôt, malam fidem respectu vnius, non verã possessori superuenire, sed opinionem quandam falsam, quia scilicet existimabat (falsò tamen) rem esse Titij, qua dubitatione sublata, accessante, alioqui suã esse non dubitaiset.

A tasset Snspicabatur verò Titij esse, errore quodam & falsa opinione inductus. Iste non est in mala fide: nec enim rei alienæ conscientiam habet, sed suspicionem ac dubitationem habet. Ideo siquidem initio præscriptionis id acciderit, quia bona fides requiritur, non vsucapiet. Si postea; vsucapiet, quia dubium est speculatiuum. Dubitat enim, an tes sua sit; existimat Titij esse; sed non putat se peccare eam rem possidendo, donec de iure Titij constiterit, vt declaraui dicto lib. 1. c. 65.

CAPVT XXXV.

Ad l. 3. & l. 5. C. finium regundorum, vbi de quinque pedum præscriptione agitur, & ad l. vlt. eod. tit.



Mperator Constantinus: *Si quis super sui iuris locis prior de finibus detulerit querimoniã, quæ proprietatis controuersia cohæreat, prius* B *possessionis quæstio finiatur, & tunc agrimensor ire præcipitatur ad loca, vt patefacta veritate huiusmodi litigiũ terminetur, &c.* l. 3. C. finiũ regũd.

Quæstio de finibus proprietatis controuersiæ cohærere dicitur, si quæstio sit vltra quinque pedes, quòd fortè vicinus aliquam agri partem occupasse dicatur, vt declarat Alciatus in Commentarijs, de quinque pedum præscriptione, nu. 11. & probatur ex l. 3. C. Theodosiano fin. regundo. De possessione controuersia, nihil pertinet ad mensoris disciplinam: sed quæstionem possessionis, sequitur quæstio finium, in qua potissimùm ars mensoris valet: & hoc est quod ait lex: *Prius possessionis quæstio finiatur, & tunc agrimensor ire præcipitatur ad loca*, vt bene annotauit Cuiacins libro 2. obseruat. cap. 2. Ergo in hunc modum accipienda erit veterum expositio in commentarijs d. l. 3. & in §. Quædam in Institut. de actionibus. Cùm dixerunt, prius cognoscendum esse de possessione, deinde de proprietate, vt sensus sit, prius de possessione C cognoscendum esse, deinde agrimensorem ad loca mittendum, vt proprietatis causa dirimatur, scilicet à Præside prouinciæ: *Cùm de maiori spatio causa quædam non finalis, sed proprietatis apud ipsum Præsidem debeat terminari*, vt ait text. in d. l. 3. C. Theodos. Controuersia enim de quinque pedibus per agrimensorem terminabatur ex l. Mamilia.

Atque hic est verus sensus d. l. 3. Nunc de quinqne pedum præscriptione, de qua agitur in l. 15. eod. tit. aliquid inseram, ait lex: *Quinque pedum præscriptione submota, finalis iurgij, vel locorum libera peragatur intentio.*

Explosa Accursij, Castrensis, & aliorum veterum expositione, assentior Alciato in commentarijs huius loci, Nicolao Vallæ de rebus dubijs, Tractatu 8. circa finem, Cuiacio ad l. 4. circa finem. ff. de vsucap. Gregorio Tolosano parte 3. Syntagmatis, lib. 39. cap. 13. nu. 15. hanc legem ita enarrantibus. Inter agrorum vicinorum prædia runica constitutis finibus, quinque pedum spatium relinquendum esse, quo ire vterque dominus & vicinus posset: Et vt eo loco circumuerti aratrum posset, & eiusmodi spatium vsucapi non posse. Sicut nec lege 12. tabularum, teste Cicerone libro 1. de legibus, dum ait: *Controuersia de finibus nata est, in qua quoniam vsucapionem 12. tabulæ inter quinque pedes esse noluerunt, &c.* Et hanc esse legis huius sententiam, quod luculéter probatur ex l. vlt. C. Theodos. eodem titu. in illis verbis: *Ac de eo tantùm spatio, hoc est, pedum quinque, qui veteri iure præscripti sunt, sine obseruatione temporis arbitros iussimus iudicare, &c.*

Sed quid est, quod ait l. vlt. eodem tit. *In finali quæstione non longi temporis, sed triginta tantummodò annorum præscriptionem locum habere?* Nunquid his verbis etiam quinqne pedum spatium includitur, vt videlicet triginta annis præscribi possit? Præclarè Alciatus: *Quamuis per recentiorum Cæsarum leges generaliter fuisset constitutum, vt omnis actio, omnis res spatio X. vel XX. vel XXX. vel XL. annorum acquireretur, huiusmodi tamen generales constitutiones ad eum casum trahendæ non sunt, in quo specialiter lege veteri prouisum erat. l. Sciendum. ff. Qui satisd. cog. Vnde sequitur, vt cùm specialiter 12. tabulæ vsucapionem inter quinque pedes esse noluerint, nec hodie quidem, quamuis prorogato tempore, vsucapioni sit locus, & noua lex a vetere declaretur.*

Sed vereor, vt hęc sententia rectè defendi possit: Cùm finalis quæstio propriè dicatur, quoties de quinque pedũ spatio agitur, vt patet ex d. l. 3. C. Theodosiano fin. regũd. licet dicatur etiam cùm de maiori spatio agitur. Verbis igitur tam apertis, tam generalibus magis est, vt inhęrendum putem, quàm eruditis rationibus Alciati.

CAPVT XXXVI.

Ad l. Maioribus 3. C. commu. vtriusque iudicij, & de diuisione facta per sortes, an rescindi possit, & an læsio vltra dimidiam requiratur, vt diuisio rescindatur.



Iocletianus: *Maioribus etiam per fraudem & dolum, vel perperam sine iudicio factis diuisionibus solet subueniri: quia in bonæ fidei iudicijs, quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabitur.* lege tertiá, C. communium vtriusque iudicij.

Non dubito quin vera sit communis expositio, quæ hanc legem accipiendam vult de diuisione dolo vel fraude inita, vel perperam, id est, malè, nõ rectè, iniustè, quia scilicet ex ea grauiter quis læsus fuerit. Nihil enim interest, dolus intercedat, vel ipsa res in se dolum habeat. l. Si quis cùm aliter. ff. de verb. oblig. Idque indicant illa verba: *Quod inæqualiter factum esse constiterit.* Licet legem istam de diuisione, dolo, & fraude, duntaxat inita accipiendam esse, non improbabiliter quis dixerit ex verbis eiusdem legis, quæ ex Gregoriano Codice apud Cuiaciũ relata sunt in Consultatione veteris cuiusdam Iurisconsulti. Sic enim habent: *An diuisio, quam iam factam esse proponis, conuelli debeat, Rector prouinciæ præsente parte aduersa diligenter examinabit: Et si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam maioribus perperam factis diuisionibus soleat subueniri, quod improbum atque inæquabiliter factum esse constiterit, in melius reformabit.* Veruntamen non tanti sunt facienda hæc, vt à verbis claris Codicis Iustiniani recedamus, qui nunc solus authoritatem habet.

Illud controuersum est, an diuisio facta per sortes, quę alteri ex diuidentibus grauem intulit læsionem rescindi possit. Etenim affirmant Baldus & Castrensis in explicatione d. l. 3. Plotus in comment. de in litem iurãdo §. 15. nu. 4. & alij multi, quos commemorat Tiraquellus de iure primogeniorum, q. 17. in prima opinione, nu. 97.

Sed contrarium videri potest idem Baldus sensisse ad l. Ait Prætor. §. vlt. ff. de minoribus dum ibi negat minoribus 25. annis in integrum restitutionem cõcedendam, si diuisione facta per sortes, lædantur, quia scilicet deteriorem partẽ habuerint, refert & sequitur Natta in cons. 631. num. 23. lib. 3. sed Sfortia Oddus post Tiraquellum hanc Baldi sententiam restringit, vt non procedat, cùm enormis læsio ex diuisione oritur in tract. de in integrũ restit. par. 2. q. 66. art 4. circa finem, licet verba Baldi hanc non ferant interpretationem, vt obseruauit Pinellus ad l. 2. C. de rescind. vend. par. 2. c. 1. nu. 7.

Quamobrẽ Pinellus ipse in quæstione proposita, hanc distinctionem adhibuit, vtrum videlicet sortes per errorem tam inæqualiter factæ sint, an verò scientibus ipsis diuidentibus. Priore casu subueniendum putat læsis, etiã maioribus, quia forsitan si sciuissent, ius suum sorti non commisissent. Posteriori non item, quia scienti & volenti non fit dolus, nec iniuria.

Quæ

Quæ distinctio licet non placuerit Emanueli Soarez in suis ad Pinellum annotationibus, mihi tamen mirum in modum placet: Sed necesse est, vt prius expendamus, quàm bono innixa sit fundamēto Baldi, tum aientis, tum negantis sententia.

Fundamentū Baldi affirmantis diuisionem per sortes factā, rescindi posse propter læsionem, positū est in coniūctione duarum legum. Prima est l. 3. C. comm. vtriusque iud. quæ maioribus subueniendum declarat perperam factis diuisionibus. Altera est l. 2 C. quando & quibus quarta pars, lib. 10. quæ diuisionem per sortes fieri permittit. Nam si diuisio fieri per sortes potest, & rursus diuisio perperam facta rescinditur, cōsequens videtur eam quoque diuisionem rescindi, quæ per sortes facta est.

Sed hoc fundamentum ideo mihi videtur infirmum, quoniam l. 3. loquitur de diuisionibus factis per dolum, vel fraudem, vel perperam, id est, non rectè, & iniustè. In sortibus autem nullus dolus est, nulla fraus, nullaque iniustitia esse potest, quæ causa est, vt iudicium per sortes non rarò legibus approbetur. l. si quæ sunt cautiones. ff. fam. herciſc. l. vlt. C. Cōmu. de leg. l. Generaliter. § Quid ergo si plures. ff. de fideicommissa. liber. l. Sed cùm ambo. ff. de iud. l. 2. C. quando & quibus quarta pars lib. 10.

Fundamentum verò Baldi negātis diuisionem rescindi posse, est in l. Verum. §. Sciēdum. ff. de Minoribus ibi: *Nec euentus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas.* Addit Pinellus l. De fideicommisso. C. de Transact. Addo ego omnes leges quibus edocemur, læsionem allegari non posse, cùm conuentio dubia est, & incertus euentus eius, an lucrum, vel damnum allaturus sit. l. Si ea pactione. C. de vsuris. l. Si ea lege. C. eod. l. 1 C. de pactis. Alia testimonia citat Tiraquellus ad l. Si vnquam. in verbo. Donatione. nu. 131. C. de reuo. donatio.

Sed hoc argumentum locum habere potest, quandò vel necessitas id postulat, vt sorti res cōmittatur, vel lex mandat, vel vtriusque partis consensus interuenit. Verùm si nullo iure præcipiente, nulla vrgente necessitate, aut altero ex diuidentibus nesciente sortis ducendæ conditionem ac modum, id fiat partibus inæqualibus constitutis, nil proponi video, cur grauiter læso ex hac sortis missione subueniri non debeat: Neque enim is qui ignorauit, consentire videtur in dubium illum fortunæ euentum. Atque hæc est Pinelli distinctio, quam dicebam mihi magnoperè probari.

Excipio minores 25. annis, quibus etiā scientibus modum & conditionem sortis inæqualis succurrendum puto, per in integrū restitutionē. Quis enim negauerit, imprudentis esse atque adeò inconsultæ facilitatis ius suum certum dubiæ sortis aleæ committere? nisi sortes ducantur, cùm aliter commodè res diuidi non potest, tūc enim non videtur circumscriptus minor, qui iure cōmuni vsus est. l. vlt. C. de in integ. restit. minorum.

Sed alia controuersia oritur, an vt inæqualis diuisio rescindatur, necessaria sit læsio vltra dimidiā. Communior enim sentētia affirmare videtur. Vide Cagnolum ad l. 2. C. de rescin. vend. nu. 59. & Pinellum in 2. parte, c. 1. Ideo dicebat Baldus actorem debere alternatiuè petere, vt vel diuisio rescindatur, vel iustum precium suppleatur; cui tamen in hoc articulo aduersantur Petrus Cynus, & Albericus Fulgosius, & Ioan. Faber, à Pinello relati.

Fundamentum relatæ communis sententiæ est, quia diuisio vicem emptionis obtinet l. 1. C. commu. vtriusque iudicij. Emptio autem & venditio rescinditur propter læsionem vltra dimidiam, d. l. 2. C. de rescin. vend.

Sed vt rectè animaduertit Pinellus, nec l. 3. requirit læsionem vltra dimidiam, neque reo conuento electionem tribuit, sicut l. 2. C. de rescind. vend. Idem monet Modernus Parisiensis de Commercijs, q. 14. nu. 182.

Quare ego in hanc sententiam venio, non requiri læsionem vltra dimidiam; quia textus dicit: *Quod inæqualiter factum erit, in melius reformabitur.*

In emptione, & venditione, & similibus cōtractibus,
A qui ordinati sunt, & constituti, mutui commercij gratia, quia contrahentibus permissum est, se inuicem in precio decipere, & circumuenire l. In causæ 17. §. Idē Pomponius. ff. de minor. l. Itē si precio §. vlt. ff. locati. idcirco ob modicam læsionem non rescinditur contractus. l. Si voluntate. C. de rescind. vend. In alijs aliter respondendum videtur, puta in societate, Deposito, Commodato, Pignore, tutela, & similibus; ac proinde etiam minor læsio, quam vltra dimidiam sufficere debet, vt rescindantur, nec. n. lex læsionem vltra dimidiam exigit. Id patet ex d. l. C. commun. vtriusque iud. l. In contractibus. C. ex quibus causis maio. l. Si superstite. C. de dolo. l. 1. C. de erro. calculi & similibus, quibus nulla fit mentio læsionis vltra dimidiam, sed rescissionis ob grauem læsionem.

CAPVT XXXVII.

B *An lex vlt. C. de sacrosanctis Ecclesiis vnum vel tria privilegia contineat?*



ADduci nō possum vt credam l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. continere tria priuilegia, nimirū præscriptionis centum annorum. Item dominij translationis, absque traditione in rebus vēditis, & donatis Ecclesijs, Ciuitatibus, captiuis, & pijs locis, & deniq; tacitæ hypothecæ: sed magis est, vt vnum duntaxat singulare priuilegium centum annorum præscriptionis concessum putem in hac lege, quę sententia olim fuit Azonis, Petri & Cyni: & fundm̄ meum est, in ipsis verbis legis, quę nullam prorsus mentionem faciūt alterius, quàm huius priuilegij centenarię pręscriptionis. Nemini autem in Iustiniani legibus uersato ignotū est, quanto præfationis apparatu uti soleat, cum aliquod singulare priuilegium cōcedit contra iuris regulas, Causam adferre solet, cur singulare ius statuat, omniaque clarè prosequi, & disertè explicare. Sicut uel in hac lege perspi
C cuè cernitur, cū ait: *Vt inter diuinum publicumq; ius, &c.* Deinde statuit, quod in ea legitur de centenaria præscriptione, in rebus uenditis, donatis, &c. Erat autem etiam expressè decernendum istarum rerum dominium, ipso iure sine possessionis traditione transire in Ecclesias, Ciuitates, pia loca, & captiuos, quia regulę iuris exigunt traditionem. l. Traditionibus. C. de pactis. l. Si ager. § 1. ff de rei vend. Sed nihil eiusmodi continetur, nil etiam de tacita hypotheca. Ergo non est uerisimile, Iustinianum uoluisse ea lege tria singularia priuilegia constituere. Sed unum duntaxat constituere uoluisse pręscriptionis centenarię, quod ipse luculenter exprimit, maiorem habet ueri similitudinem.

Scio Accursium, Bart. Castrens. Salic. & alios magis communiter tria priuilegia iam dicta, huic legi attribuisse, sed uix moueor his argumentis, quibus ipsi nituntur. Primum est in illis uerbis: *Siue itaque memoratis religiosissimis locis, vel Ciuitatibus hęreditas, vel legatum, vel fi-*
D *deicommissum fuerit relictum, siue donatio, vel vēditio pręcesserit, &c. sit eorum penè perpetua vendicatio.* Vendicatio domino competit, ergo dominium translatum est.

Rn̄deo, vendicationis uerbum ibi referēdum esse ad res legatas, & per fideicommissum relictas, licet enim referatur etiam ad res donatas, tamē id minus propriè accipiendum est. Nec nouum est, illud uerbum sic aliquando accipiendum esse, ut ad multa relatum partim propriè, partim impropriè intelligatur, ut in l. Per diuersas. C. mand. ibi. *Cum certum sit pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant iura sua vendicare, quam ad alios transferre velle.* Vbi Glos. *Largè*, inquit, *pone vendicare, vt etiam contineat actionem personalem.*

Secundum argumentum est ex illis uerbis: *In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem & hypothecariam.*

Respondeo, etiam uerba sequētia adiungenda ac perpendenda esse, sic enim habent: *Secundum nostrę consti-*

entionis tenorem, quę legatarijs & fideicommiſſarijs & hyporhecariam donauit. Cõcedit ergo Imperator tres actiones, ſecundum ſuæ Conſtitutionis tenorem. Conſtitutio autem illa tres actiones concedit, pro rebus legatis, & per fideicommiſſum relictis, non autẽ pro rebus venditis vel donatis, vt videri poteſt ex l. 1. C. commu. de legat. vbi illa conſtitutio continetur.

Reſpondet Salicetus, hanc interpretationem locũ habere non poſſe, quia textus dicit: *In his autem omnibus caſibus*, omnes autem caſus ſuperius expreſſi, non ſolùm pertinent ad res legatas, & per fideicommiſſum relictas, ſed etiam ad res venditas & donatas. Alioqui ſi ad res tantùm legatas pertinerent, vnus ſolus caſus eſſet, non autem omnes.

Replicatur, omnes caſus ſuperius expreſſos contineri hoc modo, vt ſcilicet tam Eccleſiæ, quàm Ciuitates, & pia loca, & captiui tres habeant actiones, pro rebus legatis & per fideicommiſſum relictis, quia ſequentia verba, *ſecundum noſtrę conſtitutionis tenorem*, ad hæc tantùm legata & fideicommiſſa referuntur.

Reſpondet Iaſon illa verba, *ſecundum noſtræ conſtitutionis tenorem*, non reſtringere præcedentia verba, quantum ad caſus expreſſos; ſed quantum ad modum; vt ſenſus ſit, tam in rebus legatis & fideicommiſſis, quàm donatis, & venditis, tres actiones competere, ſecundum tamen modum & formam conſtitutionis ſuæ.

Replicatur, id non eſſe veriſimile, quia ſic extenderet Imperator conſtitutionem ſuam, quæ de legatis & fideicommiſſis loquitur, etiam ad res donatas & vẽditas Eccleſijs, Ciuitatibus, & alijs expreſſis in hac lege: quod ſi facere voluiſſet, alia verba adieciſſet dicens, quam noſtram conſtitutionem etiam ad res donatas, & venditas ſuprà dictis porrigimus, extẽdimus, &c. Dum autem refert ſe ſimpliciter ad tenorem ſuæ conſtitutionis, non licet nobis eam extendere, ſed relatum eſſe in referente, interpretari debemus, cum omnibus ſuis qualitatibus, ſecundum iuris regulas nouiſſimas.

CAPVT XXXVIII.

Vtrum in Eccleſiam, & pias cauſas, ac Ciuitates, quibus hæreditas per fideicommiſſum reſtituenda eſt, tranſeant iura abſque reali vel verbali reſtitutione.

EX his quæ dicta ſunt in præcedenti capite palam eſſe vr, haud quaquam conſiſtere poſſe eorum ſententiã, qui ex l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccleſ. colligunt, in Eccleſias, Ciuitates, & pia loca, quibus ex fideicommiſſo hæreditas reſtituenda eſt, iura hæreditaria tranſire, abſque uerbali uel reali reſtitutione, licet in cæteris aliter ſit conſtitutum, ut nonim eſt ex l. Facta. ex l. Reſtituta. ff. ad Trebel. ex §. Reſtituta. inſtit. de fideicom. hæred.

Ita docuerunt Bart. in d. l. vlt. & in quæſt. 13. incipiente, Filium adultum, Paulus Caſtrenſis, Iaſon in d. l. ult. & alij quos commemorat Tiraquel. de priuilegijs piæ cauſæ, Priuilegio 39.

Fundamentum enim eorum non eſt firmum, ſic ipſi ratiocinantur. Dominium tranſit in Eccleſiam, & Ciuitatẽ, & pias cauſas, abſque reſtitutione, Ergo nulla opus eſt reſtitutione reali uel uerbali. Nam quod textus d. l. ult. ait de hæreditate iſtis relicta, latè accipiunt, ſiue directò relicta ſit, ſiue per fideicommiſſum. Rurſus qd text. dicit de fideicõmiſſis, latè accipiendum tam ſingularib. quibus ſcilicet ſingulæ res relictę ſunt, quàm uniuerſalibus, quibus hęreditas tota, uel eius pars relinquitur.

Non eſt ita; quia Iuſtinianus Imperator in d. l. ult. refert ſe ad conſtitutionem, quam pro legatarijs, & fideicommiſſarijs fecit in l. 1. C. commu. de leg. ibi uerò non loquitur de hęreditate directò uel per fideicommiſſum relicta, ſed de ſingularibus legatis, & fideicommiſſis, pro quibus conſequendis, tres concedit actiones.

A Addunt aliqui pro communiore ſententia textum in §. Si quis autem pro redemptione, in Authent. de Eccleſiaſticis titulis, vbi dicitur, *Epiſcopum vendicare poſſe* relicta, pro redemptione captiuorum.

Sed nihil iuuat hanc ſententiam, quia intelligẽdus eſt de legatis & fideicommiſſis particularibus, uel ſi de uniuerſalibus fideicommiſſis intelligatur, interpretari debet ſecundum leges, quibus conſtitutum eſt, vt fideicommiſſarius res uendicare poſſit, facta ſibi uerbali uel reali reſtitutione. l. Facta. l. Reſtituta. ff. ad Trebell.

Contrariam igitur ſententiã, quam Baldus, Fulgoſius, & alij à Tiraquello annotati, loco proximè citato, ſecuti ſunt, amplector, nimirum nihil ea in re ſpecialiter contra iuris regulas conſtitutum eſſe fauore Eccleſiarum, Ciuitatum, & piarum cauſarum, & locorum, & idcirco reſtitutionem verbalem ſiue realem requiri, ut iura tranſeãt ex Trebelliano S. C. in fideicõmiſſarium, de quo agitur.

B Pugnat pro hac ſententia iuris regula, quæ requirit reſtitutionem uerbalem uel realẽ, ut dictum eſt. Nec enim reperitur contrarium, ſingulariter his caſibus, conſtitutum. Iuuat eam quoq; l. Omnibus. ff. ad Trebell. vbi I. C. ait. *Omnibus Ciuitatibus quæ ſub Imperio Romano ſunt, reſtitui debere, & poſſe hæreditatem fideicommiſſariam, & actiones in eas ex Trebelliano transferri.*

CAPVT XXXIX.

Ad l. 1. C. de ſacroſanctis Eccleſiis.

IMperator Conſtantinus ad populum. *Habeat vnuſquiſque licentiam ſanctiſſimo, catholico, venerabilique concilio, decedens bonorum quod optauerit relinquere, & non ſint caſſa iudicia eius. Nihil enim eſt quod magis hominibus debeatur, quàm vt ſupremæ voluntatis, poſtquam iam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtylus, &*

C *licitum, quod iterum non redit arbitrium.* lege prima, C. de ſacroſanct. Eccl.

Rectè Alciatus hanc legem enarrãs ait: *Quoniam ante Conſtantinum Magnum collegia Chriſtianorum damnata erant, eorum ille profeſſionem primus Cæſarum ſyncera fide amplexatus, conſtituit vt quilibet facultatem haberet, quantum vellet, generali ipſius Eccleſiæ relinquendi.* Illud non rectè quod ſubdit: *Fuit q́, tunc hæc lex intellecta, vt non ideo Clericis, & Monachis relinqui poſſet, aut particulari templo: Cuius rei rationem D. Hieronymus quadam ad Nepotianum Epiſtola his verbis attingit. Pudet dicere, Sacerdotes idolorum, mimi, & aurigæ, & ſcorta hæreditates capiunt, ſolis Clericis & Monachis hoc lege prohibetur, &c. Vnde apparet*, inquit Alciatus, *recentiorum interpretatione factum, vt aliter hæc lex noſtro ſeculo, aliter in primitiua Eccleſia intelligeretur.*

D Non rectè, quia S. Hieronymus loquitur de lege Valentiniani, Valentis & Gratiani, qui longè poſt Conſtantinum Magnum imperarunt. Hi iuſtas ob cauſas prohibuerunt Clericis & Monachis aliquid relinqui, in vltima voluntate, à mulieribus, quibus ſe priuatim prætextu religionis adiungebant, ut conſtat ex l. 20. C. Theodoſiano de Epiſcop. & Clericis, & diligẽter explicat Illuſtriſs. ac Reuerendiſs. Cardinalis Baronius in 4. tomo annaliũ Eccleſiaſticorum anno 370.

Ab eodem lapſu non procul abeſt Fornerius lib. 3. ſelectionum cap. 28. dum ſcribit, ante hanc legem Conſtantini vetitum fuiſſe lege ſuprà dictorum Valentiniani, Valentis & Theodoſij, Clericis & Eccleſijs legari. Nam inter omnes conſtat, non hos Imperatores ante Conſtantinum Magnum, ſed contra, ipſum ante eos uixiſſe, & imperio potitum eſſe.

Sed his omiſſis, maioris momenti diſputatio oritur, an uera ſit Bartoli ſententia in explicatione huius legis, quem Baldus ioci gratia Samninum vocat, quoniam ſcilicet id dixerit, quod nec uſquam relatũ eſt, nec unquam receptum,

receptũ, vt de Saturnino Vlpianus scribit in l.1.ff.de Senatorib. (A) Bartolum tamen secutus est Paulus Castrensis, & Alciatus dixit eius sentẽtiam defendi posse. Existimauit Bartolus hanc legem ita accipiendam esse. Primò, vt vnusquisq; etiam non idoneus iure ciuili ad testandũ, puta filiusfam. mutus, surdus, & similes, testamento legare possint bona sua Ecclesiæ. Secundò, eiusmodi testamentum valere, licet omnibus solennibus destitutum sit. Tertiò, hanc legem interpretatione restringendam ad eos, qui in articulo mortis constituti testantur.

Priorem expositionem probat ex verbo, *vnusquisque*, quo vsus est Constantinus. Alteram, ex illis verbis, *& non sint cassa iudicia eius*. Tertiam probat ex verbo, *decedens*, & verbis sequẽtibus, quibus mortis tempus designatur, *postquam aliud velle non possunt, &c.*

His accedunt hæc argumenta. Primum ex verbis tituli, sic enim inscribitur: *De sacrosanctis Ecclesiis, & de rebus & priuilegijs earum.* Priuilegium ergo cõtra ius commune continetur in hac lege. Consequẽter ita debet intelligi, (B) ne sit superfluum, sed vt locũ habeat eo casu, quo iure communi, aliter est constitutum.

Secundum argumentum est. Nam si aliter hæc lex accipiatur, inutilis erit & supernacanea. Postquã enim Constantinus approbauit Christianam fidem, Collegiũ Christianorum consequẽter approbasse videtur, Collegijs autem approbatis testamento legari potest. l. Collegium. C. de hæred. instit. l. Cum Senatus. ff. de reb. dubijs.

Tertium argumentum. Miles liberum habet arbitriũ testãdi. l.1.ff.de Testam. mili. Ideoq; etiam si mutus, vel surdus sit, testamẽtũ facere potest. l. Iure militari. ff. eod. tit. Ergo in proposito idem est dicẽdum, quia liberum arbitrium datum est Ecclesiæ bona legandi, licere vnicuique testari, & relinquere Ecclesię quantũ voluerit bonorum suorum, licet alioqui iure ciuili testari prohibeatur.

Quartum. Is qui in loco hostili deprehenditur, & moritur, testari potest, quomodo velit, & quomodo potest. l. vlt. ff. de mili. testam. (C) Ergo multò magis testari quocunq; modo voluerit, licet ei, qui in articulo mortis existens, & de salute animæ sollicitus, bona sua relinquit Ecclesiæ.

Postremum argumentum. Testamentum imperfectũ inter liberos seruandum & custodiendũ est. l. vlt. C. fam. hercis. l. Hac cõsultiss. §. Ex imperfecto. C. de Testam. Ergo multò magis in fauorem Ecclesiæ conditum, atque adeò pro salute animæ ipsius testantis.

Hæc sunt argumenta præcipua, omitto enim leuiora quædã ex brocardicis regulis desumpta, quæ nullius sunt apud eruditos authoritatis.

Hanc sententiã Bartoli, argumentis hisce non obstantibus, reijciẽdam existimo, & sequor Accursium, Cynũ, Baldum, Salicetum, Iasonem, Cagnolũ, Corasium, & cæteros, tum antiquiores, tum recentiores, qui ita hanc legem interpretati sunt. Vnumquemque scilicet idoneum ad testandum, siue sit constitutus in articulo mortis, vel non sit, bona sua Ecclesiæ legare, & relinquere posse, si testamẽto (D) solennia fuerint adhibita; licet hoc vltimum iure canonico locum non habeat, vt infrà dicam.

Fundamentum est, quia nulla suppetit ratio, cur existimare debeamus, Cõstantinum verbis hisce generalibus tollere voluisse solennia testamentorum. Rectè enim Iustinianus in l. Si quando. C. de inoff. test. *Cùm Princeps liberam testamenti factionem concedit, intelligitur concedere legitimam & consuetam. Neque enim credendum est Romanum Principem, qui iura tuetur, huiusmodi verbo totam obseruationem testamentorum multis vigilijs excogitatam atque inuentam velle euertere.*

Constat præterea verba generalia legis de idoneis accipienda esse. l. Rescripto. l. Vt gradatim. §. Et si lege. ff. de munerib. & hono.

Tertiò, testamentũ imperfectum nullius est momenti, tantùm inter liberos seruatur, adeò vt nec Imperator quidem vendicare hæreditatem ex testamento imperfecto possit. l. Ex imperfecto. C. de Testam.

Quartò, hæc sentẽtia probatur ex l. Generali. 13. C. de sacrosanct. Eccles. vbi Valẽtinianus & Martianus viduis potestatem concedunt, & religiosis fœminis relinquendi bona sua Ecclesiæ testamento, vel codicillo, *quod tamen*, inquit textus, *omni iuris ratione munitum sit.*

Respondet Bartolus, legem illam non loqui de eo, qui in mortis articulo constitutus, testamento, vel codicillo relinquit bona sua Ecclesiæ. Nõ rectè, quia illa lex loquitur generaliter testamento vel codicillo. Constat autem testamentum & codicillũ ordinari posse tam ab eo qui sanus est, quàm ab infirmo, & in articulo mortis cõstituto.

Respondet secundo loco Alciatus, verba illa: *Quod tamen omni iuris ratione munitum sit*, excludere vitium & impedimentum ex iure naturali proueniens, vtputa, si furiosus vel pupillus testamentum facere velit, & Ecclesiam instituere hæredem.

Non rectè, quia textus dicit, omni iuris ratione munitum sit. Qui dicit omne, nihil excludit: Igitur ita debet esse munitum, ut nullum uel iuris naturalis, uel ciuilis impedimentum, ac uitium subsit.

Postremò, hanc legem ita accipiendam esse, vt dixi, patet ex summi Pontificis Epistola in c. Relatum. de testamentis, cùm ait: *Mandamus quatenus cum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam nõ secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis: tribus aut duobus testibus requisitis, quoniam scriptum est, in ore duorum vel trium stet omne verbum.* Si iure ciuili, hoc est, ex hac Constantini lege non essent necessaria solennia, ut Bartolus existimauit, S. Pontifex non prohibuisset eiusmodi causas tractari secũdum leges, quia nec leges solennia exigerent, magis quàm decretorum statuta.

Ad primum argumentum Bartoli ex uerbo: *Vnusquisque*, responsio patet ex ijs quæ dicta sunt. Debet enim intelligi de idoneis, & habilibus ad testandum.

Ad secundum ex uerbis tituli, respondeo sufficere, ut hæc lex aliquid contineat de Ecclesijs, & de rebus ad eas pertinentibus, nec necesse esse, ut omnes leges singulare aliquod priuilegium contineant contra iuris regulas.

Ad tertium argumentũ ex uerbo, *decedens*, respõdeo, non idcirco excludẽdos esse eos, qui uel sani corpore, uel extra mortis periculum testantur, quia Imperator rationem habuit eius, quod sæpius contingit: Sæpius enim homines testantur cùm sunt in periculo mortis, & quia testamentum ex morte & ultima uoluntate uires sumit.

Ad quartum argumentũ dico, non inutilem esse hanc Constantini legem. Nam propter Imperatorũ gentilium persecutiones, fideles Christiani non audebant bona sua Ecclesijs legare. *Mirum autem dictu*, inquit *Illustriss. Baronius tomo 3. anno 321. relaxata semel libertate fidelium* (per hanc legem Constantini) *in relinquendis, vltima voluntate, suis bonis Ecclesiis, adeò aucta sunt illarum diuitiæ, vt posteriores Imperatores verìti ob eam causam reipublicæ detrimentum, & paupertatem, conati sint iterum ab huiusmodi profusis largitionibus cohibere fideles.*

Ad cætera argumenta respondeo, negando consequentiam. Ita in militibus constitutum est. Item in ijs qui in hostico moriuntur. Item in testamento inter liberos. Ergo idem constituendũ est de ijs, qui bona sua relinquunt Ecclesijs. Nã non est hoc leges conditas interpretari, sed nouas cõdere, quod iuris interpretibus permissum nõ est.

CAPVT XL.

Sufficiatne iuratoria cautio cùm vsufructuarius satisdare non potest.



VSufructuarius cauere debet se usurum boni uiri arbitratu, & cùm ususfructus ad eũ pertinere desinet, restituturum quod inde extabit l.1.ff. Vsufr. quẽadmo. caueat. l.4. C. de vsufr. Et quia lex satisd uerbo utitur, cautio intelligitur cum fideiussoribus. l.1. ff. qui satisdat. cog.

 l. Sanci-

l. Sancimus. C. de verb. ſign. Vnde oritur controuerſia, ſi vſuſfructuarius fideiuſſorem inuenire non poſſit, an ſufficiat iuratoria cautio, aut quod aliud remedium ſit. Et animaduerti quatuor eſſe Doctorum ſententias hac de re. Prima, iuratoriam cautionem non ſufficere, & ideo vſumfructum vendicari non poſſe. Authores ſunt Accurſius in l. 4. C. de vſufr. Bertrandus in conſ. 144. lib. 3. Romanus conſ. 439. nu. 10. Iaſ. ad l. t. nu. 23. & ibid. Socinus ſenior, nu. 22. ff. qui ſatiſd. cogan.

Fundamentum eſt in legibus quibuſdam, in quibus conſtitutum eſt cautionem iuratoriam nō admitti, quoties cum fideiuſſoribus cautio requiritur, l. Filiusfam. §. Diui. verſ. ijdem Principes. ff. de leg. 3. l. 2. C. de tutore vel curat. qui ſatis non dedit. Sed ad rem magis pertinet l. 7. ff. vſuſfructuari. quemad. cau. vbi Vlpianus ſic ait: *Si vſusfructus nomine, tradita re, ſatiſdatum non fuerit, Proculus ait, poſſe heredem rem vendicare, &c.* & l. vlt. ff. eod. tit. vbi idem Vlpianus inquit: *Ergo cum non fiant fructuarij vaſa, vendicari a proprietario poſſunt, cautione non data.*

Altera eſt ſententia, ſufficere iuratoriam cautionem hoc in caſu, niſi fructuarius ſuſpectus ſit, & malæ conditionis & vitæ. Authores ſunt Bart. ad d. l. 4. C. de vſufr. Guido Papę decis. 189. nu. 1. Marſilius in pract. criminali. §. Diligenter. nu. 104. Io. Immolenſis ad l. Cùm non facilè, nu. 2. 3. ff. ſi cui plus quàm per legem falcid. Portius. lib. 3. comm. concl. c. 18. in 8. Ampliatione. Cacheranus decis. Pedemontana 153. Pinellus ad l. 1. C. de bonis matern. in 2. par. nu. 79. Andreas Geyll. lib. 2. obſeru. 47.

Fundamentum eſt in aliquibus legibus, quibus conſtitutum eſt, iuratoriam cautionē ſufficere in caſibus, quibus fideiuſſor inueniri non poteſt. l. Cùm non facilè. ff. Si cui plus quàm per legem falcid. l. 3. §. Super peculio. C. de aſſer. tollen. Auth. Generaliter. C. de Epiſcopis & Clericis. §. Sed hodie. inſtit. de Satiſdatione.

Tertia eſt ſnia, hoc in caſu, quia fideiuſſor nō pōt inueniri, & dubiū eſt, an ſufficiat iuratoria cautio, aliud remediū eſſe, vt ſequeſtrentr bona apud aliquē virū honeſtū, diuitem, ac probū, qui præſtet fructus eorum vſuſfructuario. Ita olim docuit Gulielmus de Cuno, & idem ſentit Bart. eo in caſu, quo vſuſfructuarius ſuſpectus eſt in d. l. 4. C. de vſufr. refertq; Guido Papę, hanc ſententiam ſecutum fuiſſe Parlamentum Gratianopolitanum decis. 250.

Quarta eſt ſnia, proprietarium hoc in caſu bona retinere poſſe, & vendicare, ſed fructuario annuatim certam vel fructuum, vel pecuniæ quātitatem pendere oportere, ipſiq; fructuario, de ea præſtanda idoneè cauere. Ita Angelus ad l. Hac edictali. §. His illud. nu. 6. C. de ſecundis nupt. Salicetus in d. l. 4. C. de vſufr. Borgninus Caualcanus alios citans de vſufructu mulieri relicto, nu. 150.

Fundamentum eſt in d. l. Hac edictali. §. His illud. C. de ſecundis nupt. in illis verbis: *Vel certè, ſi fideiuſſiones idoneas præſtare diſtulerit, aut nequiuerit, prædictæ res mobiles nondum matri à liberis tradita, apud eoſdem manebunt, ſoluta verò eidem matri, vel ab eadem detentę reſtituuntur liberis, ſi tam ab his fideiuſſio idonea matri fuerit oblata, quę tamen debet, quod eidem ſuperſtiti pro vſufructu earundem rerum mobilium, vel precio, quo taxatę ſunt, vſurarum nomine tertiam partem tertiam annuis quibuſq; temporibus præſtare non differant, &c.*

Scribit Mynſingerus centur. 6. obſer. 48. cùm harum quatuor opinionum conflictus in Camera Imperiali incidiſſet, quamuis eam ſententiam de iure veriorem Aſſeſſores exiſtimauerint, quę vſumfructum non deberi, ob non præſtitam cautionem docet: æquiſſimam tamen hanc poſtremam ſententiam iudicaſſe; quia hac ratione & proprietario conſultum eſt, & vſuſfructuario.

Et hanc ſniam ipſe quoque amplector, licet enim ex l. 7. & vlt. ff. vſufruct. quemad. cau. necnon ex l. Si vſusfructus 16. ff. de vſufr. rectè defendi poſſit, ſi non fuerit ſatiſdatum, vſumfructum non deberi, tamen quia, Vlpianus nō de hac factiſpecie loquitur, qua fructuarius fideiuſſorem inuenire non poteſt, non prorſus excludere vi hoc remedium Imperatoris in d. l. Hac edictali. §. His illud. Nobis igitur in re maximè dubia (ſiquidē leges quandoque iuratoriam cautionem probant, quandoque reijciunt,) amplecti licet æquiorem ac benigniorem ſententiam, nec fructuario aliquid iuris detrahentem, nec proprietario, & Aſſeſſorum Imperialis iudicij authoritate munitam, quæ meritò in tam excelſo loco poſita eſt, vt nefas ſit, temerè ab ea recedere.

CAPVT XLI.

De vſufructu earum rerum quæ vſu conteruntur, qualis ab vſufructuario præſtanda ſit ſatiſdatio.

Svnt quædam res, quæ vſu conſumuntur veluti pecunia, vinum, frumentum, oleum, & id genus alia; ſunt & alia quæ minuuntur, veluti veſtes, dolia, & cætera mobilia. De rebus prioris generis poſtea dicetur, nunc de his, quæ vſu minuuntur dicam. Vtrum fructuarius ſatiſdationem præſtare teneatur ſe reſtituturum eiuſmodi bona, finito vſufructu in ea bonitate, & æſtimatione, cuius erant tempore, quo fuerunt ei traditæ, an verò ſicut erunt finito vſufructu.

Et vt ſtatim me expediam, puto eas res reſtituendas, prout inuenientur finito vſufructu, nulla ratione habita æſtimationis, quæ erat tempore traditionis.

Mouet me tex. in l. Si vſusfructus. §. Si veſtis. ff. vſufructua. quemadmo. caueat: *Si veſtis vſusfructus legatus ſit, ſcripſit Pomponius, quanquam hæres ſtipulatus ſit finito vſufructu veſtem reddi, attamen non obligari promiſſorem, ſi eam ſine dolo malo attritam reddiderit.*

Secundò mouet l. 1. ff. Vſufructua. quemad. caueat, vbi Vlpianus ait: *Si cuius rei vſusfructus legatus ſit, æquiſſimum Prætori viſum eſt de vtroque legatarium cauere, & vſurum ſe boni viri arbitratu, & cùm vſusfructus ad eum pertinere deſinet reſtituturum quod inde extabit. Hac ſtipulatio ſiue mobilis ſit res, ſiue ſoli, interponi debet* Et poſt pauca: *Cauere autem debet boni viri arbitratu perceptum iri vſumfructum, hoc eſt, non deteriorem ſe cauſam vſusfructus facturum, cæteraq; facturum, qua in re ſua faceret.*

Ex hac lege primùm perpendo, vſufructuarium eodē modo teneri ad res mobiles reſtituendas, quo tenetur ad reſtituendas res ſoli, hoc eſt, immobiles.

Secundò, fructuariū teneri reſtituere, quod inde, hoc eſt, finito vſufructu extabit.

Denique arbitrio boni viri frui debet, & omnia facere, quæ in rebus ſuis faceret.

Si igitur rebus mobilibus vtatur ſecundùm arbitrium boni viri, & in ijs verſetur vti virum bonum decet, & prout verſatur in ſuis rebus, nihil proponi video, cur ſi res vſu ipſo conterantur, atque diminuantur, eo nomine teneatur, eamque æſtimationem præſtare obligatus ſit, quæ tempore traditionis erat. Alioquin non videretur vſumfructum, hoc eſt, ius vtendi & fruendi habere liberè, ſed cum onere admodum graui, nec gramitò, ſed quodammodo cum obligatione mercedis dandæ propter vſum. Fac enim rem ex vſu æſtimatione diminutā, quia tempore traditionis æſtimabatur decem aureis, finito vſufructu æſtimatur tribus, tenebitur ſoluete quod deeſt æſtimationi, quæ fuit traditionis tempore; quod abſurdum videtur.

Atque ita docuerunt Ioan. Imolenſis, poſt Florianum, quem citat in c. vlt. nume. 24. de pign. Franciſcus Marcus decis. 818. in 1. parte.

Sed contrarium reſponderunt Alex. in conſi. 58. nu. 6. lib. 3. Socinus ſenior conſilio 9. lib. 4. Pinellus ad l. 1. in 2. parte poſt nu. 80. C. de bonis mater. & alij quos commemorat Antonius Theſaurus decis. Pedem. 80.

Fundamentum eſt in l. Si vini. ff. de vſuſt. ear. rer. quæ vſu conſum. vbi Caius: *Si vini, olei, frumenti vſusfructus legatus erit, proprietas ad legatarium debet transferri, & ab eo cautio deſideranda eſt, vt quandoque cum is mortuus, aut capite minutus ſit, eiuſdem qualitatis res reſtituan-*

restituantur, aut aestimatis rebus certa pecunia nomine cauendum, quod & commodius est. Idem scilicet de caeteris quoque rebus, quae vsu consumuntur, intelligimus. Idem docet Imperator in §. Constituntur inst. de vsufr. vbi nominatim fit mentio vestimentorum.

Respondeo, illud responsum Caij pertinere ad earum rerum vsumfructum, quae vsu consumuntur, de quibus iam nostra disputatio non est. Non obstat mentio vestimentorum è Iustiniano facta, quia illud est accipiendum de vestimentis, quae breui tempore vsu consumuntur, de quibus nunc non loquimur.

Ratio differentiae est, quia vsusfructus earum rerum, quae vsu consumuntur, consistere non potest, nisi per cautionem quam fructuarius praestat. Cautio autem debet procul dubio esse de restituendis rebus eiusdem qualitatis, quia vsusfructus est ius vtendi & fruendi rebus alienis, salua rerum substantia. Per cautionem autem substantia conseruari videtur, dum eiusdem qualitatis res per eam restituuntur. At in rebus, quae vsu non consumũtur, sed aliquo pacto minuuntur, & conteruntur, adeò vt post longum tempus salua quidem rei substantia sit, verum fortè non eiusdem aestimationis, ac precij; in his, inquam rebus, vsusfructus optimè consistit. Et si restituantur finito vsufructu, prout tunc reperiuntur, non deteriores factae dolo, vel culpa fructuarij in eis, bona fide, & secundùm boni viri arbitrium versantis; sed paululum minutae, contritaevè, ac proinde minoris aestimationis effectae, satis suae obligationi fructuarium fecisse crediderim.

CAPVT XLII.

Vtrum ei cui vsusfructus relictus est earum rerum, quae vsu consumuntur, cautio à testatore remitti possit?

Petrus & Cynus in l. 1. C. de vsufru. existimarunt, cautionem remitti vsufructuario posse à testatore in ijs rebus, quae vsu consumuntur; veluti pecuniae, vini, olei, frumenti, & similium, secuti eandem sententiam sunt, Andreas Siculus in consl. 64. lib. 2. Ancharanus, Panormitanus & Collectar. in c. vlt. de pign. & Alexander quem nemo citat in consi. 120. nu. 6. 7. lib. 7.

Fundamentum ponunt in eo, quod ratio legis prohibentis hãc cautionem remitti, cesset in ijs rebus, quae vsu consumuntur. Fauor scilicet haeredis, & ne fructuario detur occasio delinquẽdi. Hodie enim hoc iure vtimur, vt testator possit legibus derogare, quae ad haeredis fauorem & commodum spectant. Potest enim haeredi auferre legis falcidiae beneficium, vt in Nouella de haeredibus & falcidia. Occasio autem delinquendi cessare videtur in ijs rebus, quae vsu consumuntur, quoniam earum dominium in fructuarium transfertur, vt in l. Si vini. ff. de vsufruct. ear. rer. quae vsu consumuntur.

Sed contrarium docuerunt Ioan. Imolen. in c. vlt. de pign. circa finem, Bartolus, Baldus, Fulgosius & Castrensis in d. l. 1. C. de vsufru. nec non Pinellus ad l. 1. C. de bonis mater. in 2. parte, post nu. 76.

Et istis ego assentior. Primùm ex generali iuris regula. Nemo potest facere quin leges locum habeant in suo testamento. l. Nemo potest. de legatis primo.

Nec obstat, quod dicitur testatorem prohibere posse, ne lex falcidia locum habeat, quia id non est producendum ad consequentias. Non enim si in vno vel altero casu id permissum est, ad omnes alios producendum videtur. l. Ius singulare. l. Quod verò. ff. de legib.

Secundò ex l. 1. C. de usufr. Seuerus & Antoninus: *Si vsusfructus omnium bonorũ, vxoris testamento, marito relictus est, quamuis cautionem à te prohibuerit exigi, tamen non aliter à debitoribus, solutam pecuniam accipere poteris, quàm oblata, secundùm formam Senatusconsulti, cautione.*

Hic agitur de vsufructu pecuniae, vt patet ex illis verbis: *solutam pecuniam*, & ex mentione facta Senatusconsulti. Illud enim habet locum in vsufructu earum rerum, quae vsu cõsumuntur. l. ff. de vsufruct. earum rer. quae vsu consum. in vsufructu aliarum rerum locus est cautioni ex edicto Praetoris.

Postremò ex l. Si pecuniae. ff. vt in possess. legato. Iulianus: *Si pecuniae numeratae vsusfructus legatus esset, & in testamento cautum, ne eo nomine satisdaretur, proprietas legata non est, sed legatario permittendum est satisdare, & vsumfructum pecuniae habere. Et propterea in hac propositione nullae Praetoris erunt partes, quia nisi satisdetur, agi cum haerede non poterit.*

Hic vides remitti non posse cautionem, quia textus dicit, *nisi satisdetur, agi cum haerede* non posse, & loquimur de vsufructu pecuniae numeratae.

Ad argumentum contrariae sententiae respondeo, rationem legis esse, quia nemo potest facere, quin leges locum habeant in suo testamento, quae ratio locum habet etiam in vsufructu earum rerum, quae vsu consumuntur, vt patet. Et cùm in his terminis leges sint apertae, frustrà generales quaedam rationes opponuntur.

CAPVT XLIII.

Cautio in vsufructu earum rerum, quae vsu consumuntur, an sit de substantia vsusfructus?

Non puto esse de substantia, vt verbis vtar vulgaribus, cautionem in vsufructu earum rerũ, quae vsu cõsumuntur, quia si de substantia esset, omitti non posset. Omitti verò posse palam est ex l. 5. §. Hoc Senatusconsultum. ff. de vsufru. ear. rer. quae vsu consum. & ideo assentior Pinello ita docenti post Accurs. Azonem, Immolensem, Fabrum & alios, quos ipse citat ad l. 1. C. de bonis maternis in 2. p. nu. 78.

Contrarium docuerunt Bart. in l. 1. nu. 12. C. de vsufr. Baldus, Salicetus & Fulgosius ibid. Ias. ad l. 1. nu. 125. de leg. 1. & ibidem Alciatus num. 32. Socinus iunior in cõs. 72. num. 3. lib. 2.

Fundamentum statuunt in l. 2. de vsufruct. earum rerum, quae vsu consum. *Sed de pecunia*, Inquit textus, *rectè caueri oportet ijs, à quibus eius pecuniae vsusfructus legatus erit, quo Senatusconsulto non id effectum est, vt pecuniae vsusfructus proprius esset. Nec enim naturalis ratio authoritate Senatus mutari potuit, sed remedio introducto coepit, quasi vsusfructus haberi.* Et in §. Constituitur. inst. de vsufruct. *Sed vtilitatis causa*, inquit, *Senatus censuit posse etiam earum rerum vsumfructum constitui, vt tamen eo nomine haeredi vtiliter caueatur, &c.*

Respondeo, cautionem quidem hoc efficere, vt vsusfructus videatur haberi earum rerũ, quae vsu consumuntur, sed iam quaestio est, an talis cautio ita substãtialis sit, vt sine ea vsusfructus obtineri non possit: Et placet, quia quilibet renunciare potest ijs quae in fauorem suum introducta sunt, si non exigatur haec cautio, nihilominus vsumfructum impropriè dici, ex quo consequitur nõ esse de substantia: potest enim haeres fructuarij fidem secutus ei pecunias vtendas, & reliqua, quae vsu consumuntur, permittere, ac tradere absque cautione, finitoque vsufructu, ipsam quantitatem, vt Sabinus dicebat, condicere.

CAPVT XLIV.

Operis noui nunciatio manifestè iniusta, an impunè contemni possit ad l. 1. ff. de operis noui nunc.

Vlpianus in l. 1. ff. de operis noui nunc: *Hoc edicto*, inquit, *permittitur, vt siue iure, siue iniuria opus fieret per denunciationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio, eatenus, quatenus prohibendi ius, is qui nũciaret, nõ haberet.* Et in l. Praetor ait.

§. Interdictũ. ff. eod. *Qui igitur facit, inquit, & ius faciendi habuit, tamen contra interdictum Prætoris facere videtur, & ideo destruere cogitur.* Et in §. Ait Prætor, eadem lege, *quod factum est, inquit, iubet restitui, neque interest iure factum sit an non, siue igitur iure factum est, siue non iure factum est, interdictum locum habebit.*

His Vlpiani respõsis consentaneũ est, quod idẽ scribit in l. 1. §. Parui. ff. Quod vi aut clam, ibi: *Et paruus refert, vtrum ius faciendi habuit an non, siue enim ius habuit, siue non, interdicto tamen tenetur propter hoc, quod clam fecit.*

Nec his absimile est quod Paulus scribit in l. Sed eximendi. §. penul. ff. Ne quis eum qui in ius vocat. est, vi eximat. *Item si quis eum qui per calumniam vocabatur exemerit, constat eum hoc edicto teneri.*

Quibus testimonijs adductus sententiam Alberici valde probabilem esse indicaui, existimantis operis noui nũciationem haudquaquam sperni posse, licet manifestum sit non iure factam esse. Præsertim verò locum habere hanc sententiam puto, cùm iuramento calumniæ nuncianti præstito inhibitio à Prætore facta est, iuxta l. De pupillo. §. Qui opus nouũ. ff. de op. no. nunc. Etsi enim manifestum sit, nũciationem iniustam esse, & eum cui nunciatur iure ædificare, non potest tamen sua authoritate is, cui nunciatum est, nunciationem factam contemnere, sed vel remissionem obtinere debet, vel præstita satisdatione sibi prospicere l. Prætor ait. §. Deinde ait. ff. de op. no. nunc.

Contrarium docuerunt Baldus, Iason, Ruinus, Crotus, Alciatus & alij in explicatione d. l. 1. ff. de op. no. nun. sed eorum argumenta nihil obstant.

Primum est, Difficilius aliquid tollitur postquam factũ est, quàm fieri prohibeatur l. Pater furioso. ff. de his, qui sui vel alie. iuris sunt. Sed cùm constat nunciantem opus nouum, ius nunciandi non habere, remittitur prohibitio iam facta, ergo multò magis nunciatio, siue prohibitio ab initio contemni potest.

Respondeo, argumentum fallaciam continere, vt Iason quoque fatetur, quia sine dubio nunciatio fieri prohibetur, si nullum nunciandi ius competat, sicut & eo in casu, nunciatio facta remittitur, sed hoc à Prætore cognoscendum est, non ab eo cui nunciatur. Licet enim ita sit, non debet Prætoris maiestatem contemnere, sed remissionem impetrare, iura sua deducendo apud ipsum Prætorem.

Secundum argumentum, leges non permittunt aliquid iniustum. l. Meminerint. C. Vnde vi. & prætor id maximè non debet permittere, qui æquitatem ante oculos habere debet. l. quod si Ephesi. ff. de eo, quòd certo loco. Sed nisi recipiatur hæc interpretatio, leges videntur iniqua permittere, vt nimirum is qui nullum habet ius nunciandi opus nouum, prohibeat ædificantem, Ergo recipienda est interpretatio ista, vt nunciatio sperni possit: si notorium sit ei qui opus nouum nũciauit, non competere ius nunciandi.

Respondeo, id iniquum non esse, qui vtrum habeat ius ædificandi, necne, is cui nouum opus nunciatur, à Prætore iudicandum & decernendum est, remittendaque erit à Prætore nunciatio eatenus, quatenus is qui nunciauit, ius nunciandi non habuerit. Non igitur sibi quisquam ius dicere debet, & magistratum contemnere. l. Non est singulis. de reg. iuris.

Tertium argumentum est à simili. Spoliatus ante omnia restituendus est l. Si quis ad se fundum. C. vnde vi c. In literis de restit. spõl. Veruntamen si notorium sit, nullum ei ius competere, restituendus non est. c. Ad decimas de restit. spol. lib. 6.

Rursus aduersus tres conformes sententias, nullitatis exceptio opponi non potest, ad impediendam executionem Clem. vt calumnijs de re iud. Veruntamen si notoria sit nullitas, potest; vt notat Alex. in cons. 77. nu. 16. & cons. 106. in fine, lib. 5. Romanus sing. 291.

Rursus, Ex quacunque causa vocatus ad iudicẽ venire A debet. l. 2. ff. Si quis in ius voca. non ierit. Veruntamen is qui extra territorium vocatus est, non tenetur venire. l. vlt. ff. de iurisd. om. iud. quia scilicet manifestum est, vocari non potuisse.

Ad hæc & similia, quæ adferri possunt exempla, & argumenta rñdeo, vt maximè vera sint, quod nunc non dispuro, nõ pertinere ad qõnem nostram. Nã non probát, quempiam sibi ius dicere posse, vel Magistratum, aut Edictorum eius authoritatẽ contemnere posse sub colore iuris sui notorij. Et cùm de magistratu loquimur, simul præsupponimus eum, cui nouum opus nunciatur, subiectũ esse iurisdõni, & Imperio eius; ac proinde illud exẽplum de non subdito, cui aliquid præcipitur à magistratu non suo, longè à proposito nostro alienum est.

Quartum argumentum sumitur ex legibus, quib. apertè dicitur, quandoque non valere ipsam noui operis nunciationem, vt in l. 1. §. Quod si quis in mari. in l. De pupillo. § Si quis riuos. & §. Si plurium. & in l. Qui viam. ff. de
B op. no. nun. & alibi.

Respondeo, in casibus in quibus iure constitutum est, nunciationem fieri non posse, eam quoque nullius esse momenti, quia fit lege, eã fieri prohibente. l. Non dubiũ. C. de legib. Non ergo obligauit eum cui nunciatur, nullum effectum pariet, nullum impedimentum præstabit. c. Non præstat impedimentum. de reg. iuris, lib. 6. Sed de his speciebus, quæ legibus cõprehensæ sunt, nostra quæstio & conclusio accipienda non erit.

CAPVT XLV.

Aedificans spreta noui operis nunciatione, an demoliri cogatur, cùm litem super negocio principali contestatus est?

C SI is, cui opus nouum nunciatum est, ante remissionẽ ædificauerit, deinde ceperit agere, ius sibi esse ita ædificatum habere; Prætor actionem ei negare debet, & interdictũ in eum, de opere restituendo reddere. Ita respondit Vlpianus in l. 1. §. Sed si is. ff. de noui oper. núc.

Cæterùm hic controuertitur. Quispiam spreta operis noui nunciatione ædificauit, deinde cum aduersario litem super negocio principali contestatus est, scilicet an liceret ædificare necne, Vtrum ante omnia ædificiũ demoliri debeat, & in eum competat interdictum de opere demoliendo, priusquam de ipso principali negocio, hoc est, iure ædificandi cognoscatur?

Respondet Ias. ad l. j. nu. 3. in 4. lim. ff. de oper. no. nun. de toto principali negocio prius cognoscendum esse, nec ante omnia ædificium demoliendum; quoniam ea quæ dicuntur attentata, reuocari debent ante litem contestatam super causa principali. Iudex enim qui de meritis causæ cepit cognoscere, super illis pronunciare debet, nõ autem super attentatis, secundum Baldi sententiam, in
D cons. 245. nu. 2. lib. 2. quam ante eum Speculator habuit in tit. de Appellationibus. §. Nouissimè, circa fidem.

Sed quoniam sententia hæc Baldi magnoperè controuersa est, prius eam examinare oportet, quàm proposita quæstio à nobis decidatur. Præiudicium enim illa continet huius principalis quæstionis: si vera est sententia Baldi, rectè Iason monet, si falsa est, Iasonis quoque sententia falsa erit.

Igitur à sententia Baldi & Speculatoris alij sunt, quos commemorat Iacobus Menochius, de recup. possess. remedio 17. nu. 37.

Argumenta verò sunt ista. Primum ex c. Significante. de appellat. vbi vertebatur quęstio, an liceret alibi, q̃ in stallis Decani & Capituli carnes vendere. Et cum lite pendẽte carnes in alijs stallis venditæ essent, institit Decanus & Capitulũ, vt quod factũ fuerat, velut attentatũ reuocaretur, sed rñsum fuit, id peti non potuisse, quibus iudicibus ex consensu partium, certus erat constitutus

dies ad

dies ad litigandum, ſuper ipſo negotio principali; quod A reſponſum cùm iudices non admitterent, ſed potius reijcerent, fuit ad ſedem Apoſtolicam appellatũ, & S. Pontifex pro appellante pronunciauit.

Secundum eſt ex l. 1. §. Non ſolùm. ff. vt legator. nom. cauea in illis verbis: *Planè, ſi quis omiſſa ſtipulatione, litem de legato conteſtatus ſit, probandum eſt ceſſare debere ſtipulationem.*

Tertium argumentum eſt ex c. 1. de reſtit. ſpoliat. vbi dicitur, quanquam ante omnem contentionem poſſeſſio violenter ablata ſit reſtituenda, tamen quia ſpoliato conſentiente, pars aduerſa conſtituit ſe legitimè probaturam de ſuo iure, S. Pontifex reſpondit, veritatem eſſe ſuper eo inquirendam.

Quartum eſt ex regula vulgari ſed brocardica. Quãdiu ordinarium ſupereſt auxilium, non eſt ad extraordinarium recurrendum. Eſt autem ordinarium auxilium ipſius cauſæ principalis deciſio: Extraordinarium verò, attentatorum reuocatio. Ergo de cauſa principali cognoſcendum videtur omiſſis attentatis. B

Contrarium docuerũt Io. Andr. Geminianus & Ancharanus in c. Non ſolùm de appell. lib. 6. & alij quos refert & ſequitur Menochius de recup. poſſeſſ. remedio 17. nu. 37. Lancellottus de Attentatis in 3. par. c. 23. nu. 9. vbi etiam refert deciſionem Rotæ Romanę 25 aliàs 185. Licet pars rea. de appellat in nouiſſ.

Argumenta ſunt iſta. Primum, quia per litis conteſtationẽ non ſolet deterior fieri conditio eorũ, qui litẽ conteſtati ſunt. l. Non ſolet. l. Nemo enim. de reg. iur.

Secundùm eſt ex c. Nõ ſolùm, de Appel. li 6 quatenus textus dicit, attẽtata ſemper ante omnia reuocanda eſſe.

Tertium argumentum eſt, quia etiam in interdicto Vnde, vi ſpoliatus ante omnia reſtituendus eſt, licet ſuper petitorio lis fuerit conteſtata, Clem. 1. de cauſa poſſeſſ. & propriet. ſecundum communiorem ſententiam, teſte Ripa in l. Naturaliter. §. Nihil commune, nu. 161. ff. de acq. poſſeſſ.

Ego poſteriorem hanc ſententiam probabiliorem iudico, quia pro ea iuris regulæ pugnare videntur. Attentata inprimis reuocanda eſſe. Spoliatum ante omnia reſtituendum; Pro contraria verò ſententia nullum ſolidum argumentum adfertur.

Primum enim ex cap. Significante, de appellat. nihil obſtat. Ratio enim deciſionis illius eſt, quia cùm de conſenſu partium coram iudicibus ad litigandum ſuper ipſo negotio certus dies ſtatutus fuiſſet; & quantum ad illum diem ſolutum fuiſſet iudicium, præuenire diem ipſum, ac audire partem aduerſam, in tali imploratione (ſcilicet reuocationis attentatorum) abſque conſenſu partis alterius non debebant: de hac facti ſpecie quæſtio noſtra accipienda non eſt.

Secundũ argumentum ex d. l. 1. § Non ſolùm, ideo nõ obſtat, quia loquitur, quando omiſſa ſtipulatio eſt, quę ad cautionem ſcilicet præſtãdam pertinet, non verò loquimur vbi omiſſa non eſt petitio reuocationis attentatorũ, imò pars petijt reuocari attentata, deinde lis conteſtata eſt ſuper negotio principali.

Ad tertiũ ex c. 1. de reſtitut. ſpoliat. rñdeo, S. Pontificẽ loqui, cùm pars cõſenſit, vt de re ipſa principali cognoſcatur, vt patet ex illis verbis, *quia conſenſerit ille*, &c. Talem conſenſum non ſupponimus in quæſtione noſtra.

Ad quartum reſpondeo, vt verum ſit brocardicum illud, quod falſum eſſe aliquando oſtẽdam, nec rectè ad rẽ noſtram applicari, quia nunquam attentata in primis eſſent reuocanda, nunquam ſpoliatus ante omnia reſtituẽdus eſſet: quia ſemper dici poteſt remedium ordinarium ſupereſſe, vt nimirum de cauſa principali cognoſcatur, qua ſanè allegatione nil ineptius allegari poteſt.

His ita conſtitutis, ita puto planum eſſe quid ad propoſitam quæſtionem reſpondendum ſit. Nam reſpondẽdum eſt, ędificium eſſe demoliendum antequam cognoſcatur, an ius ædificandi habuerit is, cui nouũ opus nunA ciatum eſt, iuxta l. 1. §. Sed ſi is. ff. de oper. no. nunc. quam ſententiam contra Iaſonem egregiè defendit eruditiſſimus Siluius Spanochius lib. 4. quæſtionum ad tit. de operis noui nunciatione. Gratiſſima eſt occaſio mentionem faciẽdi D. Siluij. Eſt enim frater Excellentiſſ. D. Angeli Summi profeſſoris Bononiẽſis, & Clariſſ. ac pſtantiſſimi D. Horatij; quibuſcum mihi nõ vulgaris neceſſitudo eſt.

CAPVT XLVI.

Ad l. 5. §. 1. & l. De pupillo. §. Si plurium ff. de ope. noui nunciat.



Lpianus in l. 3. § 1. *Si in loco communi quid fiat, nunciatio locum habebit aduerſus vicinum. Planè ſi vnus noſtrum in communi loco faciat, non poſſum ego ſocius nouum opus ei nunciare, ſed eũ prohibebo, communi diuidundo iudicio vel per Prætorem.*

B Aſſentior Vdalrico Zaſio in 1. parte, ſingul. intell. c. 1. ita hunc textum explicãti, quemadmodum olim Petrus Beſazius, ſocium ſocio, in re communi, nunciare non poſſe nouum opus, ſed vel communi diuidundo iudicio, eum prohibere poſſe, vel per Prætorem, qui videlicet prohibeat ſocium. Hęc eſt illa prætoris cognitio, cuius mentio fit in l. 1. §. 1. ff. de rei vend. & alibi ſæpè. Non eſt officium iudicis mercenarium actioni intentatæ deſeruiens, vt veteres dixerunt.

Ideo ſocius opus nouum nunciare non poteſt, quia certum ius non habet in aliquam partem ipſius rei. Ergo res diuidenda eſt, communi diuidundo iudicio, aut per prætorem inhibẽdum. Hic eſt caſus ſpecialis, in quo nũciatio facta per Prętorem, valet, per ſocium facta nõ valet, licet aliàs & verbo, & per lapillum nunciatio valeat. l. De pupillo. §. Meminiſſe. ff. de ope. no. nunc.

Cæterùm eidem Zaſio, non abſque diſtinctione, aſſentior in explicatione l. De pupillo. §. Si plurium. Vlpianus.

C *Si plurium dominorum rei opus noceat, vtrũ ſufficiet vnius ex ſocijs nunciatio, an verò omnes nunciare debeant? Et eſt verius vnius nunciationem omnibus non ſufficere, ſed eſt ſingulis nunciare neceſſe, quia & fieri poteſt, vt nunciatorum alter habeat, alter non habeat ius prohibendi.*

Communis expoſitio eſt, vnius nunciationem omnibus non ſufficere, id eſt, ſufficere quidem, & prodeſſe nuncianti, ſed non alijs. Itaque ſi vnus tantùm nunciauerit, eius victoria alijs proderit, quia res eſt indiuidua. l. Stipulatio. §. Quæſitum. ff. eod. tit. l. loci corpus. §. Si fundus ff. ſi ſer. vend. ne aliorum negligentia, nuncianti noceat d. l. De pupillo. §. Si plurium. verſ. Neque enim.

At Zaſius contra, lib. 1. ſing. intell. cap 3. omnibus non ſufficere, id eſt, nemini ſufficere, quia negatiua dictio vniuerſali ſigno poſtpoſita, æquipollet ſuo contrario. l. obligari. ff. de autho. tuto.

Reſpondeo, non ſemper æquipollere. Exemplũ affert Alciatus lib. 5. Parergon. c. 17. ex l. Si ſeruus. §. Si plurium. D ff. ſi quis cautio, cui Zaſius non ſatisfacit.

Secundum argumentum eſt, quia nec illi qui nunciauit, prodeſſe poteſt nunciatio, quod ſic oſtenditur. Aut is petit opus deſtrui, aut id quod intereſt. Primum petere non poteſt, quia deſtructio operis non recipit diuiſionẽ, conſequenter pro parte peti non poteſt, vt opus deſtruatur. Non poteſt id quod intereſt petere, quia aut petet id quod ſua intereſt, aut quod aliorum ſociorum intereſt. Commune aliorum ſociorum intereſſe petere non poteſt, quia ſuo tantùm nomine, & pro ſuo intereſſe nunciauit. Proprium autẽ intereſſe petere nequit, quia priuſquam res diuidatur intelligi non poteſt, quæ ſit eius portio in re communi, & non magis ipſius quàm aliorum intereſt. Huc accedat quod ait text. in d. § Si plurium, factum vnius ex ſocijs alijs non nocere, Ergo, inquit Zaſius, nec prodeſſe debet.

Reſpondeo, vt aliàs dixi, communem ſententiam accipiendam eſſe cum diſtinctione. Aut enim opus nouum

omnibus

omnibus dominis quandocunque diuidentibus rem cōmunem, nociturum est, puta si contra debitam seruitutem ædificetur. Est enim indiuidua, & omnibus competent, ideoq; vnus agere potest l. Loci corpus. §. Si fundus. ff. si seru. vend. & hoc in casu vnus potest opus nouū nunciare, & eius victoria alijs quoque socijs proderit. Aut opus nouum omnibus dominis nociturum non est, quandocunque diuidentibus, vel incertum est an nociturum sit, & tunc rectè monet Zasius, & locum habet ratio legis: *Quia & fieri potest, vt nunciatorum alter habeat, alter non habeat ius prohibendi.* Nec enim horum verborum sensus est, quem Accursius putat, dum exemplum adfert, si vnus sociorum pacto consenserit, &c. quia non potest vnus ex socijs pacisci in præiudicium aliorū sed sensus est, quia diuisione facta inter socios rei communis, fieri potest, vt alter præiudicium patiatur ex opere nouo, atque adeò ius prohibendi habeat, alter verò nullum præiudicium patiatur, ac proinde nullum prohibendi ius habeat, quia videlicet alterius parti nocet ędificium, alterius verò parti non noceat, diuisione facta.

CAPVT XLVII.

Ad l. Si prius. ff. de operis noui nunc.

DIssentio ab eodem Zasio, impugnante communem sententiam singul. intell. lib. 1. cap 4. in explicatione l. Si prius. ff. de oper. no. nunc. in illis verbis: *Idemq; è contrario, si cùm agere vellet quis sibi ius esse inuito aduersario altius tollere, &c.*

Doctores communiter illa verba accipiunt de negatoria actione. Zasius contra de confessoria. Fundamentum Doctorum est, quia is qui contendit sibi licere altius tollere, effectu negat se vllam debere seruitutem, & pro libertate agit, quod actionis negatoriæ officium est.

Fundamentum Zasij est, quia seruitus altius tollendi datur & deberi potest, vt patet ex l. 1. ff. de ser. vrb. præd. ibi. *Altius tollendi aut non extollendi, &c.* Vnde cùm Africanus de seruitute altius non tollendi locutus fuerit, subdit de seruitute altius tollendi, *E contrario, &c.*

Non rectè Zasius, quia non est duplex seruitus, altius tollendi, & non tollendi, sed vna tantùm, quòd eleganter Franciscus Conanus explicat lib. 4. commentarior. iuris, cap. 7. ad finem, dum ait: *Has seruitutes ex formulis ipsarum actionum appellatas fuisse, modò aientibus, modò negantibus verbis, prout ab eo cui competerent, aut qui eas deberet nominarentur. Itaque seruitus altius tollendi, aut non tollendi eadem est, quia cùm ago tecum, ius tibi non esse altius tollere, idq; tu negas, nullamq; te mihi debere eo nomine seruitutem asseris, hoc ius altius tollendi, aut non tollendi controuersum est inter nos: ideoq; dicitur hæc seruitus altius tollendi, aut non tollendi: vt eiusdem seruitutis gratia datur actio confessoria & negatoria; idem dicendum in reliquis seruitutib. quas enumerat Caius (in l. 1. ff. de ser. vrb. præd.) in quibus perridiculum fuerit putare esse aliquam seruitutem, qua quis compellatur officere meis luminibus.* Hactenus Conanus.

Rectè Cuiacius & conuenienter communi expositioni tractans hunc locum ad Africanum, tract. 9. *Si agam,* inquit, *ius mihi esse altius ædes extollere iure naturali, figura verborum confessoria est actio, vt ipsa negatoria, quia seruitutem nego ædes meas debere, altius non tollendi libertatem adseri ædibus meis.*

Verum est seruitutem altius tollendi deberi posse iure imposito, vt declarat ibi Cuiacius paulò superius: Verbi gratia, cùm tibi cessissem, ius mihi non esse ædes meas altius tollere, postea tu cessisti ius mihi esse. Nam si contendam nunc mihi ius esse, erit actio confessoria; seruitutem enim mihi assero, quia minuisti ius ædium tuarū, auxisti mearum. l. Si domus. ff. de ser. vrb. præd.

A Sed an de tali specie Africanus loquatur incertum est. Nec illa verba *E contrario, &c.* magnoperè vrgent, quia contrarietas est in hoc quod supra locutus est de eo, qui egit ius vicino non esse ædes altius tollere, nunc verò è contrario de eo, qui egit ius sibi esse altius ædes tollere: Illa confessoria est actio, hæc autem negatoria. Et sicut in illa contumax actoris partes sustinebit, quia non poterit ædificare, nisi prius egerit ius sibi esse altius ædes tollere, ita è contrario in ista contumax actoris partes sustinebit, quia nouum opus cauebit se non nunciaturum, nisi prius probauerit, aduersario ius non esse altius ædificare.

Ast, inquit Zasius, nullam hoc posteriori casu pœnam patietur contumax, etsi probare debeat, vicini ædes non esse liberas, & ideo non liceret altius vicino eas tollere.

Respondeo, hanc pœnam contumacem subiturum, quod eum cauere oportebit, nec opus nouum se nunciaturum, nec ædificanti vim facturum, vt inquit Africa-
B nus: Hæc res pœnam continet satis grauem, quia si nunciare opus nouum posset priusquam ageret, ædificare volentem impediret, donec remissa esset nunciatio.

CAPVT XLVIII.

Ad l. vn. C. de operis noui nunciatione.

GRauis controuersia est, quomodo accipienda sit l. vn. C. de oper. no. nunc. *Sancimus si quis denunciationem emiserit in hac quidem regia vrbe, præfectum vrbi festinare, in prouincia verò rectorem eius intra trium mensium spatium causam dirimere. Sin verò aliquod fuerit quocunque modo ad decisionem ambiguitatis impedimentum: licentiam habere eum, qui ædificationem deproperat, opus de quo agitur efficere: prius fideiussore ab eo dato officio*
C *vrbicariæ præfecturæ, vel prouinciali: vt si non rectè ædificaueris, omne opus, quod post denunciationem fecerit, suis sumptibus destruet.*

Facit controuersiam, quòd anterioribus legibus cautum est, nunciationem seu prohibitionem remitti præstita cautione de demoliendo. l. Stipulatio. §. 1. l. De pupillo. §. Si is cui. l. Prætor. §. Interdum. l. Non solùm. §. Si cū possem. & §. Sciendum. ff. eod. tit. Iustinianus autem hac lege sua statuit tres menses ad expediendam causam, intra quod tempus si causa expediri non possit, tunc primū cautionem præstandam decernit, de opere demoliendo, quod factum erit post nunciationem.

Veteres Glossographi varias attulerunt explicationes. Prima, Iustinianum loqui cùm operis noui nūciatio per Prętorem fit, Superiores autem leges, cùm per nos ipsos fit nunciatio.

Non placet, quia huius distinctionis nullum argumētum adferri potest.

D Secunda, in arbitrio nunciatoris esse, an velit recipere cautionem, si receperit, nunciationem remitti; si non receperit, sed petierit causam expediri, dicens, se iura sua in promptu habere, tunc expectandum esse terminum triū mensium, & si intra illud tempus causa non fuerit expedita, locum esse cautioni de opere destruendo.

Non satisfacit, quia in iudicijs seruanda est æqualitas, quare non magis hæc res ex nunciantis arbitrio, quàm eius cui nunciatio facta est, pendere debet.

Tertia, in arbitrio esse ædificantis, cui fit nunciatio, an velit statim satisdare, & postea ædificare.

Nullo modo recipienda est, quia repugnat verbis textus, Iustinianus enim præfixit trium mensium spatium, vt causa terminetur, quo elapso, tūc primùm cautionem præstandam voluit.

Quarta est solutio, distinguendum, vtrum ædificans locum possideat, in quo ędificat, & tunc admittendum esse statim cum satisdatione, secundum anteriores leges,

si verò

si verò non possideat, tunc seruandum esse quod hac lege constitutum est.

Sed non placet hæc sententia, quia huius distinctionis nullum vestigium apparet, siue anteriores leges spectemus, siue postremam hanc legem Imperatoris Iustiniani.

Quinta sententia est, distinguendum inter publica & priuata ædificia, de publicis ædificijs accipiendam esse Iustiniani legem, cæteras autem leges de priuatis.

Non probatur hæc expositio vlla probabili ratione. Verbis legis indistinctè loquentis repugnat, idcirco mihi placere non potest.

Sexta expositio est Socini iunioris, Ruini, & aliorum, quos sequi videtur Senatus Pedemontanus, apud Antoninum Thesaurum decis. 204. si mora periculum ædificati, ac præiudicium allatura sit, tunc statim cautione præstita de opere demoliendo prohibitionem remitti, secus si periculum allatura non sit; quare in arbitrio iudicis erit, consideratis circumstantijs omnibus, an rem differendam in tempus trium mensium existimet. Priori membro distinctionis suffragari videtur. l. De pupillo. §. Si quis riuos. ff. eod. tit.

Sed cùm nulla fiat à Iustiniano Imperatore huius distinctionis mentio, imò verba legis generalia magnoperè refragari videantur, vix est, vt huic sententiæ acquiescendum putem. Tribuit enim iudicis arbitrio, quod satis clarè ipsa lege comprehensum est, licet vbi mora periculum allatura sit, à regulis iuris discedendum fore non dubitem, vt in d. §. Si quis riuos.

Postrema igitur sententia est, legibus anterioribus, hac Iustiniani lege, hac in parte, aliquantulum esse derogatum, licet enim cautione præstita remittat Prætor operis noui nunciationem, nec quicquam de lite intra tres menses expedienda legibus anterioribus fuerit constitutum, hac tamen Iustiniani lege id apertè sancitum est, vt videlicet priùs iudices studeant intra trium mensium spatium omnem litem dirimere, & interim non ædificetur. Cæterùm, si non possit res eo temporis spatio dirimi, tunc cautione præstita de destruendo opere, ædificari licere vlterius pergere, atque adeò prohibitionem remitti. Ita docent Iason in l. 1. nu. 15. ff. eod tit. Andreas Geyll. lib. 1. obseruat. 16. nu. 17.

Hæc sententia mihi maximè probatur; Verbis Iustiniani consentanea est, & nullum absurdū continet. Nec enim absurdum est, quæ prioribus legibus cōstituta sunt adiuuare, supplere, moderari, & in nouam formam quodammodo redigere id; quod maximè semper facere solitus sum. Hanc legem ita S. Pontifex accepisse videtur in c. pen. & vlt. de ope. no. nunc. cùm ait: *Is cui opus nouum nunciatum est, non obstante cautione, quæ ab ipso offertur de opere destruendo, si non iure ædificatum existat, tenetur te per trium mensium spatium expectare, iuris tui præiudicium probare volentem, &c.*

CAPVT XLIX.

Vtrum minor XXV. annis restituendus sit aduersus spretam operis noui nunciationem.



Ccursius in l. 1. §. Nunciatio. ff. de operis noui nunc. negat minorem annis XXV. restituendum esse aduersus spretam operis noui nunciationem, quoniam restitutio esset ei inutilis. Est enim restitutio in pristinum statum repositio, Ergo ædificium demoliendum esset, vt in pristino statu res esset. Ad hunc tamen effectum, vt aduersarij sumptibus ædificium destruatur esse cōcedendum in integrum restitutionem, responderunt Riminaldus senior in consi 427. nu. 51. & Natta consi. 17. nu. 6.

Sed non puto istos audiendos esse, quia cùm quęritur an minor restituendus sit aduersus contemptam nūciationem, non illud quæritur, an sit ædificium demoliendum, & ad hunc effectū concedenda restitutio: id enim

A inutile est minori, & ridiculum: sed hoc quæritur, an minor præstare possit, nunc cautionem de opere demoliendo, quam tunc ei cùm nunciaretur nouum opus, præstādo ædificare potuisset, ad hunc scilicet effectum, vt non statim ædificium destruatur, sed data cautione prius de iure minoris cognoscatur, an licuerit ei opus facere, & simul de iure aduersarij.

Bartolus in l. 1. §. Nunciatio. ff. eod. tit. minorem putat restituendum, vbi constat eum iustè ædificasse. Sed non satisfacit mihi, quia id cognosci non potest, sed inprimis demoliendum est opus l. 1. §. Sed si is. ff. eod. tit. nisi restituatur in integrum.

Ruinus in d. §. Nunciatio. nu. 77. vers. Vel fortè restituendum minorem docet, vt cautionem præstet, & ea præstita audiatur, & res definiatur, argum. l. Minor 25. annis omissam. ff. de minoribus.

B Sed Alciatus eundem locum tractans nu. 66. hanc sententiam impugnat, ea ratione, quia aduersarius minoris dicere potest causam expediri potuisse intra spatium triū mensium, & ideo cautionem non fuisse necessariam, secundùm l. Vn. C. de ope. no. nunc.

Verùm sententia Ruini placuit doctissimo Oddo de restitut. in integr. parte secunda, quæstione 80. artic. 3. & mihi quoque placet, quia minor læsus ob omissam allegationem in integrum restituendus est d. l. Minor 25. annis omissam: sed hic minor omisit cautionē, quam præstare potuisset: ergo per in integrum restitutionem ea præstita, audiendus est.

Argumentum Alciati in alijs qui sunt maiores 25. annis locum habere potest, non in minoribus, quibus speciale auxilium restitutionis cùm indulgetur, simul & ea concedi debent, sine quibus in integrum restitutio vtilis esse non potest.

CAPVT L.

C *Ad l. Vn. ff. de remissionibus.*



It Prętor quod ius sit illi prohibere, ne se inuito fiat, in eo nunciatio teneat. Cæterùm nunciationem missam facio: sed hoc titulo remissiones proponuntur, & verba Prætoris ostendunt remissionem ibi demum factam valere, vbi nunciatio non tenet. Nūciationem ibi demum voluisse Prætorem tenere, vbi ius est nuncianti prohibere, non se inuito fiat. Cæterùm, siue satisdatio interueniat, siue non, remissio facta hoc tantum remittit, si quo non tenuit nunciatio. Verba sunt Vlpiani in l. 1. de remissionibus. Sic enim affirmant legendum esse ex Pandectis Florentinis, Antonius Augustinus lib. 1. Emendationum, cap. 3. & Iacobus Cuiacius lib. 1. obseruat. c. 16.

D Cæterùm in eodem capite subiungit Cuiacius, cùm Vlpianus dicat: *Item Iuliano placet fructuario vindicandarum seruitutum ius esse, secundùm quod opus nouum nunciare poterit vicino, & remissio vtilis erit; ipsi autem domino prædij, si nunciauerit, remissio inutilis erit,* subiungit, inquam, Cuiacius, Iuliani sententiam referri tantùm ab Vlpiano, sed nōn probari, quia vsusfructuarius nec nunciare nouum opus suo nomine potest l. 1. §. Vsusfructuarius. ff. de oper. nou. nunc. nec seruitutem vendicare. l. 1. ff. Si vsusfructus petatur.

Rursus putat corrigendum textum, cùm ait, si fructuarius opus nouum vicino nunciauerit, remissionem vtilem esse. Et legendum putat inutilem esse, quia tunc est vtilis remissio, cùm nunciatio non tenet: Igitur vbi nunciatio tenet, inutilis est remissio. Rursus dum ait tex. *Ipsi autem domino prædij, si denunciauerit, inutilis erit remissio* legendum putat, *vtilis erit,* quia vbi nunciatio non tenet, vtilis est remissio.

Cæterùm hæc non probāuit Roberto Aureliano li. 2. receptar. iuris Ciuilis lectio. c. 12. nec Duareno ad tit. de oper.

oper.nou.nunc.Prælect.6. nec Hotomano responsorum amicab.lib.2.cap.16.

Isti docent Iuliani sententiam Vlpiano probari, sed ita accipiendam, vt vsufructuarius non suo nomine, sed nomine domini nunciare possit, iuxta l.1.§.vlt. ff. de op. no. nunc. Et licet fructuarius ius non habeat vendicandarum seruitutum directum, vtilem tamen vendicaoonem habet.l.Si vsusfructus.ff.de aq. plu.arcen.

Quod verò attinet ad illa verba textus, quæ corrigenda putauit Cuiacius, ipsi existimant nihil esse mutandũ, quia sensus legis est, si fructuarius opus nouum vicino nunciauerit, vtilem esse remissionem, id est, necessariam. Nam valet tunc nunciatio conseqoenter prodest, & vtilis est remissio. Cęterum, vbi non tenet nunciatio, ibi remissio est inutilis, id est, superuacanea, & nullam adferens vtilitatem, vtpotè noo necessaria, cùm ipsa nunciatio non valeat.

Mihi hæc posteriot interpretatio aduersus Cuiacium maximam videtur habere veri similitudinem, etenim B verbis legis consentanea est, & nullam continet absurditatem.

Ad argumentum Cuiacij respondeo, non dicit textus in superioribus verbis vtilem esse remissionem, vbi nunciatio non tenet, & cõtrà, inutilem vbi nunciatio tenet; sed textus dicit, remissionem factam valere, vbi nunciatio non tenet. Rectè, quia nunciatio remittitur, quatenus is qui nunciauit, ius nunciandi non habuit.l.1. ff.de oper.nou.nunc. Itaque si iure sit nunciatio, non valet remissio. Contrà remissio valet, si non iure nunciatio facta sit.

Cæterùm, quod attinet ad fructuarium, magis probo sentenoam Cuiacij, quia Vlpianus in l.1. ff. si vsusf.pet. amplectitur sententiam Labeonis & sequacium, existimantium fructuario non competere ius vendicandarũ seruitutum. Huic autem repugnat sententia Iuliani, cuius facit mentionem in d.l.1. de remission.

Huc accedat quod Vlpianus dicit, *& secundum hoc*, id C est, secundùm hanc Iuliani sententiam, fructuarius poterit opus nouum nunciare, quod est falsum, quia nõ potest; nisi nomine domini l.1.§ vlt.ff.de op.no.nunc.

Nec obstat l.Si vsusfructus.ff.de aqua plu. arcen. quia loquitur de actione aquæ pluuiæ arcendæ, nec de vtili actione Iulianus sensisse videri potest, cùm dixit, fructuario ius competere vendicandarum seruitutum, vt in d.l.1.de remission.

CAPVT LI.

Vtrum fideiussor, qui in maiorem summã se obligauit quàm deberetur à reo principali, teneatur saltem vsque ad summam debitam.



Dnectam hic paucula quoqoe de fideiussoribus controuersa; & sibi primum vendicabit locum celebris, & sępe agitata quæstio de fideiussore, qui se in maiorem summam obligauit, an saltem teneatur in summam verè debitam. Cõis est veterum opinio, nõ teneri. Vide Bart.& alios ad l.Græcè.§ Illud. ff. de fideiussorib.

Contrarium docuit Alciatus lib.5. parergon, cap.17. Duarenus in tit. de fideiussorib.cap.3. nouissimè Fornerius select.lib.3.cap.11.

Eandem sententiam, & ipse secutus sum, nonnunquã docendo, disputandoque, nunc verò communem antiquorum sententiam amplector. Rationem adferam, si prius testimonia indicauero, quibus vtraque sententia defendi solet.

Communis sententia, quæ fideiussorem teneri negat, fundamentum habet in d.l.Græcè.§.Illud.ff. de fideiuss. dum textus ait: *Omnimodo non obligatur.*

Contrariæ sententiæ fuodamentum est primùm, quia non ita legendum sit in d.§.Illud, sed *omnino non obliga-* A *tur.* Secundò, quia illa negatio postposita signo vniuersali, non semper ęquipollet suo contrario, vt patet ex l. Si seruus.§.Si plurium.ff. si quis cautio Tertiò, in l.Rogatus 33.ff.mand.in l.Si vltra. C. de fideiuss.in l.17.§.Mulier.ff.ad Velleian.io l.Sine.ff.de iure dotium, in l. Si totus.ff.de fideiussorib.

Sed cur sententiam priorẽ, istis noo obstantibus, nunc amplectar, fecit doctissimus Conanus, qui ita apertè hãc sententiam argumentis contrarijs refutatis euincit, vt cuilibet veritatis studioso & amanti persuadere possit, id ita esse. Reddam ipsius verba elegantiæ plena & eruditionis. Is lib.6.commentariorum iuris, cap.6.num.8. sic ait: *In iudicijs tamen, quod ad summas attinet, minor videtur esse in maiore, & qui poscenti X. spondet V. in V. erit adstrictus, vt placet Vlpiano: Fideiussoris alia ratio est, qui non constituit obligationem per se, sed ei accedit. Ideo minus polliceri quàm debitor, dum illud quod promittit sit pars prima obligationis; maius aut aliud, nõ potest. Nec enim quod maius est, accedere ei quod est minus, potest; nec pars esse* B *totius, quod aliud est à toto. Quapropter in hac ipsa lege & sequenti Themate negat ex Marcelli sententia Vlpianus fideiussorẽ obligari, qui pro Stichi debitore promittit Stichũ, aut X: non solum quia durior est fideiussoris causa, sed magis quod alia est à principali: veluti si pro eo qui scyphum aureum promisit, ego adpromittam argenteum, leuior est causa mea obligationis: neque tamen valet, quia separatam habet rationem à prima, nec eius omnino pars esse potest. Ex quo dicendum videtur, non esse iustam fideiussionem eius, qui pro eo qui debet XV promittit XX. quoniam hęc summa in illa esse non potest. Quod si nec eadem summa est, nec pars eius, relinquitur alterius rei & summæ factam esse fideiussionem, & propterea nullius esse momenti. Atq; in alijs speciebus expeditum est, vt non obligetur fideiussor, qui purè vel breuiori die spopondit pro eo, qui sub conditione, vel in longiorem diem tenebatur. At ista comparat Iustinianus, & eodem iure censet; Fideiussores, inquit, ita obligari nõ pos-* C *sunt, vt plus debeant, quàm debet is pro quo obligantur. Nã eorum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest, quàm in principali re. At ex diuerso vt minus debeant obligari possunt. Itaque si reus X. aureos promiserit, fideiussor in V. rectè obligatur. Contra verò obligari non potest. Præterea nulla est Imperatorum Constitutio, nullum Iurisconsultorum responsum, quod dicat fideiussorem in duriorem causam acceptum teneri in eo tantum, & quatenus reus ipse est obligatus, quod omissum non fuerant. Est enim cognitione dignissimum, & magni in hac materia ponderis. Imò verò apertè ac dilucidè vbique dicunt non obligari. Et Vlpianus dicit, ne quis relinqueretur hac de re scrupulus, eum commodè non obligari.*

Et post pauca hæc subijcit, respondens ad l.Si vltra.C. de fideiusso.& ad l. Rogatus.ff.mandati. Nã cætera quæ superiùs attulimus testimonia, nulla egeot confutatione, quia ad rem non faciunt.

Quod si contra formam iuris est fideiussio, inquit Cona D nus, *quę iniquiore est conditione, certè nulla in parte valere potest. Atque hac in fideiussore, qui propriè dicitur, qui interuenit post cõstitutam obligationem debitoris, ad quam omnino accommodandus est, vt minus vel tantum quantum reus ipse promittat, nihil pręterea. In fideiussore, qui pręcedit obligationem, quem propriè mandatorem dicimus, secus est dicendum. Nam antecedentem fideiussionem interpretatur, & pro arbitrio limitat subsequens obligatio, sic vt ad illam hęc nihil possit addere, detrahere de ea aliquid & diminuere valeat. Veluti si mandaui tibi, vt X. aureos crederes Menio Calendis Ianuarijs reddendos, tu quinque tantum dedisti, aut X. reddendos longiore tempore puta Calendis Martijs, quamuis aliud mandaueram. Sed in eo tu nihil fecisti contra mandati legem, cum feceris conditionem meam meliorem. Fideiussores enim & in partem pecuniæ, & in partem rei rectè accipi possunt, vt ait Pomponius. Sin dedisti Menio XV. præsenti die reddendos, tamen sum obligatus, quatenus mandaueram, vt X.*

tibi

tibi restituam Calendis Ianuarij. Mandatum enim meum posttrahitur adaptaturq́, contracta obligationi, cuius portio quædam est, aut potiùs ad partem eius tantùm refertur, & eatenus obligor, vt si postquam Titio XV. aureos Calendis Martijs soluendos mutuasti, interponam fidem meam pro X. aureis reddendis Calendis Martijs, obligatus sum promissione mea, cùm minus contineat, quam prima cui accedit, & melioris conditionis sim, quam reus ipse. Et post pauca: *Hac ratione fundatum est, quod Iulianus respondit. tit. Mandat. l. Rogatus, &c. & Diocles. & Maxim. in l. Si vltra. C de fideiussor.* Sic ille, cui rectè monenti & assentior, & ab omnibus etiam studiosis in hac disciplina legali gratias habendas existimo.

CAPVT LII.

An exceptio excussionis competens fideiussoribus ex Nouella Iustiniani dilatoria sit, & necessariò ante litem contestatam proponenda.



EXceptionem excussionis Doctores multi dilatoriam esse censuerunt, & idcirco ante litem contestatam proponendam iux. l. Exceptionem. C. de probation. c. Inter monasterium, de sent. & re iud. Alij anomalam esse dicunt, & ideo tam ante, quàm post litis contestationem obijci posse. Alij dilatoriam esse fatentur, & ante litis contestationem opponendam, sed tamen & si non fuerit opposita, condemnandum non esse fideiussorem, nisi probet actor inopiam principalis debitoris. Vide Bartolum in l. 3. ff. de except. Portium comm. opinionum lib. 1. conclus. 41. in 3. Ampl. Antonium Gabriel. commun. concl. tit. de fideiussorib. conclus. 1. nume. 12. Andream Geyll. lib. 2. obseruat. 27. nu. 3.

Ego sic me breuiter expedio, hanc esse dilatoriam exceptionem, & consequenter ante litis contestationé opponendam esse. Nam exceptio dilatoria est, quæ differt actionem, ad tempus nocet, & temporis dilationem tribuit. l. 2. ff de except. §. Appellantur. Instit. eod. tit.

Eiusmodi hæc est, quia differt actionem, donec facta sit excussio principalis debitoris.

Fundamentum contrariæ sententiæ est, quia fideiussor non simpliciter obligatus videtur, sed sub ista conditione, quatenus à principali debitore non exigatur. Hic enim videtur effectus huius beneficij excussionis prius faciendæ ex bonis debitoris.

Respondeo, id non rectè dici, quia nullam obligationi fideiussoris conditionem iniecit excussionis exceptio, quam concessit Imperator Iustinianus, imò purè obligatus est fideiussor. Veruntamen vti exceptione hac potest, quæ cùm dilatoria sit, meritò ante litis contestationem opponenda est.

CAPVT LIII.

Excussionis exceptio an locum habeat cum causa ex bono & æquo, puta inter mercatores, vel coram arbitratore, vt loquuntur, vel sine strepitu & figura iudicij sola facti veritate inspecta cognoscenda est.



TRactant confusè hanc quæstionem nostri Doctores, nec est eadem omnium sententia. Vide Baldum ad l. Si mancipium. §. 1. ff. de Euict. Aretinum in §. Item si quis in fraudem, numero 10. versi. Quarto statuto cauetur de except. & ibidem Iasonem num. 78. Socinum seniorem in consi. 24. lib. 1. Alexandrum ad l. Si constante, col 9 ff. sol. matr. Gabrielium lib. 3. comm. conclu. tit. de fideiussorib. concl. 1. num. 71. Straccam de mercatura, tit. quomodo in causis mercator. procedatur numero 8.

A Andream Geyll lib. 2. obser 27. nume. 26. Decisionem Genuensem 90 Decisionem Pedemontanam Thesauri 25. Menochium de arbitr. iudicum, quæst. 51. Nattam consilio 251

Ex his aliqui negant excussionis exceptionem in his casibus, quos proposuimus locum habere, quia ex iuris apicibus esse videtur.

Alij affirmant locum habere, quia non tam ordinem iudicij respiciat, quàm partis beneficium.

Alij hac distinctione vtuntur, vt siquidem fideiussor ea nitatur exceptione ad iudicium infirmandum, quasi nullum sit, & tunc nequaquam admittenda sit. Sin autẽ ad alium finem, nimirum ne ipse cogatur soluere, sed prius debitor excutiendus sit, & tunc admittenda sit.

Ego verò totam hanc controuersiam explicari commodè & solidè existimo, propositis aliquibus conclusionibus in hunc modum.

Prima conclusio: Inter mercatores qui argentarij seu
B argenti distractores appellantur, locum non habet excussionis exceptio. Ita statuit disertè Imperator in Nouella de fideiussoribus & mandatoribus ad finem.

Secunda conclusio. Si inter alios mercatores res agatur, locus est huic constitutioni de excussione facienda. Probatur, quia Imperator in d. Nouella excipit tantùm argenti distractores. Ergo in alijs mercatoribus firma manet constitutio.

Tertia conclusio. Vbi summariè, simpliciter, sine figura iudicij procedendum est, locum habet excussionis exceptio. Probatur, quia in huiusmodi causis cautum est, exceptiones dilatorias & frustratorias reijciendas esse. Legitimas verò exceptiones admittendas, vt habetur in Clem. Sæpe, de verb. sign. Sed exceptio, qua de agitur, legitima est, & iusta à Iustiniano tributa iustas sanè ob causas, vt habetur in d. Nouella de fideiussorib. & mandatoribus. Ergo reijcienda non est.

Quarta conclusio. Vbi ex bono & æquo causa cogno-
C scenda est, locum habet exceptio ista: Probatio, Nam exceptio hæc summam continet æquitatem, vt priùs debitor qui pecunias accepit, & debitum contraxit, soluere cogatur, quàm fideiussor, vt latè prosequitur Imperator in d. Nouella de fideiusso. & manda.

Non obstat quod obijcitur, exceptionem hanc esse ex apicibus iuris. Nam nulla lex hoc dicit, non l. Fideiussor. § Quædam. ff. mand. non alia vlla lex. Quomodo enim respiceret apices iuris exceptio, quam summa ratione & æquitate inniti, tam latè ac diligenter Iustinianus demõstrat in dicta Nouella?

Postrema conclusio. Sed & si procedendum sit, in causa & lite sola facti veritate inspecta, idem puto respõdendum, quia legitima est hæc exceptio. Iudex autem qui sola facti veritate cognoscit, eam sequi veritatem debet, quæ legibus roborata est, vt docet Andreas Geyll. lib. 1. obseruat. 42. nu. 2.

D

CAPVT LIIII.

Si fideiussor obliget se, vt principalem debitorem in solidum, an beneficium amittat excussionis?



TRes sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima fideiussorem non amittere beneficium excussionis cùm se obligat vti principalem debitorem in solidum. Ita Accursius in Authẽt. de fideiussó. §. 1. in vers. fideiussorem. Speculator tit. de Renunciatio. nu. 18. Papiensis in forma libelli cõtra plures reos debendi in ver beneficio nouarum, nu. 3. Iaffredus decis. 83. cent. 1. & alij quos commemorat Antonius Thesaurus decis. Pedemont. 166. vbi testatur senatum illum hanc sententiam secutum fuisse.

Fundamentum est, quia nouatio non inducitur, nisi expressè id agatur. l. vlt. C. de Nouatio. Consequẽter non est obli-

est obligatio ipsa principalis debitoris sublata, Ergo neq; fideiussoris obligatio, quæ accessoria est, ac perinde suam retinet naturam, vt scilicet fideiussor non prius conueniatur, quàm principalis debitor fuerit excussus.

Secunda est sententia Cyni & aliorum, quos refert & sequitur Natta in consi. 345. Alexandri in cōsi. 31. lib. 3. & aliorum, quos Antonius Gabrielius citat cōmun conclus. tit. de fideiussorib concl. 1. nu. 99 si fideiussor eodem tempore se obliget quo principalis debitor, non habere beneficium excussionis, quia ipse & principalis debitor constitui videntur duo rei debendi, quibus non competit excussionis beneficium. Si verò diuerso tempore fideiussor obliget se, tunc quia duo rei debendi constitui non possunt, instit. de duobus reis in princip. ideo fideiussori competit solitum beneficium excussionis.

Tertia est sententia in proposita facti specie fideiussorem amittere beneficium excussionis, ita Marsilius ad Rubr. de fideiussoribus nu. 62. Ancharanus quæst. famil. in prima parte, c 32. nu. 9. Rota Genuensis decis. 78. nu. 2. Andreas Geyl lib. 2. obseru. 28. nu. 2. 6.

Fundamentum est, quia verba contrahētium ita sunt accipienda, vt aliquid operentur, & ne superflua sint, argum. l. Si quando, de legatis 1. c. Si Papa, de priuil. lib. 6. Ergo vt aliquid operētur illa verba, quibus fideiussor obligar se tanquam principalem debitorem, dicendum omnino videtur non habere locum excussionis beneficium.

Hæc postrema sententia maiorem mihi verisimilitudinem habere videtur, in re tam obscura & ancipiti: ea ratione, quòd huiusmodi fideiussoris obligatio videatur continere tacitam renunciationem beneficij excussionis. Nam si fideiussor vult se obligatum tanquam principalem debitorem, Ergo non vult gaudere beneficijs fideiussorum, quia hoc implicaret maximam repugnantiā. Quilibet autem renunciare potest fauori suo. l. pen. C de pact. si itaque creditor conuenerit in proposita specie fideiussorem, & is excipiat, prius conueniendum esse principalem debitorem, replicare poterit, imò non esse conueniendum, quia fideiussoris obligatio sic constituta est: ac si non fideiussor sit, sed debitor principalis. Non potest autem videri sic constituta esse, si ipse velit vti exceptione illa excussionis.

Non obstat illud argumentum contrariæ opinionis. Nouationem nō induci, nisi expressè id agatur, quia hoc concedo, sed nego consequentiam. Ratio est, quia hæc duo possunt simul cohærere, & cohærēt, vt debitor principalis remaneat obligatus, & simul quoque fideiussor, sine beneficio excussionis. Non potest hoc in casu fideiussoris obligatio naturam suam seruare, quia repugnat fideiussoris conuentio, qua se vti debitorem principalem obligauit. Si enim vt principalis debitor obligatus est, ergo non vt fideiussor. Consequenter non habet fideiussorius beneficium, quasi tacitè illi renuntiauerit.

Non obstat quoque si dicatur, fideiussorem si ex interuallo se obligauit, haberi non posse pro correo debendi; quia id cōcedo. Dico, n. haberi pro fideiussore, sed ita cōparato & cōstituto, vt videatur esse principalis debitor; ex hoc. n. efficitur, eū vti non posse exceptione excussionis. Nullū autē ius repugnat, nulla iuris ratio, quò minus & si non sint duo rei debendi, nihilominus esse queant vnus debitor, alter fideiussor sine beneficio excussionis.

CAPVT LV.

Vtrum confiscatis bonis principalis debitoris conueniri possit fideiussor antequam fiscus conuentus fuerit?



Controuertitur quoque, si debitoris bona confiscata sint, vtrum creditori liceat fideiussorē cōuenire, antequam fiscum bonorum possessorem conueniat. Quod videtur Ancharano cōnsilio 294. Socino seniori consilio 46. libro quarto, & Panormitano consilio 29 num. 12. lib. 2.

Fundamentum est, quia fiscus non est debitoris hæres, sed possessor bonorum debitoris. l. 1. § An bona. ff. de iure fisci. Deinde, quia is cuius bona confiscantur, plerunque non est præsens, sed vel capite plectitur, vel in contumaciam condemnatur, et moribus & constitutionibus passim ferè receptis. Cùm autem debitor præsens non est, fideiussorem conuenire licet, nec obijci potest illa exceptio, prius debitorem esse conueniendum, vt expressè constituit Imperator in Nouella de fideiussoribus & mandatoribus.

Denique, hæc sententia probatur ex l. Sententia. C. de fideiussor. & mandator. *Sententia*, inquit textus, *bonorum omnium ademptionem continente, rei damnati principalis intercessores eligendi creditori potestas non adimitur.* Idem probatur in l. 3. C. eod. tit.

Contrarium docuerunt Bartolus, Castrensis, Decius in l. vlt. ff. si certū peta. & alij à Gabrielio citati lib. 3. cōm. concl. tit. de fideiussorib. conclus. 1. num. 3. nouissimè M. Antonius Peregrinus de iure fisci lib. 5. tit. 1. nu. 66.

Fundamentum est, quia fiscus succedit in bonis debitoris ad instar hæredis, non sit hæres non sit, & ideo tenetur creditoribus satisfacere, sicut hęres tenetur. l. 1. C. ad l. Iul. de vi pub. l. Si marito. ff. sol. matr. l. Si vt proponis. C. de bonis proscript. l. 2. C. de sentent passis. l. 1. C. de fideiusso. Consequenter fiscus loco esse videtur ipsius debitoris, Ergo ex Nouella Constitutione Iustiniani de fideiuss. & mandat. conueniendus est priùs quàm fideiussor.

Hæc posterior sententia videtur mihi probabilior, & æquior.

Ad primum argumentum respondeo, fiscum quidem non esse absolutè hæredem, sed nec absolutè censeri debere, tanquā tertiū possessorē bonorū debitoris. Nam si videretur esse tertius quidā possessor, actionib. personalibus conueniri nō posset, quia illæ non dantur cōtra possessorē bonorum. l. 1. §. Si hæres. ff. ad Trebell. Fiscus autē conuenitur actionibus personalibus vt dictum est.

Ad secundū argumentum rñdeo, licet debitor sit absens, fiscum tamen qui loco debitoris est quantū ad hoc, vt creditoribus satisfacere teneatur, præsentem esse; & consequenter non rectè adaptari ad hanc quæstionem, quod de debitore absente ab Imperatore adiectū est, in dicta constitutione de fideiussoribus & mandatoribus.

Ad vltimum argumentum respondeo, leges quæ adseruntur, locum non habere inspecta constitutione Iustiniani, qua nunc vtimur, vt nimirum fideiussor conueniri non possit, antequam debitor conueniatur: olim cum legibus illis locus erat, electio dabatur creditoribus conueniendi vel debitorem, vel fideiussorem eius, quâ electionem sublatam non esse, cùm ad fiscum bona debitoris peruenerunt, dictis legibus declaratur. Sed alio iure nūc vtimur, vt dixi, ex Iustiniani constitutione, qua creditoribus electio adempta est conueniendi vel debitorem, vel fideiussorem. Debet enim prius debitor conueniri, quàm fideiussor conueniatur.

CAPVT LVI.

Excussio principalis debitoris, si facta sit, & eo reperto non soluendo, actum sit aduersus fideiussorem, cæterum iudicio pendente debitor factus fuerit soluendo, an creditori opponi possit, vt priùs agat contra debitorem?



Præterea controuersia est, si facta sit excussio debitoris, & inuentus fuerit non soluendo, & ideo creditor agere aduersus fideiussorem cœperit, an si inter moras debitor diues factus sit, competat fideiussori exceptio ista, vt prius creditor agat contra debitorem. Affirmant Iacobus Beluisius in §. Sed neque in Authen. de Fideiussor. Raynerius ciuis meus, & Iacobus de Arena in Authen. Præsente. C. de Fide-

Fideiussor. Alex. ad l. vlt. ff. si certū pet. & ad l. Si mulier. ff. sol. matr. & in cons. 100. lib. 5. alios citat Antonius Gabrielius lib. 3. cōm. concl. tit. de Fideiussor. cōcl. 1. nu. 80. A

Cæterùm, negant Decius ad l. vlt. ff. si cert. pet. & ibidem Castrens. Petrus & Cyn. in d. Authen. Præsente, & alij à Iasone citati in l. Si constante, nu. 224. ff. sol. matr. & à Gabrielio loco proximè citato.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia exceptio lite pendente superueniens reo, prodest, vt eam obijcere possit, vt probatur in §. vlt. instit. de perpet. & temp. act. in l. Cùm decem. §. vlt. ff. de sol. in l. Si diuerterit. ff. sol. matr. in l. Sin autem. §. 1. ff. de rei vend.

Facit pro confirmatione l. De ætate. §. Ex causa. ff. de interrog act. ibi. *Quod ea quæ postea emergunt, indigent auxilio*. Et l. His oneribus. §. pen. ff. de vaca. mun. ibi. *Auctis post appellationem medio tempore facultatibus non excusantur*.

Fundamentum posterioris sententiæ est in l. vlt. ff. si cert. pet. in illis verbis: *Sed si cum Seio egero, quantumcunque est, quò minus à Titio exigere potero eo tempore, quo iudicium inter me & Seium acceptum est, tanto minus à Titio postea petere possum*. Sicut ergo ibi creditori non licet omisso Seio, à quo partem petebat secundum formam stipulationis, totum à Titio petere postea diuite effecto; sed quantumcunque fuit, quod à Seio petijt, amplius à Titio petere non potest; ita & in quæstione nostra tempus iudicij cępti attendi debet; ita scilicet, vt si tempore iudicij cępti soluendo debitor non sit facta excussione, & idcirco contra fideiussorem agatur; non liceat creditori postea agere contra debitorem, & ab eo petere amplius id quod à fideiussore petijt. B

Huc accedit ratio. Nam creditor iam conuenit debitorem, & excussit eum secundum Iustiniani constitutionem in Nouella de fideiuss. & mandator. non videtur ergo iustum, vt cogatur iterum debitorem conuenire, licet dicatur effectus iam diues & soluendo.

Ego sanè si id certum sit debitorem litis contestationis tempore bona acquisiuisse, & factum esse locupletē, nec vlla calumniæ suspicio subsit, existimo priorem sententiam æquiorem esse, & iuri magis consentaneam, tū ex ijs argumentis quæ superius allata sunt, tum etiā arg. l. Inter eos. §. Fideiussor. ff. de fideiusso. ibi. *Sed humanius est, &c. Si alter soluendo sit litis contestationis tempore, per exceptionem ei qui soluit succurri*. C

Cæterùm, si id non vsque adeò certum & exploratum sit, nec nullus omnino calumniæ timor sit, non puto creditorem esse compellendum, ad nouum iudicium aduersus debitorem instituendum. Primò, quia iam satisfecit preceptis legis conueniendo prius debitorem. Deinde, ne altera super his altercatio oriatur, an post semel factā excussionem debitoris, is soluendo factus sit, ac proinde conueniri iterum debeat: quod nimis magnam hominū astutijs & calumnijs fenestram aperiret.

Portò l. vlt. ff. si certum pet. non facit ad rem, quia in illa specie creditor spontè redire volebat ad Titium, quē reliquerat, Seium conueniendo, qui promiserat soluere, quantò minus à Titio exigere posset. Non poterat ad Titium redire, quia via quam elegerat ei patens erat, nec variare & consilium mutare in damnum alterius quisquam potest. At in quæstione nostra creditor, qui semel conuenit debitorem, & excussit, non vult ad eum redire, imò recusat, sed fideiussor vellet eum compellere. Dicimus non iure id velle, nisi eo tempore, quo lis contestatur inter ipsum creditorem & fideiussorem, hoc est, initio ipsius iudicij, exceptio ista opponatur: & nullus sit calumniæ metus, secundum ea, quæ superius dicta sunt. D

CAPVT LVII.

De fideiussore iudicatum solui in prima instantia dato, an teneatur ex sententia lata à iudice appellationis?



FIdeiussor iudicatum solui apud primum iudicem, cuius nomen expressum est, in causa appellationis non tenetur. l. Cùm apud Sempronium. ff. iud. solui. idque inter omnes constat. Sed si iudicis nomen expressum non sit, vtrum teneatur nec ne, non est eadem omnium sententia. Nam Martinus antiquus Glossator existimauit teneri, quē alij multi secuti sunt apud Vincentium Francum decis. 208. nu. 2. & 220. parte 2. & apud Antoninum Thesaurum decis. Pedemont. 202. Egid. Bellern. decis. 353. Cautiones.

Cęterùm Gulielmus de Cunio, quem & alij secuti sunt ab Antonino citati, hac vtebatur distinctione. Aut is pro quo fideiussor interuenit à primo iudice condemnatus est, aut absolutus. Si fuerit condemnatus, licet à sententia appellauerit, tamen committi stipulationem aduersus fideiussorem dicebat: sin autem absolutus fuerit, licet postea à iudice appellationis fuerit cōdemnatus, nequaquam committi stipulationem, atque hoc in casu fideiussorem non teneri.

Bartolus autē in d. l. Cùm apud Sempronium. ff. iud. sol. cui sequaces non desunt, arbitratus est, appellatione interposita fideiussorem, quo de agimus, non teneri.

Prioris sententiæ, quæ fideiussorem teneri asserit, fundamentum est, quia causa appellationis eadem esse videtur cum causa principali, quantum ad exceptiones dilatorias, arg. l. Ita demum. C. de Procu. Fideiussio autem iudicatum solui pertinet ad dilatorias exceptiones. l. Pomponius. §. Ratihabitionis. ff. de procur. Denique videtur esse idem iudicium, arg. l. Proponebatur. ff. de iud.

Fundamētum autem distinctionis Gulielmi est, quia si debitor pro quo fideiussor interuenit condemnatus est à primo iudice, meritò commissa videtur stipulatio, ne sit in potestate debitoris condemnati appellando liberare suos fideiussores, arg. l. Ne in potestate. ff. de arb. Si verò debitor absolutus sit à primo iudice, non committitur stipulatio: quia fideiussor promisit iudicatum solui. At debitor à iudice condemnatus non est, sed absolutus. Ergo nō est opus, vt fideiussor iudicatum faciat, etsi enim à iudice appellationis debitor sit condemnatus, ad hunc tamen casum obligatio fideiussoris pertinere non videtur. Et hoc est quod ait tex. in d. l. Cùm apud Sempronium. ff. iud. sol. *Ideo in stipulatione adijci, quive in eius locum substitutus erit*.

Denique fundamentum Bartoli est primò in l. 2. C. de procur. Secundò in §. Si verò, in Instit. de satisdat. in illis verbis: *Omnia dabit fideiussor quæ in condemnatione continentur, nisi fuerit prouocatum*. Tertiò, quia mutatione instantiæ, liberantur fideiussores. l. 2. ff. iud. solui. Quartò, quia actio oritur ex sententia confirmante, non ex confirmata, vt no. in l. eos. C. de appellat.

Sed nullum ex ijs argumentis idoneum mihi videtur excepto eo, quod sumitur ex d. §. Si verò aliquis. Instit. de fideiusso. vbi cùm habeamus clarum & euidens testimonium, non videor cur Bartoli sententia præ alijs amplectenda non sit, & nostrum quoque approbationis calculum non mereatur. Erit igitur fideiussoris obligatio ita latè concipienda, vt ad hanc speciem producatur, qua fuerit à priore iudicis sententia prouocatum.

Ad argumentū prioris sentētię respondeo, quantū ad exceptiones dilatorias æquiparari rectè causam principalem, & causam appellationis hoc modo, vt exceptiones quæ dilatoriæ sunt, ac proinde initio litis proponendæ, non possint opponi post litem contestatam, nec apud iudicē causæ appellationis: Sic loquuntur leges allegatę,

quæ res toto cœlo distat ab hac disputatione nostra. Licet enim fideiussiones huiusmodi nonnihil commune habeant cum dilatorijs exceptionibus, quantum ad hoc, vt ante litem contestatam proponi debeant, tamen hac de re nostra disputatio non est, sed de ipsa stipulatione & obligatione fideiussoris an sit commissa, quod cum dilatorijs exceptionibus nihil prorsus commune habet.

Ad argumentũ prioris membri distinctionis Gulielmi (nam posterius nobiscum consentit) respondeo, com missam non videri stipulationẽ, quia fideiussor quidem promisit iudicatũ solui, sed sententia, qua iudicatũ cõtinetur, per appellationẽ rescissa est l. 1. §. vlt. ff. ad Turpil. Cõsequenter stipulatio cõmitti nõ potest. Etsi n. postea snia confirmetur à iudice causæ appellationis, tamen nõ est illud iudicium, cui fideiussor se satisfacturum promisit, sed aliud longè diuersum; ad quod stipulatio, quæ strictè accipienda est, l. Quidquid astringendæ. de verb. oblig. non tam facilè extendenda videtur. Porrò ad hãc rem non pertinet l. Proponebatur. ff. de iud. quæ mutatione personæ non mutari iudicium ad alium longè diuersum effectum statuit: nos enim hic de fideiussoris obligatione agimus, quæ strictè accipienda est, & restringenda ad eum casum, quo iudicatum sit à primo iudice, apud quem fideiussio interposita est, non ab alio nisi dictum sit. Et non solùm iudicatum esse oportet à primo iudice, sed etiam hoc requiritur, vt maneat iudicatũ, hoc est, non extinguatur prouocationis remedio arg. d. l. 1. §. vlt. ff. ad Turpil.

CAPVT LVIII.

Tutor vel curator an condemnari & cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli, vel adulti, ante redditas rationes administrationis?



TVtorem seu curatorem cogi posse ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis, respondit Socinus senior in consi. 24. lib. 1. quem sequitur Petrus Benintendus decis. Rotæ Bononiensis 90.

Fundamentum est, quia tutoris & curatoris debitum est liquidum. An autem ei quicquam ex administratione debeatur, dubium & incertum est. Ergo non rectè obijcitur compensatio l. vlt. C. de compens.

Sed hoc fundamentum valde infirmum est. Negari enim summa ratione potest, debitum tutoris vel curatoris liquidum esse, quia etsi pecuniam pupilli vel adulti acceperit, potestatem tamen habuit res administrandi eam collocandi & exponendi in vtilitatem & necessitatem pupilli vel adulti, quare iniquũ est priusquã reddas rationem administrationis suæ, ex quibus appareat an sit debitor vel creditor, eundem compelli ad reddendã pecuniam, atque ita rectè docuerunt Alexander in cõsi. 192. lib. 7. Ancharanus consi. 235. Prima facie. Crauetta consi. 275. nu. 13. Caualcanus de tutore & curatore, nu. 214. quibus me socium adiungo.

CAPVT LIX.

Proximiore agnato intra annum non petente tutorem dari pupillo, ac proinde à successione eius excluso: an reliquis agnatis hæreditas pupilli debeatur, si & ipsi tutorem non petierint, quasi annus eis currere incipiat.



SI proximior agnatus non petierit tutorem dari pupillo intra annum, excluditur ab eius successione, & idem est in matre ac substituto. l. 2. ff. qui petant tuto. l. 2. ff. ad Tertyl. l. Sciant. C. de legit. hæred. Sed an proximiore non petente, incipiat annus currere sequenti in gradu, controuersia est.

A Bartolus enim affirmat in Lege, Nepotibus. C. qui petant. to. & idem respondit Calcaneus in consilio 33. nu. 11. & alij à Gabrielio citati comm. concl. tit. de Tutelis. cõclus. 1. num. 9. Contrarium autem docuerunt Paulus Castrensis in d. l. Sciant, & alij à Gabrielio citati, loco proximè annotato.

Fundamentum prioris sententiæ est, quia proximiore non petente alij possunt petere d. l. Nepotibus. Ergo si non petant à successione excluduntur. d. l. Sciant.

Fundamentum posterioris sententiæ est in l. 2. §. vlt. ff. ad Tertyl. vbi dicitur matre tutorem non petente, suc cessionem ad alios pertinere, nec id requiritur, vt etiam ab alijs agnatis, qui in ordine & gradu post matrem vocantur, tutor petatur.

Huc accedat, quòd si essent quatuor, vel quinque agnati, & nemo eorum peteret tutorem dari pupillo, nemo posset hæreditatem obtinere, & fisco esset applicanda, quod absurdum esse videtur, & iniquum.

B Huic posteriori sententiæ subscribo. Licet enim proximiore viuente & negligente, alijs inferioris gradus cognatis liceat tutorem petere; non tamen eis pœna legibus irrogatur, vt nisi petierint hæreditatem amittant: sed pœna matri & proximioribus irrogatur, eorumque negligentia, non aliorum mulctatur, & ita accipienda est l. Sciant. C. de legitim. hæred.

CAPVT LX.

Vtrum minori inuito dari possit curator ad litem, si actor sit.



MInori inuito curatorem ad litem dari non posse, si actor sit, haud obscurè docuerunt Alexander & Salicetus in l. Tutori. C. de nego. gestis. Glos. & Bartolus in l. 3. §. Si pupillus.

C ff. de tutelis, Glos. & Albericus in l. Ait prætor 7. §. Permittitur. ff. de minoribus.

Alij dixerunt, hoc verum esse, si minor cum tutore agat, aliàs secus Archidiac. & Ioan. And. in cap. Statuũ; de iud. lib. 6. Alex. consi. 122. nu. 5. lib. 1. Vrsillus ad Afflictum decis. 256.

Alij nulla distinctione adhibita minori etiam inuito, siue agat, siue conueniatur tutorem ad litem dari censuerunt, Angelus Aretinus in Instit. de curat. in princip. nu. 6. authoritate tex. in § Item inuiti instit. eod. tit.

Hanc difficultatem simul & controuersiam peperit l. 3. §. Si pupillus. ff. de tutelis, cuius hæc sunt verba: *Si pupillus pupillaue cum tutore suo, tutoreue cum eorum, quo litem agere vult, & curator in eam rem petitur, vtrum ipsis poscentibus datur, an verò & aduersario? Et sciendum est, siue agant, siue conueniantur dari his hunc curatorem posse: sed non aliàs, quam si ipse petat, cui dari eum oportet.*

D *Denique Caius lib. 6. scripsit, talem curatorem neminem dari posse, nisi præsentem, neque cuiquam, nisi præsenti & postulanti: Itaque infanti non potest dari. Idemq; Cassius ait, si pupillus curatorem poscere non vult, quo minus cum eo agatur, cogi eum à Prætore debuisse.*

Difficultas ex hoc oritur, quia textus dicit curatorem non dari, nisi is petat, cui dari eum oportet, & paulò inferius ait, si pupillus curatorem petere nõ vult, quo minus cum eo agatur, cogi eum à Prætore debere. Ita igitur hunc textum aliqui accipiunt, vt prior pars loquatur de pupillo actore, & sensus sit ei, inuito curatorẽ ad litem dari non debere: posterior autem pars loquatur quando pupillus conuenitur, & ait, ei curatorem esse dandum, etiam inuito.

Sed hic est error manifestus, primũ, qa in prima parte textus loquit, siue pupillus agat, siue cõueniat, vt patet ex illis verbis: *Et sciẽdũ est, siue agãt, siue cõueniantur, &c* nõ ergo rectè intelligitur eo in casu duntaxat, quo pupillus agit. Deinde, quia nõ hæc est snia legis, non esse dandum

curato-

curatorem ad litem pupillo inuito, sed non esse dandum ei curatorem, nisi petat. Ipse enim prius petere debet, sed si non petierit, tunc ei etiam inuito dandus est curator à Prætore, ita hanc rem explicat Imperator Antoninus in l. 1. C. qui pet. tuto. *Admone adolescentem aduersus quem consistere vis, vt curatores sibi dari postulet, cum quibus secundùm iuris formam consistas: qui si in petendis ijs cessabit, potes tu competentem iudicem adire, vt in dandis curatoribus officio suo fungatur.*

Atque istud est etiam quod ait text. in d. §. Si pupillus, in verb. Idemque Cassius.

Et licet Antoninus loquatur quando adultus conuenitur, eadem tamen ratio est, si agat. Nam is qui ab eo conuenietur, rectè petet ei curatorem ad litem dari, ne frustrà litigetur, quia si iudex secundùm minorem pronunciauerit, valebit sententia. l. Non eo minus. C. de procurat. si verò cótra minorem non valeret. l. Cùm & minores. C. si aduersus rem iud. Cogetur itaque minor non præcisè, vt sic dixerim, sed causatiuè, curatorem accipere, hoc est, si agere voluerit, & aduersarium cogere ad litem contestandam, & consistendum in iudicio. Et hoc est quod Imperator Iustinianus docet, inuitis adolescentibus curatores non dari, præterquam ad litem, vt in §. Item inuiti. in Instit. de curato. Maneat ergo hæc sententia, minorem siue agat, siue conueniatur, cogendum esse accipere curatorem ad litem.

CAPVT LXI.

Gesta per falsum procuratorem, an post latam sententiam ratificari à domino possint, in sui commodum & fauorem?



Onstat inter omnes pendente iudicio dñm ratificare posse gesta per falsum procuratorem, ex Vlpiani responso, in l. Licet 56. ff. de iud. Similiter dubium non est, quin in sui præiudicium dominus possit, etiam post latam sententiam ratificare gesta per falsum procuratoré ex l. 3. §. Falsus. ff. rem ratam haberi. Verùm controuersia est, an etiam in sui fauorem possit dominus ratificare gesta per falsum procuratorem, puta si lata sit sententia in fauorem falsi procuratoris. Et affirmát quamplurimi. Gloss. in l. Si mater. §. Hoc iure. ff. de except. rei iud. Bart. in d. l. Licet. §. 6. ff. de iud. Iason in l. Licet. C. de procurat. Sebastianus Vantius tract. de nullitatib. tit. quib. modis sentent. null. nu. 102. Egidius Bellamera decis. 29. Antoninus Tessaurus decis. Pedemont. 7. Andreas Geyll. lib. 1. obseruat. 47. vbi testatur, cùm hæc quæstio ex facto proponeretur, ita in Auditorio illo Spirensi conclusum fuisse.

Fundamentum est primò in d. l. Licet 56. ff. de iud. sed nihil ad rem facit, quia loquitur de ratificatione pendente iudicio facta. Secundò, quia ratificatio mandato æquiparatur & retrotrahitur. l. vlt. C. ad Maced. sed respóderi potest id locum habere re integra, cùm videlicet ratificatio fit eo tempore quo actus celebrari potest. Tertiò, quia videtur imputandum aduersario, cur mandatú procuratoris diligentius non examinauerit, & exceptionem falsi procuratoris non opposuerit. Sed nihil mouet hoc argumentú, quia maior est culpa falsi procuratoris, quàm negligentia aduersarij. Item, quia fieri potest, vt opposuerit exceptionem, sed iudex non attenderit. Quartò, nam iudicium est nullum hoc in casu, quia consensus domini non adfuit. Ergo quandocunque consensus eius superueniat, quod fit per ratificationem, reconualescit. argum. l. vlt. C. ad Maced.

Sed nihil etiam hoc euincit, quia ratificatio debet fieri re integra, & tépore congruo, non autem post ius quæsitum aduersario. Non enim potest superueniens consensus vnius, auferre alteri ius quæsitum secundùm regulas vulgares.

Contrariam igitur sententiam veriorem ac probabiliorem esse iudico, quam amplexi fuere Salicetus in l. Si tutor. num. 4. 5. C. In quib. cau. in integr. rest. non est necess. Petrus de Ferrarijs in pract. in forma libelli responsionis rei conuent. in verbo Simonis Spelte. nu. 4. Mynsingerus cent. 1. obseru. 44. Rota Romana decis. 13. Nota quod gesta, & decis. 149. Nota quod vbi in antiquis & decis. 428. Si habens, in nouis, & apud Cassiodorum decis. 40. introducta super reg.

Fundamentum est primò, quia ratificatio fieri debet tempore cógruo, quo actus celebrari potest. l. Bonorum. ff. rem rat. haberi. Sed post latam sententiam actus iudiciales fieri non possunt, iam enim facti sunt. Ergo post sententiam gesta per procuratorem falsum ratificari nó possunt. Secundò, quia malitijs & dolis obuiandum est. l. In fundo. ff de rei vendic. Occurritur autem hominum malitijs, si ratificatio hoc in casu non valear. Nam si valeret, occasio daretur domino expectandi finem iudicij: Et si sententia contra se proferretur, eum nó ratificaret; si pro se, ratificaret; quod est iniquum.

Tertiò, in iudicijs seruanda est æqualitas. l. vlt. C. de fruct. & lit. expen. Sed æqualitas non seruabitur, si valet ratificatio. Nam si lata esset sententia contra falsum procuratorem, non esset in potestate eius aduersarij, hoc obtinere, vt domino præiudicaret, hic autem in potestate domini, pro quo lata esset sententia, foret hoc efficere, eam ratificando vt aduersario suo præiudicaret.

Postremò, quia vbi falsus procurator inuenitur, nec controuersiæ dici solent, nec potest esse iudicium. l. Licet. C. de Procur. Ergo non est in potestate hominis priuati per ratihabitionem efficere, vt iudicium, quod nullum est, valeat atque consistat. Et vt ius aduersario suo iam quæsitum, nullum esse iudicium, dicendi, auferat. Atque ita sentio.

CAPVT LXII.

Vtrum in absolutione à iuramento, ad effectum agendi requiratur partis aduersæ citatio? & an Ecclesiasticus iudex, qui absolutionem à iuramento concessit, remaneat iudex causæ principalis?



Ntiqua est & celebris hęc controuersia. Videbatur prima, quod aiunt, fronte citationé partis requiri in absolutione impetranda à iuramento ad effectum agendi. Primò, quia iuramenti absolutio requirit causæ cognitionem. c. Quanto. de iureiur. Causæ autem cognitio requirit partis citationem. l. In causæ 14. §. Causa autem cognita. ff. de Minorib.

Secundò, quia pars lædi potest ex ipsa iuramenti absolutione. Nam absolutus à iuramento agere potest, & multa commoda habet ex ea absolutione. Citatio autem semper requiritur eius qui lædi potest. l. Nam ita diuus. ff. de Adopt. l. De vnoquoque. ff. de re iud.

Tertiò, quia si pars citaretur, forsitan ostenderet absolutionem per calumniam peti. argum. l. Satis apertè. C. ad leg. Corn. de Falsis. Ergo aduersus partem inauditam nihil definiendum est. cap 1. de caus. possess. & propriet. cap. Caueant 3. quęst. 9. cap. Inter quatuor. de maio. & obed.

Quartò, propter authoritatem eorum qui ita expressè docuerunt. Ita docuerunt Ancharanus in cons. 198. Prędictus subtiliter, & in cons. 382. Retento. nu. 3. Federicus Senensis cons. 300. Dominicus à S. Gemin. cóf. 16. ad finem. Alexander in cons. 222. nu. 8. lib. 2. Guido Papæ quæst. 225. Felinus in c. 1. num. 23. de iureiur. Curtius senior cons. 43. in 2. artic. Hippolytus Marsilius ad l. De vnoquoque. num. 163. de re iud. Ruinus consil. 26. lib. 4. Panormitan. consil. 12. lib. 2. Socinus senior consil. 59. lib. 3. Bertrandus cons. 41. lib. 1. & 154. eod. Iason ad l.

Nec quicquam. §. Vbi decretum. col. 9. de off. proconſ. & leg. Gozadinus conſ. 69. ad finẽ. Ioannes de Amicis conſ. 31. Loffredus conſ. 12. Pariſius conſ. 45. nu. 85. & 96. nu. 88. lib. 1. Vrſillus ad Afflictum deciſ. 120. nu. 11. Andreas Geyll. lib. 1. obſeru. 22. num. 3.

Verùm iſtis nil morantibus contrariam ſententiam ſemper ſecutus fui, eo argumẽto adductus, quoniam per abſolutionem à iuramento conceſſam ad effectum agendi, nullum aduerſario præiudicium generatur, cuius de iure ſit habenda ratio, conſequenter citandus non videt.

Conſequentia ſatis certa eſt. Antecedens autem probatur.

Nam abſolutio conceditur tantùm ad effectum agendi, hoc eſt, vt qui iuramento obſtrictus eſt, agere valeat, nec à limine iudicij repellatur, tãquam periurus, Ex hoc autem quod aliquis agere poſſit, nullum præiudicium alteri generatur, cuius habenda ſit ratio. Nam aut agendo probabit iniuſtitiam & turpitudinem contractus, propter quam meritò reſcindendus ſit, aut non probabit. Si non probabit, nihil eum iuuabit abſolutio à iuramento conceſſa, manebit enim obligatus vinculo ipſius contractus, nec poterit ab eo recedere. Si verò probabit, tunc aduerſarius quidem præiudicium ſentiet, ſed ſumma ratione, quia non expediebat eiuſmodi contractum ſeruari, turpem ac iniuſtum, ſed magis vtile eidem fuit eũ reſcindi, ne contra iuſtitiam ex alieno damno compendiũ faceret, ne animæ ſuæ iacturam faceret. Quid enim prodeſt homini, ſi vniuerſum mundum lucretur, animæ verò ſuæ detrimentum patiatur?

Non obſtat ſi dicatur intereſſe aduerſarij, ne ſumptibus in iudicio vexetur. Nam huius præiudicij rationem habendam non eſſe, vel ex eo perſpicuum eſt, quod ſi habenda eſſet ratio, nullus poſſet alterum ad iudicium vocare, & ad agendum admitti, niſi prius cauſa cognita appareret, eum bonã & iuſtam cauſam obtinere; quod eſt abſurdum & ridiculum. Pœnæ ſunt enim aduerſus temerè litigantes conſtitutæ, quibus iniuſtè vexatis opportunè conſultum eſt l. Cùm quem temerè. ff. de iud. in Inſt. de pœna temerè litigan. c. Calumniam. de pęnis & alibi.

Exemplum adferunt Doctores liberti, qui patronum ſuum, vt in ius vocet, veniam à Prætore petit. Itẽ emancipati filij, qui litis inſtituendæ cauſa aduerſus patris teſtamentum inofficioſum bonorum poſſeſſionem apud iudicem agnoſcit. Hæc enim omnia expediuntur parte non citata, quia nullum verè præiudicium inferunt, tametſi ratio illa adſerri poſſit, Patroni intereſſe ne temerè à liberto in lite vexetur: Item hæredis inſtituti intereſſe, ne temerè inofficioſum teſtamentum arguatur. Nõ habetur ratio huius pręiudicij, quia temerè litigãtes ſuis ſubiacebunt periculis & pœnis; & iniquè vexatis ſua nõ deſunt legum auxilia, quibus indemnes conſeruentur.

Et hanc ſententiam, quę docet citationem non requiri, ſecuti ſunt etiam plurimi, Ancharanus ſibi parum conſtans in conſ. 18. Oldradus conſ. 120. Io. Calderinus cõſ. 7. tit. de iureiur. Io. Andr. ad Specul. tit. de iureiur. verſ. Vbi autem iuraſſet. Alciatus ad c. Cùm contingat num. 125. de iureiur. Afflictus deciſ. 220. nu. 10. Natta in conſ. 167. Io. Crotus conſ. 106. nu. 8. Crauetta in conſ. 7. nu. 7. & ibi Stracca in addit. adiungit alios Couuar. varia. reſol. lib. 1. cap. 4. nu. 6. Rolandus à Valle alios citans in cõſ. 12. nu. 38. & 42. nu. 28. lib. 1. Ioſephus Ludouicus deciſ. Peruſina 18. in 1. part. Rota Romana in antiquis deciſ. 767. Sciendum eſt, quod aliquoties.

Ad argumenta contrariæ ſententiæ hanc adfero reſponſionem. Concedo requiri cauſæ cognitionem aliquã in abſolutione concedenda; ſed quia per eam non infertur pręiudicium, cuius ratio habenda ſit, nego citationẽ requiri. Concedo eum eſſe citandum qui lædi poteſt, qui actum impedire poteſt, nihil inaudita parte decernendũ eſſe, ſed nego aduerſarium lædi propter abſolutionẽ iuramenti, quia omnia ei iura ſunt ſalua, & nihil contra eum decernitur, nec poſſet impedire abſolutionem, quia

A cõceditur tantùm ad effectum agendi, nec cuiquam ius ſuum auſertur, aut imminuitur, denique conceditur ſub ea conditione, ſi preces veritate nitantur, de qua poſtea cognoſcetur.

Quod attinet ad alteram quæſtionem, Bald. in l. Ordinarij. C. de rei vendic. exiſtimauit iudicem Eccleſiaſticum abſolutione à iuramento conceſſa totius principalis cauſæ iudicem fore: & eandem ſententiam ſecuti fuere quamplurimi, Alex. & Iaſ. in l. Quoties. C. de iudi. Fel. in cap. Cùm ſit generale. nu. 4. de Foro competenti. Curtius iunior in rubr. C. de Edendo. nu. 14. & multi alij à Couuar. citati lib. 1. variar. reſol cap. 4. nu. 8. & ab Oſaſco deciſ. Pedemont. 78.

Sed contrarium docuerunt plurimi alij, quos ijdem citant, quibus addi poteſt Seraſinus Senenſis de priuilegijs iuramenti, Priuilegio. 60. nu. 19. & Proſper Farinacius lib. 1. quæſtionum, tit. de Inquiſitione, quæſt. 8. nu. 144. & quibus ipſe quoque conſentio.

B Prioris ſententiæ fundamentum eſt primò, quia ratione iuramenti iudex Eccleſiaſticus eſt competens, cap. vlt. de foro competen. ſiue agatur de eius obſeruantia, vt ibi, ſiue de inobſeruantia, vt in cap. 1. de iureiur. Secundò, quia iudex competens in cauſa præparante, eſt etiam competens in cauſa præparata. l. Ordinarij. C. de rei vendicatione.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt primò in l. 1. C. ad exhib. illis verbis: *Præſes prouinciæ eam exhiberi iubebit, vt apud iudicem de rei veritate quæratur*, quibus verbis probatur, non eſſe eundem iudicem in actione ad exhibendum, & in rei vendicatione, cùm tamen actio ad exhibendum pręparatoria eſſe vulgò dicatur rei vendicationis. l. 3. §. Eſt autem perſonalis. ff. ad exhib.

Secundò, quia actor ſequitur forum rei. l. 2. C. de iuriſd. om. iud. l. vlt. C. vbi in rem actio. c. Cùm ſit generale: de foro competen. Ergo ſi iudex laicus ſit competens iudex rei conuenti, ille adeundus erit, non autem Eccle-

C ſiaſticus iudex.

Et hoc poſtremum argumentum mouet mẽ. Nã cùm hæc ſit generalis iuris regula, vt actor ſequatur forũ rei, non eſt ab ea recedendum, niſi de exceptione doceatur. Non probatur autem hęc exceptio argumentis cõtrariæ opinionis. Nam iudicem Eccleſiaſticum competentem eſſe quoties de iuramenti obſeruantia agitur, lubens fateor: ſed hic non agitur de iuramento ſeruando, ſed de iuſtitia vel iniuſtitia cõtractus & obligationis, quam reſcindi actor poſtulat, reus negat reſcindendam eſſe.

Fateor quoque Eccleſiaſticum iudicem cogere poſſe creditorem ad iuramentum relaxandum, vt in c. 1. de iureiur. Sed quid hoc ad quæſtionem noſtram facit? Iam enim relaxatum eſſe iuramentum ſupponimus, & de ipſa re principali quærimus, an à iudice Eccleſiaſtico cognoſcenda & tractanda ſit.

Ad brocardicum illud quod attinet, iudex cauſæ præparatoriæ, eſt iudex cauſæ pręparatę, vix dignum puto re-

D ſponſione. Nego id verum eſſe. Non hoc dicit l. Ordinarij. C. de rei vend. cuius hæc ſunt verba: *Ordinarij iuris eſt, vt mancipiorum orta quęſtione, prius exhibitis mancipijs, de poſſeſſione iudicetur: & tunc demum cauſa proprietatis ab eodem iudice decidatur.*

Nego poſſeſſionis cauſam, præparatoriam eſſe cauſæ proprietatis. Nihil enim commune habet poſſeſſio cum proprietate. l. Naturaliter. §. Nihil commune. ff. de acquir. poſſeſſ. Nego ab eodem iudice ideo vtramque cauſam decidendam, quia altera alterius ſit præparatoria: Hæc eſt ratio, quia cauſæ continentia diuidenda non eſt: Et quod in vno eodemque iudicio terminari poteſt, apud diuerſos iudices ventilari non debet, vt in l. Nulli. C. de iudicijs, quę ratio in quæſtione iſta locum non habet, quia abſolutionis à iuramento cauſa non pertinet ad obligationem & cõtractum, & ad iuſtitiam vel iniuſtitiam eius. Nego iudicem qui de poſſeſſione cognoſcere poteſt, alioqui incompetentem fuiſſe ad cognoſcen-

gnoſcendum de proprietate, vt in ſpecie noſtra incompetẽs alioqui iudex Eccleſiaſticus eſſe præſupponitur, quãtum ad cauſam principalem attinet.

CAPVT LXIII.

De poteſtate Principis circa tollendum ius quæſitum.

MAximi momẽti eſt, & maximum vſum habet illa controuerſia, quæ de Principis poteſtate circa ius quæſitum auferendum agitari ſolet. Ego quia multa habet capita, ſex quæſtionib. omnia comprehendam, quæ videntur mihi præcipua.

Prima quæſtio eſt, Vtrum Princeps ex certa ſcientia, & de plenitudine poteſtatis auferre poſſit alicui ius ſuũ ſine cauſa. Affirmat Angelus ad l. Item ſi verberatum. §. 1. ff. de rei vend. Iaſon ad l. vlt. in 6. limit. C. ſi contra ius vel vtili. pub. Decius in conſi. 169. nu. 7. alios commemo- B rat Antonius Gabrielius lib. 3. comm. concl. tit. de iure quæſito non tollen concluſ. 1.

Fundamentum eſt, quia ſacrilegij inſtar eſt de Principis poteſtate diſputare. l. Diſputare. C. de crim. ſacrileg. Deinde, quia duplex eſt poteſtas Principis, vna ordinaria, altera abſoluta. Hæc poſtrema nullis legibus reſtricta eſt, nullis regulis ſubijcitur, ideoq; Principis eſt pro ratione voluntas, & legis habet vigorem. l. 1. ff. de conſtit. Princip. Tertiò, quia Princeps dicitur eſſe dominus totius mundi. l. Deprecatio. ff. ad l. Rhod de iactu. l. Bene à Zenone. C. de quad præſcript.

Contrarium docuerunt multi alij à Gabrielio citati loco proximè citato. Zaſius in conſi. 10. lib. 2. & ad l. 2. verſ. Ratum eſſet de orig. iuris. Menochius in conſi. 103. nu. 68. lib. 1. Hartmanus Piſtorius lib. 2. quæſt. iuris, parte poſteriore, cap. 4. nu. 43.

Et iſtis ego aſſentior. Probatur hæc ſententia ex lege. C Quoties. C. de precib. Imper. off. ibi: *Quod autem totius negotij cognitionem tollit, & vires principalis negotij exhauriu ſine graui partis alterius diſpẽdio, conuelli nõ poteſt, &c.* Probatur quoque ex l. 3. & l. 7. C. eod. tit in l. vlt C. Si cõtra ius vel vtil. publ. in l. Iubemus nullam. C. de ſacroſan. Eccleſ. in l. 3. & 4. ff. de Natalibus reſtitut. in l. Prædia. C. de locatione prædio. Ciuit lib. 11.

His adſtipulantur l. Digna vox. C. de legib. l. Cauſas. C. de tranſact. l. vlt C. ſentent. reſcindi non poſſe. l. 2 C. de inceſt. nupt. l. Authoritate. C. vnde vi. l. Nec auus. C. de emancip. lib. l. 2. §. Meritò, & §. Si quis à Principe. ff. Ne quid in loco publ.

Ad primum argumentum reſpõdeo, legem allegatam non hoc velle, ſed aliud longè diuerſum, nimirum: *Diſputare de Principis iudicio non oportere. Sacrilegij enim inſtar eſt dubitare an dignus ſit, quem elegerit Imperator.* Nullũ verbum eſt ibi de poteſtate Principis.

Ad ſecundum reſpondeo, abſolutam illam Principis D poteſtatem nullis legibus circumſcriptã iure noſtro non probari, ideoq; à doctiſſimis Iureconſultis reijci ſolere. Couuar. lib. 3. variar. reſolut. cap. 6. nu. 8. Zaſius conſi. 10. nu. 7. lib. 2. Andr. Geyll. lib. 2. obſeru. 56. nu. 9. Arius Pinell. ad Rub. C. de reſcind. vend. par. 1. c. 2. nu. 24.

Ad tertium reſpondeo, Principem eſſe dominũ mundi, quantum ad iuriſdictionem & protectionem; non quantum ad dominium rerum priuatarum: nec contrarium probant leges in argumento allatæ.

Secunda quæſtio eſt, an Princeps auferre poſſit ſine cauſa ius quæſitum ex beneficio iuris ciuilis, puta præſcriptione, re iudicata & ſimilibus modis acquirendi dominij iure ciuili conſtitutis.

Affirmant circiter viginti doctores, quos commemorat Gabrielius lib. 3. commu. concl. tit. de iure quæſito nõ tollen. concl. 1. nu. 18. Negant alij plurimi ab eodem relati, quibus addo Pinellum ad Rub. C. de reſcind. vend. 1. parte, cap. 2.

A Conciliat opiniones Gabrielius, vt prima locũ habeat cùm ius ciuile nulla æquitate nititur. Poſterior autẽ cùm agitur de iure ciuili æquitatem habente.

Sed mihi negantium ſententia maximè probatur, eo argumento, quod Principis reſcripta contra ius & in læſionem alterius non valent, vt patet ex legibus allatis in præcedente quæſtione, quibus accedant l. Si quando. C. de inoff teſtam. l. 3. C. de reſcind. vend. lib. 5. C. de reuo. donat. l. 3. l. Si teſtamentum C. de teſtam. l. Ex imperfecto, de leg. 3. Et denique regula generalis. l. Id quod noſtrum, de reg iuris.

Non obſtat text. in l. 2. §. Si quis à Principe, in fine. ff. Ne quid in loco pub. in illis verbis, *niſi fortè hoc impetrauerit.* Nam illud accipiendum eſt, cùm iuſtas ob cauſas id à Principe impetratur: ſine iuſta cauſa non ſolet, nec debet Princeps aliquid concedere, ex quo alter lædatur.

Non obſtat ſi dicatur, Principem fuiſſe authorem & cauſam vt dominium quæreretur, Ergo illud pro libitu B auferre poteſt. Quia nego conſequentiam. Poteſt enim Princeps, ius quod ipſe condidit tollere, abrogare, & infirmare, ſed hoc legem generalem condendo, ob iuſtas aliquas cauſas, cuius rei exempla ſuppeditant Nouellæ Conſtitutiones: quod autem poſſit dominium ſine cauſa alicui auferre, quod iure acquiſiuit, puta ex teſtamento, ex præſcriptione, & alijs legitimis modis, id verò negatur, nec puto demonſtrari poſſe vlla lege, vlla iuris authoritate & ratione, imò verò repugnant leges ſuperius adductæ, quibus probatur, non licere Principi ea decernere, reſcribere, mandare, quę contra ius, contra ſingulorũ vtilitatem repugnare videntur, niſi iuſta ſubſit cauſa.

Tertia quæſtio eſt, an Princeps ſine cauſa poſſit in re modica alteri præiudicare, & auferre ius quæſitum. Et reſpondendum eſt poſſe ex l. Quoties. C. de precib. Imp. off. Vide Felinum in c. Quæ in Eccleſiarum, nu. 47. verſ. Quarta declaratio. de Conſtitut. Decium ibidem nu. 26. verſ. Quartus caſus. Ruinum conſi. 191. nu. 13. lib. 1. & C 48. num. 13. lib. 4.

Quarta quæſtio eſt, an Princeps alicui auferre poſſit ius quæſitum ſpe, hoc eſt, ius quod ex aliquo futuro euẽtu quis ſperat ſe conſecuturum: Et reſpondendũ eſt poſſe, puta naturales & ſpurios natalibus reſtituendo, vel aliam gratiam indulgendo, licet ex his ius alteri auferatur, quod conſiſtit in ſpe, iuxta Nouellam quibus modis natur. eff. ſui, §. Et quoniam variè. l. 1. §. Filius. ff. ad Tertyll. Gloſſ. in c. 1. §. Naturales, ſi de feudo defuncti conten. ſit inter dom. & agna. defuncti. Vide Felinum in d. cap. Quæ in Eccleſiarum, nu. 49. verſ. Primus eſt, quando lex dedit modum, de Conſtitut. Ruinum conſi. 7. nu. 6. & 36 nu. 3. lib. 1. Albertum Brunum cõſi. 1. nu 54. Iaſonem ad l. Gallus. §. Et quid ſi tantùm, num. 121. de lib. & poſthumis. Gabrielium de iure quæſito non tollend. concl. 1. numero 30.

Sed vide prætetea ne impingas in pręclarã diſtinctionem Ludouici Gomes, ad regulam Cancellariæ, de non D tollendo ius quæſitum, quæſt. 4. & Socini iunioris conſi. 95. nu. 33. lib. 3.

Quinta quæſtio eſt, vtrum Princeps ex cauſa publicæ vtilitatis auferre poſſit ſubdito ius quæſitum. Communis eſt & vera Doctorum ſententia, poſſe, vide Felin ad d. c. Quæ in Eccleſiarum, num. 26. verſ. Tertia cõcluſio. de Conſtit. Decium ibidem, nu. 19. Abbatem Panorm. nu. 11. & alios à Gabrielio citatos comm. concl. lib. 3. tit. de iure quæſito non tollendo, concl. 2. quibus adde Doctiſſimum Oddum de in integrum reſtitutione, parte 2. q. 99. art 8. Andream Geyll. lib. 2. obſeru. 56.

Adferri ſolet tex. in l. Item ſi verberatum. §. 1. ff. de rei vend. in illis verbis: *Item ſi fortè ager fuit, qui pertus eſt, & militibus aſſignatus eſt modico honoris gratia poſſeſſori dato.* Item l. Lucios. ff. de Euictio. ibi *partim diſtractas, partim veteranis in præmia aſſignatas, &c.*

Sed aſſentior Cuiacio lib. 2. obſeru. c. 9. dictas leges ad hanc rẽ non pertinere, quia loquuntur de prædijs bello

acquisitis, quæ victores partim distrahebant, partim militibus assignabant, sæpè etiam veteri possessori aliquid relinquebant honoris gratia.

Probatur igitur hæc communis sententia ex l.5. §.vlt. ff.de iniur. *Sermo,* inquit, *forsitan & libertate præstanda. Quid enim si publica vtilitas ex hoc emergit?* Item ex ratione.l.Ita vulneratus.ff.ad Leg.Aquil.Et qa vtilitas publica præferenda est priuatæ.l.vn.§.vlt. C. de cad. toll.§. Quamobtem in Nouella.de restit.& ea quæ parit,&c.

Huic sententiæ etiam congruit communis Theologorum sententia, Principem posse propter publicum bonum dispensare contra leges, quod præter alios nouissimè explicat R.P. Gregorius noster, nostrique sæculi præclarum lumen in 2.tomo Commēt. disput.7. q.5.pun.9.

Oportet tamen Principem compensare priuans, iusta ratione ius ablatum.l.Serui. C.quibus ex causis serui pro præmio libert. accip. l.Mulier in opus salinarium. ff. de capti.l.Venditor.§.Si constat.ff.commu. præd.

B Et cessante causa publicæ vtilitatis, ius suum priuatis restituendum est ex Innocentij doctrina in cap.Quia plerique.de immu. Eccl.de qua per Gabrielium lib.3.cōmu. concl.tit.de iure quæsito non tollen. conclus.4.

Sexta quæstio est, an causa iusta motus Princeps præsumatur, cùm alicui aufert ius suum? Tres sunt Doctorum sententiæ. Vna, præsumendam. Altera, non præsumendam. Tertia, præsumendam si Princeps eam exprimat, secus si nullam exprimat causam, vel minus idoneā. Vide Alciatum de Præsumpt.reg.3.Præsumpt.8. Menochium de Præsumpt.lib.2. Præsumpt.10. Andreā Geyll. lib.2.obseru.58.

Fundamentum prioris sententiæ est, quia Princeps iustus esse præsumitur.l.2.§ Meritò.ff.ne quid in loco pub. l.Ex facto.ff.de vulg.l.4.& 5.ff.de nata.restit.

Sed responderi potest, id locum habere in dubio, sed quando Princeps ius suum alteri aufert, iam videtur cessare illa bona præsumptio, cùm iniquè faciat, & contra ius. Sic dicimus quemlibet bonum præsumi.l.Meritò.ff. C pro socio. Verùm hæc psumptio cessat, cùm aliquid facit iure prohibitū.c.1.de Præsumpt.l.1.C.ad l.Cor.de fals.

Fundamentum autem alterius sententiæ est ex Clem. Pastoralis,de sent.& re iud.ex c.1.de cau.possess. & propriet. ex c.Nouit.de iudicijs:quæ sanè iuris loca quo pacto ad hanc rem accommodari possint, non satis video.

Adfertur etiam quod notatur in l.Si fortè.ff.de Castr. pecul.& in l.Si donatione.C.de Colla. non esse credendum assertioni eius, qui dicit se aliquid facere ex causa, quoties agitur de eo quod liberè facere non potest.

Sed hæc generalia pronunciata non satis tuta sunt: vt enim aliquando locum habere possint, ex certis rerum circumstantijs; non tamen rectè colligitur ea perpetuò locum habere, præsertim cùm non sint iuris regulæ sumptæ ex Iureconsultorum responsis, sed traditiones quędā ac obseruationes interpretum, non contemnendæ quidem, sed nec passim amplectendæ.

D Denique Menochius hanc rationem adfert, quia hæc res non pendet ex voluntate Principis, sed necessaria est iusta causa. Ergo principi asserenti se iustam ob causam motū fuisse, credendū nō est, quia nullus in propria sua causa idoneus testis est l.Nullus idoneus.ff.de testib.

Responderi potest, hoc testimonium Principis non esse in causa propria, cùm res nō pertineat ad ipsum principem, sed ad alios quibus aliquid concedit.

Tertiæ denique sententiæ, cuius author Alciatus fuit, illud est firmamentum, quoniam cùm Princeps causam exprimit, ex qua se adductum fuisse testatur, videtur omnino ei fides adhibenda.Clem.1.de Probation.

Rñdet D.Menochius textum illum ad causas beneficiales pertinere. Sed replicari pōt eandem esse rōnem in alijs;neq; enim vsque adeò exploratū est, S. Pontificē in beneficialibus suis suū cuiquam auferre posse sine causa. Et reuera durum valde est, & ab omni iuris ratione alienū, suspicari Principem esse mendacē, cùm in rescriptū

A causam exprimit, cum alioqui nec in priuatis hominib. mendacium præsumendum esse, palam fit, ex ijs quæ latissimè adfert Mascardus de prob. vol.2.cōcl.1142.n.2.

Quare vt Alciati sententiam iuri magis consentaneā existimem, magis inclinat animus.

CAPVT LXIV.

Vtrum promissio facta præsenti & tacenti in eius commodum, sit pactum, vel pollicitatio?

Triplex est doctorū sententia hac de re. Prima, eiusmodi promissionem pollicitationē videri. Ita Decius ad rub. C.de pact. Ater, ad l.2.de leg.1. Duarenus ad l.1.ff. de pact.

Altera, pactum esse si vltra præsentiam alia consensus signa præcesserint, si verò nō præcesserint, pollicitationē esse. Ita Bald.& Corneus ad l.Senium.C.qui testam.fac.poss. Alciatus ad rub.de verb oblig.& ibidem Albertus Bolognetus Cardinalis Illustr.cap.17.

B Tertia, hanc promissionē pactū esse. Ita Bart. & Cyn. in l.1.C.de pact. Ias.ad rub.de verb.oblig.nu.8. Ang.cōs. 183.Rrinus ad l.2.de leg.1.Ripa & Cagnolus ad rub.C. de pactis Couuar.ad rub.de testam.in 3.parte, Menoch. de Præsumpt.lib.3.Præsumpt.42. Petrus Calefatus ad l. Iurisgentium, num.40 vers.Retenta communi.

Prioris sniæ argumenta sunt ista. Primū ex l.Pactum. ff.de Pollicit. vbi dr, pactū esse duorū plurimue cōsensum; pollicitationem verò, solius offerentis promissionē.

Secundum ex l.Ex pollicitatione.ff.eod.tit. vbi I. C. appellat pollicitationem, quæ fit apud rempublicam in ipsius reipublicæ vtilitatem.

Tertiū ex l.1.§.Si stipulanti.de verb.oblig.vbi dr, si tibi stipulanti decem, promitto viginti, obligationē duntaxat contrahi in decem: Et tñ si pactum esset, cùm aliquid promittitur præsenti & tacenti, in eius commodū, obligatio saltem naturalis oriretur ad alia decem.

C Quartum argumentum est, quia pactum est duorum plurimue in idem placitum & consensus.l.1.ff.de pact. Consensus autem propriè dicitur expressus, non autem tacitus.l.2.§.Voluntatem.ff.sol.matr.

Quintum, quia promissio commodum respicit ipsius præsentis & tacentis, consequenter in eius potestate est voluntatem suam declarare: Cùm non declaret, videtur contra eum interpretatio sumenda, vt non videatur consentire argum.l.Veteribus.ff.de pactis.

Sextum argm est, quia is qui tacet consentire non videtur.l.Qui tacet. de reg. iur. e.is qui tacet.eod.tit.lib.6. Ergo pactum esse nō potest quoniā consensum requirit.

Septimum argumentū est, quia si non esset pollicitatio, nimis restringeretur natura eius, vt nimirum nūquam esset pollicitatio nisi absenti fieret, quod est absurdum.

Octauū argm est, qa is q psens est, & tacet, modestia quadā deliberare vr, non autē consentire, cùm fortasse è re sua id futurū non esse credat, aut beneficiū accipiendo libertatē vendere nolit, vt dicebat Duarenus. Neque.n.

D pōt (ait Illustr. Bolognetus) qui ingenuo aio præditus sit quicquā acceptare, quin de referenda gratia statim cogitare incipiat, ad quam rem natura ipsa oēs obligamur.l. Sed & si lege.§.Consuluit.ff.de pet hered. & ppea rectè regula constituta est, vt tacere sit mediū inter affirmare, & negare.l.Qui tacet.de reg.iur. *Qui tacet,* inqr Paulus, *non vtique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare.*

Argumenta verò affirmantiū pactū esse non pollicitationē, hęc sunt. Primum ex l.Qui patitur.ff.mand.vbi I. C. *Qui patitur ab alio mandari, vt sibi credatur, mandare intelligitur.* Ergo ex patiētia cōsensus psumitur. Ergo duorū consensus hic adest, ex quo pactum conficitur.

Scdm est ex l.Donat §.Spēs.ff.de donat. *Species extra dotē à matre filiæ noīe viro traditas, filiā q̃ præsens fuit donatas, & ab ea viro traditas videri,&c.* Hic sūt cōsensus filię arguitur ex præsentia, qm de eius commodo agitur.

Tertiū est ex regula, *Qui tacet, cōsentire videtur,* de reg. iur.lib.6. Nam cùm hæc regula locū non habeat, vbi de

tacentis præiudicio vel obligatione agitur. l. filiusfam. §. Inuitus. ff. de procurat. sequitur eam locum habere saltè, cùm de commodo agitur præsentis & tacentis.

Tertię autem opinionis fundamentum positum est in eo, quod in d. l. Qui patitur. ff. mandat. & in l. Donationes. §. Species. ff. de donat. aliquid aliud interuenit, ex quo consensus tacentis arguitur, nimirum fideiussio siue mandatum, & traditio facta. Istis cessantibus non præsumeretur tacens consentire. l. Qui tacet. de reg. iur.

Non refero Galiaulæ, Tornielli & aliorum responsiones, nec nõ Menochij replicationes loco annotato, quia non puto operæprecium, cùm non sint magni momenti, & facilè ex Menochio videri possint.

Ego video doctores omnes, qui dixerũt, hanc promissionem pactum esse, in eo vehementer laborare, vt ostendant, præsentem & tacentem in ijs quæ eius commodũ respiciunt videri consentire, ex hoc enim argumentantur pactum esse, quia pactum est duorum in idem consensus. Et hic est error manifestus, quia cùm Vlpianus ait in l. 3. ff. de Pollicitatione, pactum esse duorum consensum atque conuentionem, pollicitationem verò solius offerẽtis promissum, non dicit pollicitationem esse solius offerentis consensum, sed esse vnius promissum. Nam & in pollicitatione duorum inest cõsensus, sed non expressus neque declaratus, nisi ab eo qui promittit alteri tacenti & non roganti: at in pacto nõ consensus est duorum tantùm, sed etiam conuentio de eo quod vtriusque verbis cõuentum est, & conclusum vt fiat. Pactum est itaque cùm plures hoc agunt, & in eam decurrunt sententiã, vt quid fiat aut non fiat. l. 1. ff. de pact. Pollicitatio cùm quid promittitur alicui non petenti, & tamen duorum inest consensus, quòd is cui facta est promissio non reclamat, sed promissis acquiescit. Et hoc est illud vulgatũ. Qui tacet, consentire videtur. Hæc habeo ex Francisco Conano lib. 5. commentario. iuris, c. 8. in principio. Ex quibus infero in proposita quęstione, hanc promissionem non pactũ sed pollicitationẽ esse, quod tam luculenter Vlpianus docet in d. l. 3. ff. de pollicitat. vt nullus dubitãdi locus relinquatur: & ex dictis patet, frustrà laborasse eos, qui ex præsentia consensum arguunt. Nam vt id maximè verum sit, non tamen sequitur, pactum esse: sed pollicitatio est: cùm illa sit solius offerentis promissio, facta præsenti & tacenti, qui proculdubio consentire videtur. Pactum verò præter consensum requirit cõuentionem quandã, vt aliquid fiat vel non fiat, detur vel non detur. Et ideo dum dicit l. 1. ff. de pactis. Pactum esse duorum pluriumve in idem placitum & cõsensum, rectè exponitur in *idem dandum vel faciendum*. Non igitur omnis consensus duorum pluriumve pactũ dici potest. Ergo & in proposita quæstione solius offerentis promissio pactum nõ erit, licet is cui fit, præsumatur consentire: sed pollicitatio dicenda erit, cùm nullam aliam admixtam habeat cõuentionem (quòd est proprium pacti) sed solam offerentis liberalitatem, non reclamante eo cui facta est, quod est pollicitationis proprium, teste Vlpiano in d. l. 3. ff. de pollicitation.

CAPVT LXV.

Vtrum rescripta ad lites sint perpetua, an verò anno expirent.

DVo sunt iuris loca hac de re, quæ controuersiã pepererunt. Vnum iuris canonici. Alterũ iuris Cæsarei. Innocentius III. in c. Plerunq; de rescriptis, scribit in hæc verba: *Plerunque contingit, quod aliqui nostris literis impetratis, illis vti multo tempore postponentes, tunc demùm eas exhibent, cum aliarum authoritate ab eis contra quos primitus literas impetrarant, cæperint conueniri, dicentes posteriores literas non valere, vtpotè non facientes de prioribus mentionem. Cùm igitur non sit malitijs hominum indulgendum, statuimus, vt si quis nostras literas impetrans, intra annum postquam* A *copiam iudicum habuerit, ex malitia vel negligentia postposuerit vti eis, authoritate posteriorum literarum valeat conueniri, licet in ipsis nulla de prioribus mentio habeatur.*

Cæterùm, Imperator Claudius in l. 2. C. de diuersis rescript. sic ait: *Falsò adseueratur authoritatem rescriptorum deuoluto spatio anni obtinere firmitatem suam nõ oportere. Cùm ea quæ ad ius rescribũtur perennia esse debeãt, si modo tẽpus in quo allegari vel audiri debẽt, non sit comprehẽsum.*

Prima fuit sententia Baldi, teste Felino in c. Si autem, nu. 1. de rescript. iure canonico rescripta esse annalia, iure autem ciuili perennia.

Non placet, quia non est inducenda inter ius canonicum & ciuile discordia, nisi apertè expressum sit.

Secũda fuit sentẽtia Petri Rebuffi de rescriptis in præfatione, nu. 4. rescripta esse perpetua, quæ iura partium respiciunt. Veluti si princeps alicui concedat, vt conueniatur sub certo iudice; quia decet principis beneficium esse mansurum, secus dicendum in rescriptis iustitiæ, quæ iu- B dicis comprobatione egent, quia illa ferè anno pereunt. Vel quidam inquit Rebuffus intelligunt ea, quę ad ius rescribuntur, id est, ad obseruationẽ iuris vel elucidationẽ. Illa enim sunt perpetua, sicut & ius. Priorem sensum amplectit Menochius de arbitrarijs iudicũ casu 202. nu. 77.

Non placet, quia nullo iure probatur hæc distinctio: nec ius canonicum dicit rescripta anno perire, sed eum qui rescriptum obtinuit, si eo non vtatur intra annũ, conueniri posse ex alio posteriori rescripto, licet nullã prioris mentionem faciat.

Quare puto etiam Iacobum Cuiacium lapsum esse, dũ ad tit. de diuersis rescriptis dixit, iure veteri rescripta annalia fuisse ex d. c. Plerunque de rescriptis.

Tertia igitur vera & cõis sententia est. Rescripta ad lites perpetua esse, & tãdiu durare, quamdiu actio seu ius durat, super quo impetrantur, vt in d. l. Falsò. Cæterùm, si dolo vel negligẽtia is qui rescriptum impetrauit, eo intra annũ non vtatur, tunc aduersariũ eius experiri posse, & C aliud rescriptũ impetrare, illudq; posterius valere, licet nullã prioris mentionẽ faciat. Hæc est sententia S. Pontificis in d. c. Plerunq;. vti declarãt Bart. Castrẽsis, & Iason in d. l. Falsò. C. de diuers. rescript. Abbas & Felyn. in d. c. Plerũq;. de rescript. Goffredus in Sũma de rescriptis, nu. 48. Menoch. de arbitr. iud. casu 204. nu. 1. & in cons. 100. nu. 33. 34. lib. 1. D. meus Cephal. cõs. 304. nu. 61. lib. 3. D. meus Decianus cõs. 18. nu. 1. lib. 1. q̃bus & ipse assentior.

CAPVT LXVI.

Rescriptum ab vno impetratum, an alijs prosit rem communem habentibus?

REscriptum communi nomine ac precibus impetratum etsi ad vnum tantùm ex socijs directum sit, alijs quoq; socijs prodesse perspicuũ est ex l. 1. C. de diuersis rescript. quod & dili- D genter adnotarunt Crauetta in cons. 45. nu. 2. Minsingerus cons. 8. primæ decadis, nu. 15. & post istos Robertus Lancellotus de attentatis, parte 2. c. 12. Ampl. 11. nu. 5.

Cæterùm nonnulla controuersia est, an si vni tantùm ex socijs rescriptum directum sit eo casu, quo ille solus supplicauit pro obtinendo rescripto, prosit alijs quoque rem cõem habentibus, & consortibus eiusdẽ rei. Etenim prodesse respõdit Paulus Castrẽsis in d. l. 1. C. de diuers. rescript. & Franciscus Marcus decis. 149. nu. 4. in 2. parte.

Fundamentum statuunt in l. 1. & 2. C. Si vnus ex pluribus appellat. vbi constitutũ est, si vnus ex pluribus consortibus appellauerit, & eius appellatio iusta pronunciata sit, id prodesse quoque alijs consortibus.

Sed contrarium responderunt Cynus & Albericus in d. l. 1. C. de diuersis rescript. & alij quos refert & sequitur Petrus Antonius Angusciola lib. 2. consi. 43. quibus addi potest Tiraquellus, obiter tamen rem tractans de retractu consang §. 26. Glos. 1. nu. 45.

Horum

Horum fundamentum est, quia rescriptum non extenditur ad personas in eo nō nominatas, vt in c. Significante. de rescript. & ideo textus ī d. l. 1. C. de diuersis rescript. non sine causa mētionem facit precum communi nomine porrectarum: *Si libellum*, inquit, *de communi causa, tu fraterque tuus dedisti, quamuis rescriptum ad vnius personam directum sit, vtrique tamen prospectum est.*

Hæc posterior sententia videtur mihi probabilior. Nā hæ duæ quæstiones diuersæ sunt. Prima, an victoria litis ab vno ex socijs obtenta, alijs quoque prosit rem communem habentibus: & siquidem res indiuidua sit, certum est prodesse l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus appell. l. Loci corpus. §. Si fundus. ff. si serui. vend. & huc spectat prioris sententiæ fundamentum. Altera quæstio est, an rescriptū quod vnus ex socijs suo nomine impetrauit, alijs quoque prosit à principio, & dicendum est non prodesse, quia si prodesset, deberet quoque nocere. l. Secundùm naturam. de regul. iuris. Consequenter alij consortes & socij cogerentur inuiti litigare, & causam prosequi in iudicio contra regulas iuris, quibus nemo inuitus agere compellitur. C. vt nemo inuitus agere, &c. Non ergo integrum esset alijs socijs ab vsu talis rescripti abstinere, aduersario id petente, si rescriptum sua vi ac potestate ad eos quoque extenderetur. Sed hoc cùm contra iuris rationem sit, melius est dicere rescriptum huiusmodi, quia communi nomine impetratum non est, alijs non prodesse; secundùm iuris regulam, Rescriptum non extenditur ad personas in eo non expressas d. c. Significante de rescript.

CAPVT LXVII.

Donatio propter nuptias, an ipso iure constituta videatur?

DOnationem propter nuptias ipso iure à marito vxori constitutam videri secundùm dotis quantitatem, authores sunt Martinus, Azo, Cynus, Salicetus, Iacobus de Rauenna, Raynerius & Bartolus, si credimus Mario Anguisciolæ eos referēn & sequēn in cōs. 25. & 152.

Sed contrarium docuerunt Glos. in Auth. Dos data. C. de don. propter nupt. Odofredus, Bald. & Angel. ibid. Idem Angelus in §. Aliud in Auth. de Æqual. dotis. communiter dicit Afflictus decis. 242. nu. 1. Grammaticus decis. 97. nu. 4. Clarus §. Donatio. q. 11. vers. Sed quæro. Ruinus cons. 110. nu. 2. lib. 5. Federicus Scotus cons. 39 lib. 3. tomo 2. Hippolytus Riminaldus in Instit. de donationibus in princ. num. 254. & in cons. 29. num. 11. lib. 1. & in cons. 496 lib. 5. Burlatus cons. 178. nu 8. lib. 2. Menochius de recuper. possess. remedio 15. nu. 166.

Fundamentum prioris sententiæ est in Auth. Dos data. C. de dona. propt. nupt. vbi tex. dicit: *Dos data donationem propter nuptias meretur.* Deinde dicit, mulieri dotem offerenti actionem donationis propter nuptias competere, ex quo verbo, *Ex actione*, arguitur donationem iam constitutam fuisse.

Fundamentum autem posterioris sententiæ est, quia mulier sibi imputare debet, cur donationem non petit sibi constitui. Deinde, quia hoc videtur esse in arbitrio mariti, donationem propter nuptias vxori suæ constituere. l. vlt. C. de donat. propter nupt. quæ lex non est sublata, nec correcta ex d. Auth. Dos data. C. eod. titu. quia illa verba textus: *Dos data donationem propter nuptias meretur*, sunt Irnerij, qui Authenticas composuit, & ex Nouellis sumpsit. Nec habentur in ipsa Nouella siue corpore, vnde sumpta est Authentica, vt patet ex §. Illud. in Auth. vt exactio. instante dotis, siue ex Haloandri editione Nouella 91.

Ego non puto ex arbitrio mariti hoc pendere, an velit donationem propter nuptias vxori suæ constituere, nec l. vlt. C. eo. tit. hoc dicit, sed hæc est sententia d. l. vlt. maritum licentiā habere donationē constituendi propter nuptias, tam ante matrimonium, quàm etiā constante matrimonio. Cæterùm non ei tribuit liberam potestatem constituendi vel non constituendi donationem propter nuptias, imò patrem teneri donationem propter nuptias pro filio suo constituere, certum est l. vlt. C. de dotis promiss. quod non rectè diceretur, si hæc res ex arbitrio mariti penderet. Tenetur ergo maritus pro dotis securitate donationē vxori suæ propter nuptias æqualem doti constituere, vt patet ex Auth. de ęqualitate dotis & donationis propter nupt. in princ. quæ est Nouella 97. vbi Iustinianus: *Hoc igitur inter alia vniuersa corrigimus, æqualia in dotibus esse, & propter nuptias donationibus, & ea quæ offeruntur, & ea quę in stipulationem deducuntur pacta: Et tantam quidem quantitatem conscribere virum, quantam & mulierem, tantum quoque lucrum stipulari, & tanta parte ex quanta voluerint, æqualis tamen mensura: non enim aliter iustitia & ęquitatis seruabitur ratio, si negociatione alterutros circumueniant, & videantur quidem æquas facere stipulationes; pro vero autem inæqualis maneat effectus, non prius quantitate datorum eadem consistente. Irrideri videatur vndique lex, si ille quidem conscribat duo millia aureorum, mulier autem sex millia forte in dotem offerat, &c.* Et paulò pòst: *De cætero autem, in omni datione sancimus æquas quidem esse oblationes, ipsos autem mediocria lucra pacisci, vt per omnia iustitiam æquitatemq́; honoremus.*

Ex hac Nouella, in qua Imperator æquiparat dotem & donationem propter nuptias, tam in lucris, quàm præstatione & constitutione ausim affirmare donationem propter nuptias mulieri constitutam videri secundùm quantitatem dotis, & pacto inito, vt præmoriente vxore maritus dotem lucretur, simili modo vxorem lucrari donationem propter nuptias præmoriente viro. Sed hæc locum habere poterunt in locis, in quibus donationes propter nuptias sunt in vsu, sicut in Germania, in regno Neapolitano, & alibi in Italia, vt in Placentina ciuitate, in qua hanc sententiam iudicando secutus sum, licet aliæ in facto circumstantiæ concurrerent.

CAPVT LXVIII.

Si dos non fuerit soluta, an vidua lucretur donationem propter nuptias.

SI dos non fuerit soluta, donatio propter nuptias non debetur, vt aperte statuit Imperator in Nouella 2. de non elig. secundò nub. §. vlt. ex qua sumpta est Auth. Sed quæ tit. C. de pactis conuentis, & idem habetur in Nouella, vt exactio. instante dotis. §. Illud est. Nouella 91. ex qua sumpta est Auth. Dos data. C. de donat. propter nupt. Atque ita docuerunt Guido Papæ, quæst. 274. Afflictus decis. 242. Boerius decis. 22. num. 21. Parisius cons. 95. num. 42. lib. 2.

Sed quid est, quod contrarium docuerunt idē Guido Papæ quæst. 430. & 565. Afflict. decis. 333. & ibi Vrsill. Grammaticus decis. 97. Rolandus à Valle cons. 10. lib. 1.

Rndeo, non isti inuicem aduersantur, sed diuersa potius loquuntur. Sit iuris constituta regula, donationem pp nuptias non deberi mulieri, quæ dotem non soluit. Accipe hāc regulam cum exceptionibus istis. Prima, qn mulier in mora non fuit dotem soluendi. Secunda, quando fuit habita fides de dote. Tertia, qn data est dilatio ad soluendam dotem, & antequam dies cederet, solutum est matrimonium. Quarta, qn per maritum stetit, quo minus dotem acciperet. Vno verbo explicari, & ad vnā exceptionem omnia reuocari possunt: cùm videlicet mulier nullam in soluenda dote moram admisit. Sic accipiendi sunt qui donationis exactionem mulieri concedunt dote non soluta. Alij qui negant secundùm regulæ terminos exaudiendi sunt. Hæc admonenda putaui, vt intelligeretur, nullam hac in re controuersiam esse, licet prima (vt aiunt) fronte controuersia esse videatur.

CAPVT

CAPVT LXIX.

Filia quæ dote accepta renunciauit hæreditati paternæ iuxta c. Quamuis de pactis, lib. 6. an propter enormem læsionem rescindere eam renunciationem possit?

EX facto proponebatur in hoc amplissimo Iuridicæ facultatis collegio, an rescindi possit ac debeat renunciatio paternæ hereditatis filiæ, quæ dotem accepit iuxta cap. Quamuis de pactis, lib. 6. si fuerit enormiter læsa. Et dicebatur hanc rem in vtramque partem disputari posse hunc in modum.

Nam rescindi non posse videtur, primùm, quia eiusmodi renunciatio videtur esse transactionis species. argu. l. De fideicommisso. C. de transact. Transactio autem non rescinditur ob læsionem quamcunque l. Lucius. §. vlt. ff. ad Trebell.

Secundò, quia renunciatio est donatio. arg. l. 1. ff. de transact. l. Modestinus. ff. de donat. Donatio autem cùm ex mera liberalitate proficiscatur, rescindi non solet ob aliquam læsionem.

Tertiò, quia non videtur ratio habenda alicuius læsionis, cùm agitur de iure nondum quæsito, sed quærendo, quod ex incerto futuro euentu pendet: ex doctr. Bart. in l. 1. §. Nũciatio. nu. 34. ff. de oper. nou. nunc. Sed filia quæ renunciauit, ius futurũ incertumq́; & nondũ quæsitum remisit; Ergo nulla ratio habenda vr̃ eiusmodi læsionis.

Quartò, Filiæ nullum ius competit in bonis patris viuentis l. 1. §. Si impuberi. ff. de collat. bonor. Tempore autem mortis patris quid & quantum in bonis eius futurum sit, incertum est: Ergo filia quæ dote accepta paternæ renunciauit hæreditati, læsionem allegare nõ potest. Ita ratiocinantur Paulus Castrensis in cons. 174. num. 3. lib. 1. Crauetta cons. 114. nu. 13. Ancharanus q. 50. nu. 13.

Quintò, Filia dotẽ à patre accepit, Ergo læsionẽ allegare non potest; quia pater præsumitur melius consulere, q̃ vllus quispiã filijs suis l. Nec in ea. ff. ad l. Iul. de Adult. Ita Castrensis cons. 275. nu. 6. lib. 1. Decius cõs. 26. nu. 2. & 89. nu. 4. Menochius de arbitr. iudicum casu 149. nu. 5.

Sextò, propter authoritatẽ eorũ qui in terminis quæstionis huius rnderunt, renunciationẽ filiæ rescindi non posse propter enormem læsionem. Citantur à Gabrielio lib. 3. cõmun. concl. tit. de iure dotiũ, cõcl. 1. Adde, citatos à Didaco Couuar. ad c. Quãuis de pactis, lib. 6. par. 3. §. 4. nu. 3. vers. Cõtrariã. & à Menochio cõs. 410. n. 174. lib. 5.

Cæterùm pro contraria sententia hæc adserebantur.

Primùm l. Si superstite. C. de dolo, illis verbis: *Sanè si immodicè læsa es, non de dolo propter paternam verecundiã, sed in factum actio tibi tribuenda est.*

Secundò, l. Maioribus. C. commun. vtriusque iud. illis verbis: *Quia in bonę fidei iudicijs, quod inæqualiter factum esse constiterit, reformabitur.*

Tertiò, l. 2. C. de rescind. vend. quam in omnibus tam bonæ fidei, quàm stricti iuris contractibus locum habere, Authores sunt plurimi apud Pinellum in prima parte, capite tertio in principio, & nu. 7. 8. 9.

Quartò, quia propter immodicam læsionẽ illatam, est perinde ac si dolus intercessisset, l. Si quis cum aliter. ff. de verb. oblig. Dolus autem si intercessisset, rescinderetur. l. Et eleganter. ff. de dolo. l. Qui cum tutoribus. §. Qui per fallaciam. ff. de Transact. l. vlt. C. mand.

Postremò, authoritas eorũ qui in terminis præpositæ quæstionis locũ esse dixerũt rescissioni, citãtur à Gabrielio d. lib. 3. cõmu. conclus. tit. de iure dotium, concl. 1. & à Couuaru. ad d. cap. Quamuis. in tertia parte, §. 4. nume. 3. Adde Pancirolum cons. 1. nu. 79. Mynsingerum Centuria 5. obseruat. 59. Andream Geyll. lib. 2. obseruat. 147:

Conclusum fuit hanc posteriorem sententiam, quam & Imperialis Camera sequitur, probabiliorem videri. Verùm læsionem spectandam esse tẽpore dotis datæ ex traditis per Deciũ cons. 26. Parisiũ cons. 26. nu. 89. lib. 3. Ale-
A xandrum cons. 29. lib. 3. Didacum Couuar. ad d. c. Quamuis de pactis, lib. 6. par. 3. §. 4. in duodecima conclusione. Menochium de arbitrar. iudicum casu. 149. nu. 17. 18.

Ad primum argumentum respondetur, hanc non esse transactionem, quia nulla est lis, nec timor litis, sed quandam conuentionem & renunciationem dote accepta, quæ si iniusta sit, & grauem inferens læsionem, meritò rescinditur.

Ad secundum negatur donationem esse, quia filia renunciat propter dotem, quam putat esse sufficientem & congruam, ideo si decepta sit, meritò potest rescissionem petere.

Ad tertium respondeo, læsionem considerandam habita ratione tempore dotis datæ, & renũciationis factæ, quod tempus certum est, & spectandum in læsione diiudicanda. l. Si voluntate. C. de rescind. vend.

Ad quartum eadem respõsio accommodari potest. Licet enim nullum ius filiæ competat in bonis patris viuen-
B tis, incertumq́ue sit, quid & quantum mortis tempore in eius hæreditate futurum sit, habenda est tamẽ ratio tẽporis, quo facta renunciatio est: & illud satis certũ est, vt dixi, & ius futurũ, hoc est, quod mortuo patre filiæ cõpeniturũ est, cõsiderari debet: & secundùm illud, & dotis quantitatem filiæ datam, læsio existimari & cognosci debet.

Ad quintum respondeo, patrem quidem præsumi bonum consilium capere pro filijs suis: sed in claris præsumptiones cessant. Hic enim loquimur cùm de immodica filiæ læsione constat.

Ad postremum argumentum respõdetur, etsi contrariam sententiam multi fuerint secuti, hanc tamen nunc communiorem esse, & magis amplectendam, præsertim cùm Imperialis Auditorij Assessores eam sequi soleant.

Absolutionem autem à iuramento petendam esse nõ dubito, ex his quæ dixi lib. 2. Controuersiarum, cap. 26. & lib. 3. cap. 14. circa finem, in prima parte.

C

CAPVT LXX.

An constitutio. c. Quamuis. de pactis, lib. 6. locum habeat, cùm filia renunciat fratribus, non autem patri.

SEd quando in hanc constitutionem Bonifacij VIII. Pontificis Maximi incidimus, duas hic inseram controuersias, quas lib. 3. Controuersiarum in 1. parte omisi. Prima est, an locũ dicta cõstitutio sibi vẽdicet, cùm filia renũciat hæreditati paternæ, nõ patri, sed fratribus suis sine patris cõsensu: Altera est, an renunciatione facta, iuxta formã dictæ Cõstitutionis, filia patri intestato morienti succedat. Priorẽ hoc capite tractabo. Posteriorem autem sequenti.

Quod igitur attinet ad priorem, hæc est communior sententia, dictam constitutionẽ locum non habere, quando filia non ipsi patri, sed fratribus renunciat sine consensu patris, vt videre licet ex Antonio Gabrielio, lib. 3. com-
D mu. Conclus. tit. de iure dotium. Concl. 1. nu. 31. & ex Didaco Couuar. ad c. Quamuis de pactis, lib. 6. in tertia parte in initio, nu. 5. cui sententiæ & ipse assentior.

Fundamentum est firmissimum, quia cõstitutio dicti c. Quamuis. loquitur de filia renunciante hæreditati paternæ ipsi patri, non autem fratribus. Cùm enim fratribus renunciat sine patris cõsensu, talis renunciatio videtur continere pactum de hæreditate viuentis, quod absque eius voluntate & consensu nõ valet, quia dicitur esse contra bonos mores, vt in l. vlt. C. de pactis. Huiusmodi pactiones de hæreditate viuentis non iuuat dicta constitutio. cap. Quamuis. Ergo non valent.

Et licet controuersia sit, an iuramento firmentur pactiones huiusmodi de hæreditate viuentis, tamen verior est sententia non confirmari, vt ostendam paulò inferiùs cap. 72. hoc eodem libro. Ex quo capite confirmari poterit sententia hæc, quam nunc defendimus.

Contrarium docuerũt Ludouicus Romanus ad l. Qui

superstí-

superstitis. ff. de acq. hæred. Matthæus Afflictus in cap. Si A quis inuestierit, nu. 31. de feudo dato in vicem legis Commissoriæ. Iason ad l. vlt. C. de pactis, nu. 13. alios quosdam citat Gabrielius loco proximè citato, nu. 32.

Fundamentum est primò, quia maior est ratio, vt valeat eiusmodi renunciatio facta in manibus fratrum (sic loquuntur nostri) quàm in manibus patris. Siquidem maior reuerentia patri, quàm fratribus debetur, ideoque facilius ad renunciandum patri filiæ inducitur, quàm ad renunciandum fratribus. Secúdò, quia l. vlt. C. de pactis. loquitur de pacto, quod fit de hæreditate viuentis. Hac verò agitur de pacto de non succedendo, quod est longè diuersum, & de quo loquitur dicta Constitutio. cap. Quamuis. Tertiò, quia etiam hoc in casu locum habet ratio dicti c. Quamuis. nam iuramentum potest seruari sine interitu salutis æternæ. Postremò, quia etiam pactum de hæreditate viuentis iuramento confirmatur ex plurimorum sententia.

Respondeo, primum argumétum aliud non probare, B quàm renunciationem factam in manibus fratrum, firmiorem videri, quasi ex magis libera volútate procedat. Sed hoc non sufficit, nec ad rem nostram facit, quia non idcirco talis renunciatio infirmatur, quod non sponté facta sit, sed quia contra bonos mores facta sit, vt dixi suprà ex l vlt. C. de Pactis.

Ad secundum respondeo, l. vltimam. C. de pactis. ad propositam quæstionem pertinere, quoniam cùm filia renunciat hæreditati patris, qui tunc viuit, in fauorem fratrum, quid aliud est hoc, quàm pactum de hæreditate viuentis patris, vt scilicet illa tota ad fratres, non ad filiam perueniat? Hic apparet solicitudo de viuentis hæreditate, hinc improbum desiderium mortis nascitur. Hinc periculosissimi illi & tristissimi euentus meritò sunt metuendi, de quibus loquitur d. l. vlt.

Quid enim refert siue agatur de hæreditate viuentis, certo modo inter paciscentes diuidenda, siue vt tota ad alterum ex paciscentibus sub certis conditionibus perue C niat? Certè eadem est ratio.

Ad tertium, nego rationem eádem hoc in casu locum habere, cuius fit mentio in d. c. Quamuis. quia scilicet iuramentum seruandum sit, &c. quia iuramentum istud dicitur esse contra bonos mores. Consequenter obligatorium non est. c. Non est obligatorium de regul. iur. lib. 6. vt dicam latiùs infrà cap 72. At in specie, de qua loquitur constitutio, non est contra bonos mores.

Ad vltimum respondeo, non esse iuri consonam eorũ sententiam, qui dixerunt, iuramento confirmari pactiones de viuentis hæreditate, vt patebit ex dicto cap. 72.

CAPVT LXXI.

An filia quæ renunciauit paternæ hæreditati iuxta formam c. Quamuis de pactis, lib. 6. succedat patri intestato morienti?

NOn defuerunt qui dixerint filiam, quæ patris hæreditati renunciauit, eidem patri intestato morienti succedere posse, duobus argumentis. Primò, quia pater intestatus moriés videtur tacitè vocare legitimos hæredes, quibus successio legibus defertur. l. Conficiuntur. ff. de iure Codicillor. Inter quos est filia. Secundò, quia renunciasse filia in hunc finem, & eam ob causam videtur, vt pater de suis bonis quoquo modo voluerit testari ac disponere valeat, quasi filia dote contenta promiserit iudicia eius non impugnare, iuxta l. Si quando. §. Illud. C. de inoff. test. Si ergo pater non disposuerit de bonis suis, sed intestatus decesserit, vt causa renunciationis cessare, & cõsequenter renunciatio quoque. Vide Rotam Romanam decis. 850. in antiquis incip. Verũ filia dotata, & alios à Gabrielio citatos lib. 3. commu. concl. tit. de iure dotium, conclus. 1. nu. 40.

Sed cùm olim hæc sententia fuerit explosa, vt patet ex citatis ab eodem Gabrielio pro contraria opinione loco annotato, & à Didaco Couuar. in c. Quamuis de pactis, lib. 6. in 3. par. §. 3. nu. 5. nunc quoque explodéda est, quia hæc est vis ipsa renunciationis filiæ, vt nõ succedat in hæreditate paterna, patre siue testato, siue intestato moriente, nisi testatus pater eã hæredẽ instituerit. Ergo sic argumétari licet Nemo habet regressum ad ius quod renũciauit. l. Quæris. vers. *Remittentibus enim.* ff. de ædil. Edicto.

Sed filia renunciauit hæreditati paternæ sibi ab intestato delatæ.

Ergo regressum nullum amplius habet.

Minor propositio probatur, quia filia renunciauit hæreditati simpliciter. Ergo renũciauit hæreditati sibi debitæ ab intestato: quia ex testamento non potest dici debita, cùm in patris potestate esset testamentum facere vel non facere, imò si pater post renunciationem vellet eam instituere hæredem, inter omnes constat filiam succedere posse, quia pater eam renũciationem infirmat, & quodammodo filiæ suæ retrocedit ius suum.

Argumenta nullius sunt momenti, quia cùm filia hæreditati patris renunciauit, non potest ea coniectura locum habere, vt nimirum pater intestatus moriẽs videatur filiam suã ad successionem vocare, quia iam erat exclusa propter renunciationem, & pater id sciebat.

Ad alterum argumentum respondeo, ad hoc quidem renunciationem filiæ prodesse, vt pater possit liberè testamentum facere, & de rebus suis, nulla filiæ ratione habita, disponere. Verùm tamen hoc quoque operatur, vt filia excludatur à patris intestati successione, quia simplex renunciatio hunc casum præcipuè comprehendit, quando pater intestatus moritur, vt dictum est.

CAPVT LXXII.

Pactum de hæreditate viuentis, sine eiusdem voluntate & consensu, an iuramento paciscentium firmetur.

PActum de hæreditate viuẽtis iureiurando vallatum plurimi valere respõderunt Baldus in c. 1. §. Moribus. si de feudo fuerit contro. inter do. & agna. Decius cons. 516. nume. 5. & 656. nu. 12. Corneus cons. 257. lib. 3. Cepola cautela 112. nu. 4. Aufrerius ad capellam Tholosanam decis. 452. Crauetta cons. 139. nu. 8. Guido Papæ cons. 31. Ioan. Campegius de dote, quæst. 79. parte 5. Socinus iunior cons. 65. num. 49. lib. 1. Menochius cons. 1. nu. 168.

Sed nullum est huius senténtiæ solidum fundamentũ. Imprimis adsertur text. in c. Quamuis. de pactis lib. 6. maximeque in hanc sententiam perpenditur à Baldo loco proximè citato. Nam cùm Bartolus in l. Stipulatio ista. ff. de verb. oblig. & in l. Si quis pro eo. ff. de fideiuss. diceret ad rem non pertinere, quia loquitur de pacto quo renunciatur hęreditati, ac proinde non continet votum captandæ mortis, quod est potissima causa cur pactum non va- D leat iux. l. vlt. C. de pact. respondit Baldus rationem dicti c. Quamuis esse, quia omne iuramentum seruandum est, quod sine dispendio salutis æternæ seruari potest; quod verò attinet ad votum captandæ mortis, nos nescire animum ipsorum paciscentium: sed hoc scire, eos pactum seruare posse sine dispendio salutis æternæ.

Hoc fundm̃ non satis firmum est, quia vt bene monet Alex. in cõs. 28. lib. 3. Cõstitutio illa loqtur de pacto filiæ, quo renũciat hæreditati paternæ: quod pactũ iure ciuili reprobatũ est, nõ quia sit cõtra bonos mores, veluti pactũ quo de agitur in quæstione nostra, sed ob alias causas.

Si dicatur, etiam hoc pactum de non succedendo continere in fauorem eius cui fit, quoddam pactum de succedendo, vt solus ille hæreditatem obtineat, respondet Alexander id euenire in consequentiam, ac proinde permitti posse. l. 1. ff. de Autho. tuto. l. Si vnus. §. Illud. ff. de Pactis. & spectãdum esse id quod principaliter fit. l. Si quis nec causam. ff. si cert. pet.

Causæ

Causæ autem cur pactum illud, quo filia renunciat hæreditati paternæ, iure ciuili non approbetur, ab Alexandro ibi commemorantur, & à Ioanne Immolensi ad c. Cùm contingat, nu. 35. de iureiur. à Tiraquello de iure primogeniorum, q. 29. nu. 9. & à Vasquio de Successionū progressu lib. 2. §. 18.

Sed nondum responsum est ad rationem dictæ constitutionis quam Baldus vrget, nimirum, quia iuramentum seruari potest sine dispendio salutis æternæ.

Respondeo, id negari meritò posse, quia vt iuramentum dicatur non posse seruari sine dispendio salutis æternæ, sufficit peccatum etiam veniale committi, quia & illud detrimentum affert animæ, secundum communem sententiam Canonistarum, vide Archidiaconum, & Io. Andr. in d. c. Quamuis. de pact. lib. 6. Ioannem Immolensem in cap. vlt. in 3. notabili de Præscript. Crauettam in cons. 229. nu. 4. Sed eiusmodi pacta de hæreditate viuentis, inducunt votum captandæ mortis, Ergo aliquā peccandi occasionem afferunt, vt dicebat Vasquius de successionum progressu lib. 3. §. 28. num. 11. Ideoque peccati esse nutritiua dixit Salic. ad l. Pactum quod dotali. C. de pactis. & post eum Socinus iunior cons. 44. nu. 39 lib. 2. Cacheranus decis. 100. nu. 3. & Hippolytus Riminaldus in cons. 164. nu. 41.

Quamobrem mihi nō probatur id quod scribit Couuar. ad Rub. de Testam. in 2. parte, num. 15. pacta ista de hæreditate viuentis non ideo reprobari, quod cōtineāt, vel inducant ex voto captandæ mortis aliquod peccatū, quia etiam in substitutionibus & primogenijs hæc ratio allegari posset, cùm tamen primogenia & substitutiones nemo dixerit inducere.

Etenim inter hæc & pacta nostra latum est discrimē, non enim primogenitus ac substitutus ostendit se esse solicitum de hæreditate viuentis, nec de ea disponit, sed testator est, quia omnia facit atque disponit, & lex vel consuetudo, quæ vocat primogenitum ad successionem, nullo eius facto interueniente, sicut declarat Cagnolus ad l. vlt. C. de pactis, nu. 30. & seq. At in quæstione nostra ex pacto ipsorum, qui de hæreditate viuentis paciscuntur, votum mortis captandæ oritur.

C

Multò minus placere potest quod dixit Zasius cons. 1. nu. 38 lib. 2. hæc quæ dicuntur de voto captandæ mortis, Italis esse relinquenda. Sunt enim hæc à nostris authoribus ad reipub. salutem & vtilitatem prudenter constituta, ac proinde ad omnes gentes pertinent Imperio Romano subiectas. Certè à S. Pontifice perpensa est hæc ratio voti captandæ mortis in cap. Detestanda. & in cap. Ne captandæ de præben. in 6. & ab omnibus passim considerantur & adducitur ex d. l. vlt C. de pact. dū ait, eiusmodi pactiones esse contra bonos mores, plenasque tristissimi & periculosi euentus.

Secundum argumentum est Philippi Decij. Statuto induci ac obtineri potest, vt pactum valeat de viuentis hæreditate, vt docet Baldus in l. Cùm Archimedoram. C. vt in possess. lega. Ergo & iureiurando eadem pactio confirmari potest arg. l. Non impossibile. ff. de Pactis.

D

Respondeo, negando vtrumque, hoc est, & antecedēs & consequens. Statuto enim induci hoc nō posse aduersus Bald. plurimi docuerunt apud Cacheranum d. decis. 100. & apud Hippolyt. Riminaldum cons. 164. num. 31. lib. 2. Menoch. cons. 456. nu. 21. lib. 5. Consequens autem non probatur vlla lege vel ratione iuris.

Tertium argumentum est Guidonis Papæ. Iuramentum facit, vt actus qui alioqui non valet, confirmetur ex trad. per Bart. in l. Si quis pro eo. ff. de fideiussor. Aret. in cons. 74. Crauet. consil. 102. Ergo & in quæstione nostra hoc efficiet, vt pactum confirmetur & valeat, licet alioqui nullum sit.

Respondeo, iuramento quidem multa confirmari, quæ aliàs non valent, veluti donatio inter virum & vxorem, quæ non est contra bonos mores, sed moribus recepta non est, vt declarat Socinus iunior cons. 44. nu. 34.

A lib. 2. sed iuramentum non confirmat ea quæ contra bonos mores sunt, cap. Non est obligatorium. de reg. iuris lib. 6. Sunt autem pacta eiusmodi contra bonos mores. l. vlt. C. de pactis.

Postremum argumentum est ex cap. 25. Genesis, vbi Esau fratri suo vendit primogenituram, & valuit donatio propter iuramentum, cuius loci meminit Tiraquell. de iure primogen q. 29.

Responderi potest ex Tiraquello ibi num. 3. & ex Cacherano dicta decis. 100. iudicialia veteris testamenti nō astringere, nisi in quantum reperiuntur approbata, & illud ius primogenituræ, quod contra ius naturale vni tantum ex liberis successionem defert, faciliùs extingui posse. Denique illud concessum fuisse Iacob in figura, propterea quod ex eo debebat descendere beatissima Virgo Maria, ideo meruit primogenituram, hæreditatem, & benedictionem patris. Quæ autem in veteri testamento in figuram concedebantur, ad exemplum trahenda

B non sunt.

Alij dixerunt pacta de viuentis hæreditate iuramento confirmari quidem non posse; Veruntamen paciscentes in periurium incidere, si ea non seruarint Alexander post Immolam, quem citat ad l. Stipulatio hoc modo cōcepta post num. 7. de verb. oblig. Alciatus in c. Cùm contingat nu. 80. de iureiur. Vasquius de successionum progressu lib. 2 §. 18. nu. 195.

Fundamentum est in c. Sicut ex literis. de Sponsalib. in Glos. c. vlt. vers. Reuocatus. de proc lib. 6. in cap. Cùm quidam. de iureiur. in trad. per Rotam in antiquis decis. 653. vbi decidit iurantes in periurium incidere, qui non seruāt iuramentum, licet actus super quo interponitur legibus sit reprobatus.

Responderi potest hæc esse dissimilia, quia nō loquuntur, quando iuramentum adhibetur ad confirmandum id, quod est contra bonos mores, sicut in quæstione nostra. Vide Celsum Vgonem cons. 100. nu. 5.

Tertia igitur est sententia vera & communis, eiusmodi pacta de hæreditate viuentis, iuramento non firmari. Vide Bart. & alios in l. vlt. C. de pactis. Alex. in cons. 28. lib. 3. Decium cons. 31. 63. 184. 225 236 Capell. Tholos. decis. 452. Curtium iuniorem cons. 15. & cons. 22. Tiraquell. de iure primogen. q. 6. num. 18 Zasium cons. 1. nu. 18. lib. 2. Socinum iuniorem cons. 44 nu. 15 lib. 2 Cacheranum d. decis. 100. Couuar. ad cap. Quamuis. 2. parte, in initio, nu. 2. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 126. Hieron Gabrielium cons. 137. nu. 25. 26. Viuium commu. opin. vers. Pactum. 1. Celsum Vgonem d. cōs. 100. nu. 5. Io. Petrum Surdum cons. 533. nu. 9. Simonem Pret cons. 123. nu. 15.

Fundamentum est satis firmum in l. Non dubium. C. de legibus, quam multi ad hoc perpendunt, sed firmius est illud, quia non est obligatorium contra bonos mores præstitum iuramentum, c. Non est obligatorium. de reg. iur. lib. 6. Huiusmodi pacta sunt contra bonos mores. l. vlt. C. de pactis. igitur, &c.

Respondent contrariæ sententiæ authores, illud esse accipiendum, quando iuramentum est contra bonos mores iuris canonici, quia scilicet peccatum continet, non autem contra bonos mores iuris ciuilis.

Sed præterquam quod regula, c. Non est obligatorium, indistinctè loquitur, quod perpendunt Fortunius de vltimo fine iuris, Illatione 12. Socinus iunior d. cōs. 44. nu. 44. lib. 2. Couuar. ad d. c. Quāuis in 2. parte, in initio, quorum argumentis respondere debuisset Vasquius de successionum progressu lib. 3. cap. 28 nu. 10.

Præter hanc, inquam, rationem, illa etiam accedit, quòd pactiones hæ inducunt votum captandæ mortis, & ideo sunt contra bonos mores, etiam secundum ius canonicum. c. 2. c. Detestanda. de Concess. præbendæ lib. 6. Sunt enim cōtra ius naturale. l. Quidam. §. vlt ff de donation. consequenter contra ius canonicū ex trad. per Panorm. in c. Cùm contingat. post nu. 5. de iureiur. vt animaduertit Socinus iunior d. cons. 44. nu. 41. lib. 2.

Imò

Imò vt ſuperius dicebã ex ſnia plurimorũ, pacta hæc dñr peccatum nutrire, ſeu peccandi occaſionẽ præſtare.

Adde quod vergunt in præiudicium tertij. Conſequenter iuramento confirmari non poſſunt. Conſequentiam probat c.Cùm contingat.de iureiu.c.Quamuis de pactis, lib.6.vti notarunt Bartol. ad l.Titia Seio.§.Imperator.de leg.2. Alciatus ad l.Pacta quæ contra.C.de pactis.Tiraq. ad l.Si vnquam.nu.91.C.de reuo donat.

Antecedens autem probatur ex l.vlt. C. de pact.dum ait, eiuſmodi pactiones plenas eſſe triſtiſſimi & periculoſi euẽtus, propter inſidias videlicet quæ parari poſſunt viuenti, cuius hæreditas in pactum deducitur, vti annotarunt Salicetus in l.Pactũ quod dotali. C.de pactis. Socinus iunior d.cõſ.44.poſt nu.40.lib.2.Vaſquius de ſucceſ. progreſſu lib.2.§.18.nu.64.& nu.208.verſ. Ex ſuperioribus.& lib.3.§.28.poſt num.10. quibus adſtipulatur quod ſcribit Andreas Iſernia in c.1.§ Moribus.ſi de feudo fuerit controuerſ.&c.& in c.1.col.7.qui ſucceſſ.teneantur.

Denique his accedit, quod perpendit Alciatus in l.Stipulatio hoc modo concepta.de verb.obl.ita iure ciuili pactiones iſtas reprobari, vt paciſcentes quoq; puniantur, fiſco ſcilicet hæreditatem auferente, iux.l.2.§.1.ff.de his quib.vt indig.l.Quidã.§.vlt.de donat. Quare haud quaquam iuri conſonum videri, iureiurando debere cõfirmari tam illicitas pactiones arg.c.Et ſi Chriſtus.de iureiu.

CAPVT LXXIII.

Filia an poſſit agere ex promiſſione dotis marito facta per patrem, marito vita functo?

DIocletianus. *Si pro te pater marito tuo ſtipulanti promiſerit dotem: non tibi ſed marito contra ſucceſſores soceri competit actio.* l.5.C.de dotis promiſſ.

Paulus in l.Si ſocer.45.§.Lucius.ff.ſol.matr. *Reſpondi, &c. neceſſe habebit maritus aut exactam dotem aut actiones ei præſtare,&c.*

Ex Diocletiano habemus actionem filiæ non competere contra patris ſui ſucceſſores, ex Paulo autem competere aduerſus maritum ſuum, ſed quoniam is dotem non recepit,& eam ob cauſam tenetur, quia actionem habet, ideo actionem cedendo liberari. Scæuola in l.Quod dicitur 52. *In omnibus quos ideo teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro iuſta præſtatione eſt.*

Hæc cùm ita ſint, non rectè ſcripſit Guido Papæ, q.375 & in cõſ.6.nõ procul à fine, Boerius deciſ.328.nu.2. mortuo marito ex æquitate actionem filiæ cõpetere aduerſus patris ſucceſſores; nam hæredes mariti defuncti, qui eius ſucceſſores ſunt,& vna eademque perſona cum defuncto cenſentur, vt in Nouell. de iureiu.à moriente præſtito.conueniendi ſunt à muliere, vt aut dotem, ſi exacta eſt, reddant, aut actiones aduerſus patris ſucceſſores cedant. Ex perſona hæredis non mutatur conditio obligationis.l.2.§.Ex his.ff.de verb.oblig.

Et ita rectè in terminis ſenſit Corneus cõſ.1.col.pen. lib.2 & conſ.318.verſ.His tamen non obſtantibus, lib.3. Baldus in d.l.5.verſ Sed pone.C.de dotis promiſſ.

Argumẽta Guidonis Papæ nullius ſunt momenti. Primum eſt ex l.vn. §. Videamus. C. de rei vxor. actio. ibi. *Aequiſſimum nobis viſum eſt,& in ex ſtipulatu actione mulierem dotem ſuam præcipuam accipere.*

Reſpondeo, text. loqui de dote iam ſoluta & data marito, & hoc velle, mortuo patre actionem competere ſoli filiæ, ac in eam vt vulgò dicitur conſolidari, licet emancipata vel exhæredata ſit, quod ad quæſtionem propoſitam nil facit.

Secundum argumentum eſt ex eadem l.vn.§.Accedit. ibi. *Tunc præſumatur, mulier ipſa ſtipulationem feciſſe, vt ei dos ex huiuſmodi caſu accedat.*

Nihil ad rem, quia hæc eſt ſententia legis, ſi extraneus qui dotem dedit pro muliere, non fuerit ſtipulatus eam

A ſibi reddi, ad mulierem pertinere,& ei actionem ex ſtipulatu competere: Quid hæc ad propoſitum noſtrum?

Multò minus ad rem pertinet quod S. Pontifex monuit in c.Dilecti filij, de iud quem textum cõiungit Guido Papæ cum ſuperioribus legibus, vbi S.Pontifex. *Prouideatur attentius ne ita ſubtiliter, ſicut à multis fieri ſolet, cuiuſmodi actio intentetur inquiratis, ſed ſimpliciter & purè factum ipſum,& rei veritatem ſecundum formam canonum & ſanctorum patrum inſtituta inueſtigare curetis.*

Hic non eſt quæſtio, quæ actio competat mulieri, ſed an competat aduerſus patris ſucceſſores ex promiſſione dotis marito facta,& negat Diocletianus cõpetere, Paulus reſpondit competere aduerſus maritum, eo vſque, vt ei actionem cedere compellatur. Si Pontifex illud monet, cùm certum eſt actionem competere, ne ſolliciti ſimus quæ competat actio, ſed factum ipſum & veritatem inueſtigandam eſſe, quod non procul abeſt ab eo, quod Conſtantinus ſtatuit in l.2.C.de formulis ſublatis. Solet
B c.Dilecti.à doctoribus noſtris citari, cùm probare volũt nomen actionis in libello exprimendum non eſſe, non malè. Ad hãc verò quam in manibus habemus facti ſpeciem, non benè à Guidone Papæ citari mihi videtur.

CAPVT LXXIV.

Si gener confeſſus fuerit ſe dotem à ſocero accepiſſe: deinde ſocer ei dotem promittat: an mortuo marito vxori actio competat contra hæredes ipſius, vt dotem reſtituant an verò ij cedendo actionem contra ſucceſſores ſoceri liberentur?

ALtera maioris momẽti ac longè difficilior quæſtio proponitur inter doctores maximè cõtrouerſa. Maritus cõfeſſus eſt ſe à ſocero dotẽ accepiſſe, cùm matrimoniũ eſt contractum. De-
C inde ſocer ei dotẽ promiſit. Soluitur matrimoniũ morte viri. Quæritur an vxor cõpellere de iure poſſit hæredes viri ad dotẽ reſtituendã, licet maritus defunctus eã non acceperit, an verò ij actionẽ quã ex promiſſione habet cedẽdo liberentur. Videri põt cuipiã hoc mirabile, vt tales cõfeſſiones ac promiſſiones fiãt, ſed præterquã quod eo tẽpore, quo Bart.vixit, Angelus Peruſinus,& alij antiquiores interpretes, in vſu erãt eiuſmodi cõuentiones, de hac conſuetudine mentionem facit Iuſtinianus in l.vlt.C.de dote cant.non num.dum ait: *In dotibus quas datas eſſe dotalibus inſtrumentis conſcribi moris eſt, cùm adhuc nulla datio, ſed pollicitatio tantùm ſubſecuta ſit,&c.*

In hac igitur quæſtione cõmunior ſentẽtia eſt, quæ vt verum fatear, mihi quoq; magis probatur, hæredes viri obligatos eſſe, atq; adeò cõpelli poſſe ad dotem reſtituendam, nec liberari actionẽ cedendo, ita Bart.in l.pen.§.Si vir.ff.ſol.matr. Paulus Caſtr.ibidẽ,& Alex.Bald.in conſ. 224.lib.5.Abbas in cõſ.73.nu.3.lib.2.Alex conſ.36.nu.2.
D lib.2.& conſ.148.nu.1.2.lib.5. Corneus in conſ.151.nu. 16.17.lib.1.& 209.lib.3.& 109.lib.4.Soc.ſenior cõſ.179. col.pen.verſ. Confirmantur poſtremò lib.2.& conſ.64. nu.8.lib.3.& 88.nu.21.& 130.num.18.lib.4 Iaſon.conſ. 122.lib.1.Ruinus cõſ.197.ad fin.lib.1. Neuizanus lib.2. Siluæ nuptialis, nu.73. qui teſtatur ſic iudicaſſe Senatum Mediolanẽſem, Afflictus deciſ.323.nu.1.Cãpegius de dote in 1.par.q.52.nu.3.verſ.Aduertẽdũ m̃ eſt,& in 5.par. q.75.Crau.cõſ.253.in fine,& 282.nu.3.& 285.col.pen. Menochius qui oẽs iſtos citat, quos ego in fonte volui videre de Præſumpt.lib.3. Præſumpt.12.nu.90. illis addo Cagnolum ad l.2.nu.20.C.de pactis inter empt.& vend.

Fundamentum eſt hoc, quod ego latius explicabo. Sẽper in ſtipulationibus & cæteris contractibus inſpicitur quod actum eſt l.Semper in ſtipulationibus.de reg.iur.

Sed hoc actũ vr̃ inter cõtrahẽtes, vt vir vxori ſuę dotẽ ſoluto matrim.reſtituat, perinde atq; ſi eam accepiſſet à ſocero. Ergo eam reddere mulieri hæredes eius tenẽtur.

Aſſumptio

Assumptio argumenti probatur, quia maritus cõfessus est, se à socero dotem accepisse, quam verè non accepit, pro cautione vxoris suæ, vt videlicet eum obligatum haberet ad restituendam dotem, non habita ratione an dotem acceperit, necne. Nam & ipsi marito prospectum satis est ex promissione postea facta per socerum, vt planè videatur, sicut rectè Bartolus dicebat, tam promissionẽ illam æstimasse, vt se voluerit obligare, ac si numerata esset. Quod sanè confirmari potest, primùm ex eo, quod in instrumento, in quo confessio de recepta dote ipsius mariti continetur, idem promittit, se eam vxori restituturum soluto matrimonio, & in omnem casum dos restituẽdæ, vt fieri solet. Quare mulier ex stipulatu actionem meritò habet, iuxta l. Vn. C. de rei vxor. actio.

Secundò, quia ea confessio non fit in fauorem soceri, & hoc certum est: nec enim gener confitendo se dotem accepisse, ipsum socerum liberat, imò adhuc obligatũ habet ex promissione postea facta. Non etiã ea confessio fieri vĩ à marito animo donãdi vxori suæ, iuxta l. x. C. de do-
B te cauta nõ num. quia maritũ nolle aliquid donare ex eo apparet, quod postea stipulatur à socero sibi dotẽ præstari, & solui, & socer ei promittit se soluturũ dotẽ. Vt igitur confessio non sit prorsus inanis, & absq; vllo effectu, dicendũ est, eã in fauorem vxoris factam videri, vt maritũ eiusq; hæredes conuenire possit ad reddendam dotem soluto matrimonio, ipsi autem marito & hæredibus eius actionem competere ad dotem promissam cõsequendã.

Sed contrariam sententiam Baldus est secutus in l. pen. §. Si vir. ff. sol. matrim. & ibidem Angelus, vbi testatur sic fuisse decisum Perusij, & idem in consil. 145. Romanus in cons 445. nu. 4. Andreas Siculus cons. 119. lib. 2. Curtius senior cons. 14. col. 2. & 3. Socinus senior cons. 27. nu. 24. lib. 4. alios citat Antonius Thesaurus decis. Pedemont. 112. numero 3.

Horum argumentis respondendum est. Primum est ex l. 1. C. de dote cauta non num. *Dotem numeratio non sola confessio constituit*. Sed hic nulla est numeratio, sed confessio sola mariti, Ergo, &c.

Respondeo, hanc esse legis sententiam, dotem constitui ex numeratione, non autem ex confessione, quia obstat exceptio dotis non numeratæ, intra tempus constitutum, vt in illo titulo habetur. Veruntamen etsi maritus dotem non acceperit, nihil tamen prohibet, quo minus dotem reddere teneatur. Velut si socerum liberauit, qui dotem præstare tenebatur ex alijs causis, vt in l. pen. §. Si vir. ff. sol. matr. l. Vir ab eo. l. Dotem. l. Prætermittendo. §. 1. ff. de iure dotium.

Hæc in proposita quæstione iusta causa est, quia vir sua scepit in se periculum, & onus ac obligationem dotem vxori reddendi soluto matrimonio, contentus promissione soceri, vt suprà dictum est.

Secundum argumentum est, quia licet paternum officium sit dotem dare filiæ suæ. l. vlt. C. de dotis promiss. l. Qui liberos ff. de ritu nupt. tamen filia dicitur à patre aliquod lucrum accipere, dum dotem accipit. l. vlt §. Si à so-
D cero. ff. quæ in fraudem cred. ibi: *Intelligitur quasi ex donatione aliquid ad eam peruenisse*. Ergo filia factum patris, à quo causam habet, præstare debet: Consequenter sicut patri agẽti ad repetitionem dotis obstaret exceptio propter promissionem postea factam, ita & filiæ obstare debet l. Apud Celsum. §. De authore. ff. de doli mali except. l. Ex qua persona de reg. iuris. l. Meuia. §. 1. ff. sol. matr.

Respondeo, non obstare filiæ hanc exceptionem, quæ patri obstaret (nisi hæres eius esset) quia nihil petit ex persona patris, sed petit ex cõfessione & promissione mariti, qui obligauit se ad restituendam ipsi vxori dotem, licet à socero non acceptam. Habuit enim promissionem soceri loco solutionis, ac proinde cõfessionem & promissionem fecit vxori suæ, perinde ac si dotem accepisset. Argumentum autem cõtrarium locum haberet, si versaremur in sola confessione mariti de recepta dote; nam intra tempora legibus constituta vxori dotem repetenti re-
A ctè obijceretur exceptio dotis cautæ non numeratæ. Sed hic versamur in alia facti specie, cùm scilicet uir promisit uxori se dotem redditurum, non spe futuræ numerationis, sed simpliciter, quia scilicet promissionem habuit à socero, quam pro numeratione reputauit.

Ternum argumentum est, quia ex illa confessione mariti non est planè quæsitum ius uxori ante lapsum temporis, ad opponendam exceptionem non numeratæ dotis constitutam. Ergo repellitur exceptione, &c.

Respondeo, id negando, quod in argumẽto assumitur. Etenim ius quæsitum esse mulieri contra maritum & eius hæredes, ex promissione mariti de dote ei soluto matrimonio reddenda, & confessione facta, patet ex iam dictis.

Quartum argumentum est, cùm quis eam ob causam tenetur, quia actionem habet, cedendo actionem liberatur l. Quòd debetur. ff. de peculio. Sed ideo maritus tenetur hoc in casu, quia actionem habet ex promissione contra socerum. l. Si pater 5. C. de dotis promiss. Ergo ceden-
B do mulieri actionem, liberatur.

Respõdeo, negando, maritum ideo teneri, quòd actionem habeat, nam tenetur eam ob causam, quod vxori suę promisit se dotem redditurum, quam confessus fuit se habuisse, licet enim reuera non habuerit; tamen quantum ad mulierẽ voluit esse obligatus, ac si eam habuisset, suóque periculo dotem à socero ex promissione exigere.

Quintum argumentum est, Nouatio non inducitur, nisi expressè id agat. l. vlt. C. de Nouation. Ergo maritus qui confessus est se dotem accepisse, non uidetur hoc fecisse animo nouandi, & obligationem in se suscipiendi.

Respondeo, imò videri: cuius rei luculentum est testimonium, ex eo, quod mulieri præsenti ac stipulanti promittit se dotem redditurũ, ac in fauorem, & commodũ eius fatetur se dotẽ accepisse, licet reuera non acceperit.

Vltimum argumentum est, quia eiusmodi cõfessio est erronea, nam vir fatetur se dotem accepisse, & tamen cõ-
C stat id falsum esse. Erronea autem confessio non nocet. l. Error. C. de iuris & fact. igno.

Respondeo, nullum hic errorem esse, nullam falsitatem videri: Nam res sic se habet: maritus accipit à socero promissionem. Ea promissione vsque adeò contentus est, vt eam loco numerationis dotis habeat; ac proinde se accepisse dotem profiteatur, promittatq; vxori se eam restituturũ. Hic periculum est mariti, si postea non exigat, non vxoris; quia satis ei cautum est ex ea confessione & stipulatione.

CAPVT LXXV.

Ad l. 1. C. de dotis promiss. & ad l. Cùm post. §. Gener. ff. de iure dotium.

PApinianus: *Gener à socero dotem arbitratu soceri certo die dari non demonstratam, vel quantitate stipulatus fuerat, arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit: nec videri simile, quod fundo non demonstrato, nullum esse legatum, vel stipulationem fundi constaret: cùm inter modum constituendę dotis, & corpus ignotum, magna differentia sit. Dotis enim quantitas pro modo facultatum patris, & dignitate mariti constitui potest, &c.* l. Cùm post. §. Gener. ff. de iure dotium.

At contra Imperator Alexander: *Frustrà existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi nec præstita sit, cum neque species vlla, neque quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea quę nubebat, dotem dare promiserit.* l. 1. C. de dotis promiss.

Quinque præcipuas Doctorum sentẽtias esse animaduerti, quas ordine referam, vt collatione inuicem facta lector facilius intelligere ac discernere valeat, quæ sit rationi ac iuri magis consentanea: qua in re operam etiam dabo, vt iudicium non desideret meum.

Prima fuit Accursij & aliorum veterũ sententia, Papi A nianum loqui de dote per stipulationẽ promissa. Alexandrũ verò de dote in scriptura, vel nudo pacto promissa, quæ cùm incerta sit, non est præsumenda stipulatio, nec pactum nudũ actionẽ producere debet, ne duo specialia concurrant. Primum, vt ex nudo pacto detur actio. Alterum, ad incertũ, vel præsumatur stipulatio interuenisse.

Secunda fuit sententia Francisci Duareni lib. 1. anniuersar. disputat. cap. 56. distinguendum esse, an pater filię nomine dotem promiserit, an verò ipsa mulier. Posteriore casu nulla est promissio, propter incertitudinẽ, vt Alexander rescripsit. Priore autem casu promissio dotis vtilis est, vt respondit Papinianus, ea ratione, quia officium patris est dotare filiam, idque pro modo facultatum suarum, & dignitate mariti. Vnde promissio ex iure & legibus certitudinem accipit. Nullus autem legibus præfinitus est modus dotis, quo mulier citra conuentionem teneatur, imò potest indotata nubere.

Tertia est sententia Antonij Guiberti de dotibus, c. 4. B generalẽ ac indefinitã dotis promissionẽ valere, siue mulier eã promiserit, siue pater vel alius eius nomine, quoniã ex facultatibus promittentis, & dignitate eorum, qui matrimonio coniunguntur, dos certitudinem capiet. Ad Alexandri rescriptum quod attinet, respondet mulierem eo in loco dotem tantùm dicere promisisse, id est, solenniter constituere, secundùm antiquos emendatos Codices. Cùm itaque dotem mulier non promiserit, sed tantùm pacto nudo se dotem dicturam cauerit, meritò actio non competit, quia lex non confirmat talem dotis constituendæ pactionem, sed eam demùm quæ aliquam dotis constitutionem seu promissionem continet.

Quarta est sentẽtia Giulielmi Fornerij, lib. 3. selectionum, c. 24 in Alexãdri rescripto, nullã omnino à quoquã dotem Claudio fuisse promissam, non secus tamen, ac si promissa esset dotali adscriptã instrumento. Ei rei argumento esse versiculum, *quia promissa*, quo sermone falsa ac temerè arrepta opinio significari solet. l. 4. C. de hæred. C instit. l. Quidam ff. de probat. l. 2. §. Voluntatem. vers. Iulianus. l. Si alienã. ff. sol. matr. l. Si eum. ff. si cert. pet. l. Nec ignorans. C. de donat. §. Sed istæ. de actio. cap. Quęsijt de verb. sig. Et licet regulariter instrumenti fidẽ sequamur. l. Sciẽdum. de verb. obl. Sæpe tamen tabellionum multa de suo adscribentium & affingentiũ vitio, negligẽtia, vel astutia hæc iuris definitio offendit. l. Si librarius. de reg. iuris, vt interdũ plus nũcupatũ, minus scriptũ, vel contra, plus scriptũ, minus cautum esse videatur. l. 4. C. de dotis promiss. Etsi pro scriptura pſumatur, permissum est id, quod gestũ sit inuestigare, vt veritati locus supersit. l. Optimã. C. de cõtrah. & com. stip. Ex quibus indotatã vxorẽ Claudio nupsisse relinquitur. d. l. 1. quod nec nouũ, nec insolẽs videri debet. l. Si cùm dos. rer. amot. l. Quid si nulla. de relig. & sumpt. fun. Nou. 2. 74. 117. Hęc ferè Fornerius.

Quinta est sententia Roberti Aureliani, lib. 4. senten. iuris, c. vlt. Alexãdri rescriptũ ad eam speciem pertinere, qua dotis promissor in animo habuerit eam taxare & pręD finire, neq; tamen aliquo casu superueniẽte, aut errore id egerit, tunc enim inutilis est promissio. Hocque indicere videntur illa verba Alexandri: *Sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum*, nimirum ex proposita specie intellexisse Imperatorẽ, amplius quid adscribi voluisse instrumento partes, sed tamen hactenus tantum, vt dos simpliciter promissa appareret, fuisse adscriptum: cùm neq; species vlla, neq; quantitas promissa fuisset, verùm eo imperfecta promissio relicta, quòd cùm sic dotem promitteret mulier, vt simul dotis modum præstituere vellet, id tamẽ actum non esset, nec per consequens instrumento adscriptũ: quod sibi imputare debeat stipulator maritus, in cuius potestate esset apertiùs ea omnia cõcipere & conscribi curare. Sic enim in cæteris, quæ obscura dubiaq; & incerta sunt, contra stipulatorem interpretatio fit, cæterosque istiusmodi omnes, quibus ex conuentione aliquid quæritur, & cõmodum adfertur. l. Stipulatio ista. §. In stipulationibus. ff. de verb. obl. l. Veteribus. ff. de pactis. l. Labeo scribit obscuritatem. de act. empt. Hæc Robertus.

Nunc de singulis quid ipse sentiã paucis accipe. Prior sentẽtia nullo pacto mihi placere potest, primò, quia tam Alexander quàm Papinianus intelligi possunt de dote promissa, vel pacto nudo, vel per stipulationẽ. Nec enim refert l. Ad exactionem. C. de dotis promiss. nec vllum est vestigium huius diuersitatis in vtroque responso. Secundò, quia illa ratio, ne duo specialia simul concurrant, admodum infirma est; nam concurrere posse, multa specialia indicant. l. Licet. §. 1. ff. de iure dot. l. Singularia. ff. si cert. pet. l. vlt. C. ad Velleian. §. Si ab hostibus. Instit. quib. modis ius patriæ potest. soluitur.

Tertiò, quia ratio Alexandri Imperatoris non est posita in impediendo concursu duorum specialiũ, sed quia in instrumẽto dotali nil aliud erat adscriptũ, nisi quod ea, q̃ nupserat, dotẽ dare promiserat. Quibus verbis apparet, rationem eius esse propter incertitudinem promissionis, quia nec species vlla, nec quantitas expressa fuerat.

Quod attinet ad sententiam Francisci Duareni, illa mihi verissima videtur. Imprimis eam amplexi sunt Franciscus Connanus, aut is, qui Connano additamenta fecit, lib. 8. cap. 8. Deinde Corasius ad l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. nu. 92. Denique Cuiacius in recitationibus ad Codicem tit. de dotis promissione, & ad Papinianum lib. 4. respõnsorum, dum tractat responsum illud Papiniani in l. Cùm post. §. Gener. ff. de iure dotium.

Adhæc, adstipulatur huic sententiæ Hermanopulus lib. 4. cap. 8. sic Latinè dicens: *Si spoponderit mulier dotem dare, non adiecta quantitate, aut re certa expressa, quæ in dotem detur, inutilis est eiusmodi dotis promissio, vtpote cùm possit mulier vel vilissimum quippiam dotis nomine exhibere. Alia causa est patris dotem pro filia pollicentis, qui etsi quantitatem dotis non præfinierit, rata tamen est ac valida promissio. Hoc enim cum dicit pater, non sese quantamlibet dotem, sed quæ facultatibus par sit daturum indicat.*

Denique, his accedit argumentum ex ipsis verbis Papiniani & Alexandri, Papinianus enim apertè loquitur de patre promittente dotem, filiæ nomine; Alexander verò de muliere ipsa, quæ dotem promisit, Ergo hæc sententia verbis vtriusq; legis consentanea est, sed & rationi quoque conuenit. Nam pater debet dotem filiæ, tanquam æs alienum. l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. l. vlt. C. de dotis promiss. Quantum verò debeat obscurum non est. Debet enim dotem filiæ constituere pro modo facultatum suarum, & mariti dignitate. Si ergo pater pro filia dotem promittat, non est incerta huiusmodi promissio, nec incerta dos. Sed nulla dos est certa, quã sibi ipsi mulier constituere debeat aut cogatur: nam in arbitrio eius est, quam & quantam marito velit dare vel promittere, modò omnia bona sua. l. Mulier 73. ff. de iure dot. modò exiguam pecuniam, modò etiam nullam. Ideo mulier dotem promittendo simpliciter non adiecta re vel quantitate certa, nihil agit, quia quantum promiserit non apparet, & leuiculæ rei præstatione liberari potest, quam sibi suam dotem esse dicat.

His non obstat l. Quæro 61. ff. de iure dotium, quam Gunterius opponit ad probandum dotis promissionem incertæ quantitatis à muliere factam valere. Nam lex illa hoc non dicit. Celsus: *Quæro quanta pecunia dotem promittenti adultæ mulieri, curator consensum accommodare debeat? Respondi. Modus ex facultatibus & dignitate mulieris maritique statuendus est, quousque vel ratio patitur.*

Hæc est sententia legis, si adulta mulier, quæ curatorem habet, dotem certæ quantitatis promittat, curatorem eius consensum accommodare debere, prout facultates mulieris, eiusque & viri dignitas, & ratio postulat & patitur. Itaque mulieri immoderatam dotem promittenti, suum consensum curator non accommodabit. De incerta dotis promissione & quantitate obscura, nullum verbum in dicta lege habetur.

Ad tertiam sententiam quod attinet, hoc mihi occurrit, non videri solidā. Primò, quia repugnant omnes Codices, in quibus scriptum est, mulierem dotem dare promisisse. Secundò, quia & si mulier dotem se dicturā, hoc est, constituturam, promisisset, æquè (nisi incertitudo obstaret) deberetur, ac si dotem promisisset. Nec enim verbis leges scriptæ sunt, sed rebus. l. 2. C. commu. de leg. tertiò. Quia licet Vlpianus in fragmētis, tit. 5. dicat: *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*, dotis tamen actio tam ex dictione nascitur, quàm ex stipulatione, vt notat ibi Cuiacius, vbi etiam monet, sublatam esse dicendæ dotis solennitatem, & ideo Tribonianum in l. Ad exactionē. C. de dotis promiss. & alibi semper scripsisse, *dotis promittere*, vbi olim scriptum erat, *dotis dicere*.

De sententia Fornerij amplectenda nunquam cogitaui, quoniam repugnat verbis legis, quibus euidenter apparet dotem re uera promissam fuisse indefinitam, & ita comprehensum in instrumento, & ideo nullam falsitatē interuenisse manifestum est, totaque legis ratio in eo est posita, quod nulla species, nulla quantitas dotis expressa fuerit.

Postrema denique sententia Roberti nullo modo placere potest, quia nobis non constat, partes voluisse dotē taxare, & postea errore aut alia de causa nō taxasse. Nulla huius rei mentio habetur in lege; nullum, vel minimū argumentum. Nam illa verba illa, *sed hactenus instrumento dotali adscriptum*, non indicant partes voluisse dotem taxare ac definire, sed hoc significatur, in instrumēto dotali hoc solùm fuisse comprehēsum, quod ea quæ nupserar dotem dare promisisset, scilicet nulla certa quantitate vel specie expressa: quæ ratio & causa fuit, vt actio Claudio non competeret.

CAPVT LXXVI.

An fideiussores dotium dari possint.

A Marito non esse exigendam pro dote satisdationem certum est ex l. 2. C. Ne fideiussores dotium dentur, cuius rei adfert rationē Imperator ibi, quam latius explicat Alciatus lib 4. Parergon, cap. 26. Sed an à marito volente præstari satisdatio possit, in controuersiam vocari potest. Quoniam Duarenus in cap. 4. de dotibus & dotium iure, sub tit. sol. matr. affirmat. *Equidem arbitror*, inquit, *fideiussorem, qui à marito datus est obligari, ac conueniri posse, quamuis fideiussorem inuitus dare non cogatur. Mouet me primùm, quod omni obligationi potest accedere fideiussor. l. 1. de fideiuss. nec vlla lex est, quæ hanc fideiussionem prohibeat, aut ratio propter quā prohiberi debeat. Præterea, cùm certi iuris sit, pignus à marito vxori pro dote dari posse. l. Quod autem. §. Si vxor. de dona. inter vir. & vxo. cur fideiussor non dabitur? Fideiussio namque pignoris dationi par similisq́ esse videtur. l. Promissor. §. vlt. de constit. pecu. Deinde nemo dubitat, quin fideiussor pro muliere dotē promittente intercedens teneatur. l. Cùm dotis. de iure dot. ex quo consequens est, & pro marito intercedentem obligari, cùm nulla ratio diuersitatis, nisi perquam inepta, negatoriaq́ adferri possit. Et sanè inter omnes conuenit soluto iā matrimonio, satisdationem hanc vtilem atque efficacē esse. l. Si constante. §. Quoties. ff sol. matr. l. Exceptiones. de exception. §. Cùm autem C. de rei vxo. act. sed cōstante matrimonio fideiussorem vtiliter dari negant. Ego verò fideiussionem valere contendo quocunque tempore data fuerit: Nec aduersatur nostræ sententiæ inscriptio illa siue titulus. Ne fideiussores dotium dentur: quem ego prohibitorium esse nego. Verba enim ea ambigua sunt, & possunt ita accipi, vel vt maritus non cogatur fideiussores dare, vel vt ne volens quidem, dare possit. In ambigua autem oratione ea accipienda interpretatio est, quæ vitio caret, non quę rationi & iuri contraria est. l. In ambigua. de legib. Prĕterea duæ tantùm leges sub eo titulo collocantur, ex quibus nihil ad confirmationem vulgaris opinionis colligi potest. Prioris etenim legis hęc*

A *verba sunt: Siue ex iure, siue ex consuetudine lex proficiscitur, vt vir vxori fideiussorem seruandæ dotis exhibeat, tamen eam iubemus aboleri. Quibus verbis abrogantur leges ac consuetudines, quibus maritus ad dandum fideiussores cogebatur. Posterior lex clarè & apertè loquitur de fideiussionis exactione, non de ea, quæ à volente præstatur, vt satis constet, vel ea lege, tituli seu inscriptionis ambiguitatem explicari. Verus igitur sensus earum legum est, atque adeò tituli ipsius, maritum vxori, ad dandum fideiussorem dotis nomine, cogendum non esse. Nam etsi plerunque cautiones huiusmodi interponi soleant, maximè in bonæ fidei iudicijs l. In bonæ fidei. de iud. tamen indignum visum est eam cautionem à marito extorquere propter rationem à Iustiniano proditam in lege posteriore. Nostræ huic sententiæ Hermanopulus adstipulatur lib. 4. tit. 8. Nihil autem in priscis autoribus iuris nostri extare putamus, quod nostræ interpretationi refragetur, nisi fortè quis obijciat nescio quam Theodosij constitutionem, quæ legitur in Theodosiano Cod lib. 3. tit. 15. Sed in*
B *eius constitutionis verbis nihilo minor est, quàm in titulo illo Iustiniani, cuius modo mentionem fecimus ambiguitas. Nam & Codex ille, qui Theodosij nomine & titulo inscribitur, valdè mendosus est, nec Theodosij Codex est, sed Alarici Gottorum Regis potius, qui in Theodosij Constitutionibus multa immutauit.* Hactenus Duarenus.

Sed hęc noua Duareni sententia contra omniū veterū interpretationē ac sensum, nullo modo recipiēda est. Primò, quia repugnāt verba l. 1. C. Ne fideiussores dotiū dentur: quibus generaliter illa lex aboletur, qua vir vxori seruādæ dotis fideiussorē exhibeat. Secūdò, quia in Codice Theodosiano, ex quo illa lex sumpta est, ita legitur, lib. 3. tit. 15. tit. de fideiussorib. dotiū: *Omnium sponsorum vel fideiussorum, deinceps in cauēda dotis sponsione promissiones absoluimus.* Et ideò rectè Cuiacius ad hunc tit. Etsi vltrò, maritus dederit fideiussorē vel mandatorē, vt nō obligetur, quia hanc obligationē constitutiones improbant. l. 1. C. Theod. de fideiuss. dotis. Tertiò, quia & Hermanopu-
C lus, cuius testimonio vtitur Duarenus huic cōi sententię adstipulatur. Sic enim scribit lib. 4. tit. 8. latinè redditus: *Vir dotem accipiens, fideiussores exhibere non cogitur. Nunquam enim pro muliebri dote fideiussor datur, nisi antequā sponsalia contraherentur, id conueneris.* Si nunquā fideiussor datur, nisi ante sponsalia fuerit conuentum; Ergo sentit non valere fideiussoris dationem constante matrimonio, nisi ante sponsalia, vt præstetur, fuerit conuentum.

Argumenta Duareni non obstant. Primum, omni obligationi accedere posse fideiussorē, nihil mouet, quia hæc est exceptio, vt pro dote nō accedat: Constitutiones enim fideiussoris obligationem hoc in casu improbant.

Secundum argumētum est, pignus à marito vxori pro dote dari posse, ergo & fideiussorem. Respondeo, rationē hanc diuersitatis esse inter pignus & fideiussorem, quia dato pignore dos ponitur tantùm in tuto, nō etiam committitur alterius personæ fidei, quàm mariti ipsius. Fideiussor obtinet locum debitoris, pignus locum rei debi-
D tæ. Non quæritur aliena fides, si quæritur pignus; secus si fideiussor: quod inter coniuges fieri absurdum, & perfidiæ occasionem esse Imperator censuit.

Tertium argumentum est, quia fideiussor pro muliere dotem promittente obligatur. l. Cùm dotis. ff. de iure dotium. Ergo & pro marito. Respondeo, l. Cùm dotis, non loqui de vxore, sed de eo qui dotem viro promissam ab vxore, id est, qui dotē quam debuit vxor expromittit, verba hæc sunt: *Cùm dotis causa aliquid expromittitur, fideiussor eo nomine datus tenebitur.* Expromittere est nouandi animo suscipere alienam obligationem, & se facere reum principalem pro alio, soluto ab omni obligatione alio, quia nouatio liberat debitorem priùs obligatum. Est ergo hæc sententia legis, si quis dotem debitam ab vxore, promiserit viro, nouandi animo, & fideiussorem dederit; vtique fideiussor tenebitur, nec enim ab vxore datus est, sed ab extraneo expromissore: quæ doctissima explicatio est Cuiacij ad tit. Ne fideiussores dotium dentur

gat.de iureiur.c.Quamuis.de pactis,lib.6.Ergo valet etiã A
huiusmodi confessio, quia censetur facta animo donan-
di,cùm re vera dotem maritus non acceperit.

Tertium argumentũ est, quia si maritus qui iuramẽto
interposito confessus est,se dotem accepisse,contrariũ di
ceret,se non accepisse, diceret se periurum esse, & suam
turpitudinem allegaret.Hoc autem iure permissum non
est,vt quis veniat contra proprium factum, & suam tur-
pitudinem alleget.l.Cùm profitearis. C. de reuo. dona.l.
Transactione 30.C.de Transact.l.Aliàs.ff.de iureiur.

Verùm istis nil morantibus contrariã sententiam, &
cõmuniorem & veriorẽ esse non dubito. Communiorẽ
esse constat ex doctorũ Catalogo, quos citat Antonius
Gabrielius lib.3. commu. conclus.titu. de donationibus,
concl. 3. & quos citat Couuar. variarum resolutionum,
lib.1.c.7.post nu.4.vers.Quinto eadem ratione, nec non
Menochius de Præsumpt.lib.3.Præsumpt.12.nu.48.Cla
rus §.Donatio,q.9.vers.Hæc tamen conclusio.

Veriorem autem esse hanc sententiam sic probo.Iura- B
mentum non debet esse vinculum mendacij,& falsitatis
ac simulationis,sed debet habere tres comites, veritatẽ,
iustitiã,& iudicium, c.Et si Christus.de iureiur. Sed hic
maritus confitetur id quod verum nõ est, & iurans verũ
esse,periurus efficitur,Ergo non confirmatur iuramento
ipsius confessio simulata & falsa.

Et hoc est discrimen inter iuramentũ assertorium &
promissorium,quòd promissorium ostendit virum confi
tentem voluisse donationem, quæ ex confessione præsu-
mitur,sua iurata promissione corroborare, & confirma-
re:& ideo ne in periurium incidat,ab ea recedere non po
test,vt in cap.præcedenti conclusum est. Assertorium au
tem nihil aliud facit, nisi quod mẽdacio cõfessionis per-
iurium addit, quod meritò nihil operatur. Possitne quis
iurando id esse verum, quod simulatum & fictũ est,effi-
cere vt verum sit? Minimè gentium. Ergo si hoc veritatẽ
non immutat,si iurans est periurus,si non decet iuramen
to vti ad confirmationem actus simulati, quasi diuinum C
testimonium esse possit ac debeat idoneum medium ac
instrumentum ad tuenda & confirmanda mendacia,cer
tè nihil iusiurandum in hac facti specie operabitur.

Ad primum argumentum respondeo,iuratam confes-
sionem probare & præiudicare confitenti, quia vera esse
præsumitur, vt in dicta Nouella quæ allegatur. Sed nos
supponimus certum esse, confessionem fuisse fictam at-
que simulatam,animo donandi factam,& dotem nequa-
quam fuisse numeratam.

Ad secundum concedo, iuramento confirmari dona-
tionem inter virum & vxorem: sed hæc non est donatio
iurata. Est confessio simulata & ficta cum iuramento fal
so coniuncta, quod nequaquam ferẽdum esset in repub.
tantum abest, vt ex eo robur & confirmatio confessioni
adijcienda esset.

Ad tertium argumentum respondeo, absolutionem à
iuramento petendam esse, neque enim quis propria au-
thoritate venire contra iuramentum potest,c.Si verò.de D
iureiur. c.Ad audientiam.c.Ad aures. de eo quòd metus
causa. Absolutione obtenta nihil proponitur,cur is qui iu
rauerat venire contra promissa,& iuramento confirmata
non possit,vt dixi lib.2 controuers.cap.17. circa fin.vers.
Porrò absolutione.Regula illa generalis; Nemo potest al
legare suam turpitudinem, in alijs casibus locum habet.
Nam in terminis nostris locum non habere, nec impedi
mento esse, quo minus quis contra suam confessionem
iuratam veniat,indicat l.vlt.C.de nõ num.pecu.ibi. *Qua
enim differentia est in huiusmodi exceptione,siue iuramen-
tum positum est, siue non.* Quamquam nec mihi improba-
tur eorũ responsio,qui dicũt,hoc in casu remissam videri
ab altera parte periurij exceptionem,& propriæ turpitu-
dinis allegationem permissam, quoniam in actum fictũ
& simulatum pariter consensit.Nil igitur Iudęus Iudæo,
nil Catilina Cethego,vt dici solet. Et in pari causa turpi-
tudinis,melior est conditio illius, qui de damno euitan-
do certat, quàm qui de lucro captando.argumen.l.vlt.C.
de Codicill.

Non obstat,si dicatur,peti nõ posse absolutionem à iu-
ramento,cùm periurium quis commisit. Nam dato hanc
propositionem veram esse,de qua nũc non disputo, locũ
non habet,cùm iã constat de simulatione,vti nostra sup-
ponit quæstio, vt declarat Iason.in l.Nemo potest in pri-
ma lectura,nu.47.de leg.1. Ludouicus Bolognin.cõs.44.
col.pen.vers.Vnde cum fraus.Serafinus Senensis,de pri-
uilegijs iuramenti,Priuileg.59.nu.7.

CAPVT LXXIX.

Quid si confessioni dotis receptæ accedat iuramentum asser-torium ac promissorium simul?



CVm suprà c.77.disputatũ, & ni fallor satis proba
tum ac demonstratũ sit, solo iuramẽto promis-
sorio confirmari cõfessionẽ dotis receptæ simu
latã,atq; animo donãdi factã, non dubito quin
idem statuendum sit, cùm vtrunque iuramentum acce-
dit,assertorium, vt vocant, ac promissorium. Licet enim
assertorium non sit idoneũ,neq; sufficiens, vt dixi,præce
dente capite; promissoriũ tamen adiũctum,hoc sanè effi
cere poterit: Namque ex eo colligitur, maritum velle ra-
tam donationem habere, quæ ex cõfessione præsumitur,
atque supponitur, quod iuramento effici posse magis est
vt credam,vt & aliàs defendi lib.3. cap.81.

Atq; hãc esse crebriorẽ doctorũ sentẽtiã,affirmare nõ
dubito ex his quę Antonius Gabrielius habet lib.3.cõm.
concl.tit.de donationib.concl.3.nu.5.Rolandus à Valle,
cõs.93.nu.22.lib.1.Ioseph.Ludouicus decis.Perusina 66.
nu.11.vers.Tertia conclusio, in secunda parte,Serafinus
Senensis de Priuilegijs iuramenti, Priuileg.71.nu.55.

Sed contrariũ rndisse video Marianũ Soc.cons.65.&
Bartholomæũ eius filiũ, cons.66.lib.1. Ruinũ cons.130.
& 190.lib.1.& 137.lib.4.& alibi,quẽ in terminis quibus
de simulatione cõstat,sequitur Serafinus Senensis d.Pri-
uilegio 71.post num.56.57.58.& in vers.Amplius intelli
go.Idem sensit Couuar.lib.1.variar.resolut.cap.7.num.5.

Argumenta præcipua sunt tria. Primum,quia donatio
inter virum & vxorẽ iuramento non firmatur,Ergo mul
tò minus tacita donatio,quæ oritur ex confessione.

Secundum,quia dato quod donatio expressa cõfirme-
tur iuramento, non potest tamen confirmari tacita dona
tio,quæ oritur ex confessione,ne concurrant duo specia-
lia,Vnum,quod donatio præsumatur, Alterum,quod do
natio præsumpta iuramento confirmetur.

Terriũ argm est, quia iuramentum non cõfirmat actũ
simulatum ex Gloss.in l.3. C. plus valere quod agitur.

Respondeo ad primum,nõ obstare,quia verius est do-
nationem inter virum & vxorem iuramento confirma-
ri,vt aliàs dixi & ostendi d.c.81.lib.3.

Ad secundum dico, idem statuendum in tacita dona-
tione,quæ ex confessione resultat:quia nulla est ratio di-
uersitatis, cur expressa donatio iuramento confirmetur,
tacita verò non confirmetur. Nam fabula illa de concur-
su plurium specialium,quæ fundamẽtum habet in Gloss.
ad l.1.C.de dotis promiss.iã diu à viris doctis explosa est,
& tradita vera interpretatio dictæ l.1.sicut à nobis suprà
disputatum & expositum est hoc eodem lib.cap.75.

Ad tertium argumentum respondeo, distinguendum
esse:nam si actus simulatus turpitudinem vel peccatum,
vel aliquid contra bonos mores contineret, aut consen-
sum agentis & contrahentis non haberet; tunc iuramen
to non confirmaretur. Sed cùm hic agatur de donatio-
ne inter virum & vxorem, quæ ex confessione dotis re-
ceptæ oritur, vbi maritus nullam dotem recepit, sed
animo donandi se accepisse confessus est, non video ali-
quid fieri contra bonos mores, & quod vllam turpitudi-
nem cõtineat. Tantùm peccari video contra iuris ciuilis
præcepta,quorũ authoritas iurisiurandi religioni meritò

cedit, vt patet ex c. Cum contingat. de iureiur. ex c. Quāuis de pactis, lib. 6. & es alijs testimonijs notissimis. Cōsensus verò mariti hoc in casu non deficit, quia supponimus eum confessum se dotem accepisse, quam non accepit, animo donandi vxori suæ, quam donationem tacitā iureiurando etiam confirmauit.

CAPVT LXXX.

Confessio dotis receptæ à marito facta constante matrimonio & absque iuramento, an præsumatur facta spe futuræ numerationis, an verò animo donandi?

SI maritus constante matrimonio cōfessus sit, se dotem accepisse, nullo iuramento interposito, quæritur an hæc confessio præsumatur facta in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem, an verò spe futuræ numerationis, quasi dos cauta, non autem numerata sit, posito scilicet quod de numeratione non constet. Et in hac quæstione tam ingens est catalogus authorum, qui responderunt præsumi factam animo donandi, & in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem; & rursus eorum qui dixerunt factam videri spe futuræ numerationis, vt otiosum esse putauerim omnes hic adscribere. Præsertim cùm maximè sollicitus nunc sim, de eorum sententia confutanda, qui dixerunt factam videri animo donandi, & in fraudem legis, quæ vti falsa est, & erroris plena, ita meliorem sibi in foro locum vendicauit. Videantur Couuar. lib. 1. variar. resol. c. 7. nu. 4. Rolandus à Valle, in cons. 93. nu. 1. lib. 1. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 81. nu. 3. Menoch. de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 12. nu. 58. Ioseph. Ludouicus decis. Perusina 66. in 1. conclus. par. 2. vbi parum consideratè dixit, neminem cōtradicere conclusioni ab eo firmatæ, eam confessionem factam videri animo donandi, cùm plurimi à Couuar. & à Menochio citati contrariam sententiam ex professo amplexi fuerint, & copiosè tutati sint.

Ego, vt dixi, operam dabo in hoc capite, vt vera opinio tam studiosorum mentibus instilletur, quàm etiam apud pragmaticos in foro defendatur, explosa prorsus & reiecta contraria sententia, quam à iure alienissimam esse existimo.

Hęc est igitur vera doctrina ac sententia, confessionē, qua de agitur, factam non videri animo donandi, sed spe futuræ numerationis.

Prius ostendam non videri factam animo donandi, atque adeò in fraudem legis. Deinde factam pręsumi spe futuræ numerationis.

Non videri factam animo donandi, & in fraudem legis, probatur, quia nulla lex hoc dicit. Nulla iuris ratio id suadet. Repugnant vulgares iuris regulæ. Donatio non præsumitur. Fraus non præsumitur. Nulla causa est præsumendi maritum voluisse donare ex hac sola confessione, cùm videri possit confessus fuisse spe futuræ numerationis. Nulla hic pugnat verisimilitudo, quia si donare voluisset poterat id exprimere, & confiteri se accepisse dotem quam non accepit, vel maiorem quā accepit animo donandi, quæ donatio morte eius confirmatur, & de qua facti specie loquitur, l. 2. C. de dote cauta non num.

Videri factam spe futuræ numerationis, probatur primò ex l. 3. C. de dote cauta non num. Iustinianus: *In dotibus quas datas esse, dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere: non solum marito contra vxorem, &c.* Hic non dicit Imperator donationem pręsumi, sed exceptionem non numeratæ dotis competere, quia scilicet ea confessio facta pręsumitur spe futuræ numerationis.

Secundò, id probatur ex eadem l. 3. dum ita Iustinianus pergit, dicens, exceptionē non numeratę dotis competere etiam hęredibus mariti, ibi: *Sed etiam hęredibus mariti, cuius morte dissolutum est matrimonium.* Si enim donatio pręsumenda esset ex confessione, illa morte mariti confirmaretur, consequenter, hæredibus mariti exceptio non competeret dotis non numeratæ. Donationem enim inter virum & vxorem morte confirmari donatoris, palam est ex l. Cùm hic status. ff. de dona. inter virum & vxorem.

Porrò ridiculum est, quod aliqui dicunt. d. l. 3. esse accipiendam de confessione facta ante contractum matrimonium: siquidem lex est generalis de cautione dotis non numeratæ, quæ ita fit, & fieri potest matrimonio iā contracto, sicut ante matrimonium contractum.

Tertiò, hæc sentētia probatur ex l. Si voluntate. C. de dotis promissione, vbi si confessus fuerit maritus se plus accepisse in instrumento dotali, quàm accepisset, agere potest, vt id quod non accepit, pręstetur.

Si confessio hæc animo donandi facta præsumeretur, non posset maritus quidquam petere.

Quartò, probatur ex Nouella 100 & secundum veterem translationem ex Authenticis de tpe non solutæ pecuniæ super dote, in illis verbis: *Sin autē neque intra decennium* quæratur, taciturnitate mariti, auferimus querelam, neque ei post decennium hoc agere sinemus, &c. *Vbi enim licet in prolixo sic tempore decennij diximus proponere querelam, si tacere elegerit, palam est voluisse, vel si non accepit dotem omnino eum, aut suos reddere, heredes.*

Si tempus decennij requiritur ad excludendum maritum & eius hæredes à querela non numeratæ dotis, quomodo confessio eiusdem mariti videri potest donationem continere? Nunquid is qui donauit, querelam habet dotis non numeratæ? Si donatio est, cur morte viri non confirmatur, vt cęteræ donationes inter coniuges. l. Cùm hic status. ff. de dona. inter virum & vxorem, ac proinde hęres statim non tenetur eam ratam habere, ante lapsum decennij, pręstitum ad querelam proponendam dotis non solutæ?

Sed hęc nimis clara sunt. Videamus quantum habeāt momenti argumenta contrariæ opinionis. Primum est ex l. Qui testamentum. ff. de probation. in illis verbis: *Videtur enim eo quod plus ille capere non poterat in fraudem legis, hęc in testamento adiecisse.* Alteru est ex l. Cùm quis decedens. §. Titia. de leg. 3. *Titia testamentum condidit, & cauit vt dentur Callimacho mercedis gratia denaria decem mille. Quæro an hęc pecunia ex causa mercedis, ab hęredibus Titiæ exigi possit? Respondi non idcirco quod scriptum sit, exigi posse in fraudem legis relictum.*

Sententia horum responsorum hęc est, si cui legetur qui per legem capere non possit, relictū pręsumi in fraudem legis. Et ideo eum probare oportere causam expressam à testatore veram esse.

Sed hæc longè dissimilia sunt. Primùm, quia mulier capax est donationis, etiam cōstante matrimonio, ad hoc scilicet, vt si maritus præmoriatur, res donatas retinere possit, quia morte donatio confirmatur. l. Cùm hic status. ff. de dona. inter vir. & vxor.

Secundò, quia maritus hic confitetur se dotem accepisse, quod in prima sui figura non tendit contra legis alicuius prohibitionem. Nam aut dotem accepit, aut non accepit. Si accepit, confessio veritatem continet, & omni suspicione caret. Si non accepit, habet à lege tempus ad excipiendum, & conquerendum dotem sibi numeratam non fuisse. Quare nulla ex parte iuris dispositionem offendit.

At is qui legat incapaci eo ipso legem offendit, per quā legari non posse constitutum est, & legatum irritum est & nullum. Quare si causam adijciat pro legati confirmatione, cùm res suspecta sit, & legibus repugnet, meritò probanda est, vt in d. l. Qui testamentum. ff. de probatio. ibi: *Si Filius suprascripta ex ratione sua peruenisse ad se- ... licet eum probare potuerit, exigi, &c.*

Tertiò,

Tertiò, nā in ea facti ſpecie quæ obijcitur, ſic res procedit: legatarius petit legatum ſibi ab hærede præſtari; Hæres opponit eum capere non poſſe. Replicat ille, ſe capere poſſe, quia ex bonis ſuis ea peruenerunt ad teſtatorem; quia merces illi debetur, & mercedis gratia relictum eſt. Duplicat hæres, hanc allegatam cauſam & colorem verum non eſſe. Probatio ergo incumbit legatario, qui dicit; nō hæredi qui negat. l. 2. ff. de probation. At in ſpecie hac noſtra nihil tale proponi poteſt; quia nulla eſt lex, quæ prohibeat confeſſionem à marito fieri poſſe dotis receptæ, ſiue acceperit eam, ſiue non receperit. Sed lex permittit & probat eiuſmodi cautiones & confeſſiones inter virum & vxorem, & confitenti exceptionem & querelam concedit eiuſque hæredibus, non autem donationem inde præſumit.

Niſi confeſſio ipſi à marito facta ſit animo donandi, quomodo loquitur l. 2. C. de dote cauta non num. tunc enim locum habent ea quæ de donationibus inter virū & vxorem conſtituta ſunt, vt ibi dicitur. At nos loquimur in dubio cùm non conſtat animo donandi factam eſſe confeſſionem, ideo concludimus donandi animo factam non videri, ſed ſpe futuræ numerationis.

CAPVT LXXXI.

Quid ſi dotis promiſſio præcedat, & poſtea ſequatur confeſſio mariti de dote ſoluta, an valeat, & opponi poßit exceptio non numeratæ dotis?

IMperator Iuſtinianus in l. In contractib. 14. §. 1. C. de non num. pecu. ſic ait: *Illis etiam ſecuritatibus, quæ poſt cōfeßionem dotalium inſtrumētorum de ſoluta dote, ex parte vel in ſolidum exponuntur, nullam exceptionem non numeratæ pecuniæ penitus opponi.*

Coniungendus eſt hic textus cum l. vlt. C. de dote cauta non nume. vbi idem Iuſtinianus ita ſcribit: *In dotibus quas datas eſſe dotalibus inſtrumentis conſcribi moris eſt, cum adhuc nulla datio, ſed pollicitatio tantùm ſubſecuta ſit, liceat non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere, &c.*

Sententia Imperatoris eſt, exceptioni non numeratæ dotis locum non eſſe, ſi præter inſtrumētum dotale etiā apocha cauerit maritus ſe dotem accepiſſe.

Atque hinc noſtri colligunt, confeſſionem dotis receptæ à marito factam, conſtante matrimonio, omni ſuſpicione carere, & dotem viro numeratam præſumi, ſi eam præcedat dotis promiſſio, & conſtitutio. Nihil enim ea confeſſio aliud eſt, quàm apocha mariti, qua ſe dotem inſtrumento dotali promiſſam & conſtitutam accepiſſe ſatetur, & cauet. Et hęc ſnia communis eſt: & ſi ita intelligatur, omnino amplectenda, cùm aperta legis deciſione nitatur. Communé eſſe teſtantur Couuar. authores laudans lib. 1. variar. reſol. c. 7. num. 6. Antonius Gabrielius lib. 3. commu. concl. tit. de iure dotium, concl. 4. Iacobus Menochius de Præſumpt. lib. 3. Pręſumpt. 12. nu 53.

Contrarium docuit apertè Socinus ſenior in l. 1. num. 102. ff. ſol. matr. quem ſequitur Loffredus conſi. 22. non procul à principio. Alios citat eiuſdem ſententiæ, parum tamen fideliter Antonius Gabrielius loco proximè citato. Nam Felinus, quem citat, ſuperiori ſententiæ adſtipulatur. Potuiſſet adferre Franciſc. Aretinum l. 2. §. Creditum, nu. 27. ff. ſi certum petatur.

Sed vt ab Aretino incipiā, is ſuam fundat opinionem in l. vlt. C. de dote cauta non numer. cuius legis verba initio huius capitis retuli, nec video quo pacto in eis fundamentum conſtitui poſſit, cùm nihil aliud velint, quàm exceptionē non numeratæ dotis cōpetere, cùm in dotalibus inſtrumētis continetur, eā fuiſſe datam, licet nulla datio ſed tātùm nuda promiſſio ſubſecuta ſit. Non loquitur ibi Iuſtinianus de confeſſione mariti poſt dotale inſtrumentū, quo dos promiſſa fuit, facta, de quo noſtra diſputatio eſt; ſed de cōfeſſione, quæ in ipſo dotali inſtrumento continetur; cùm ſcilicet maritus dotem ſe accepiſſe cōfitetur, deinde promiſſio dotis ſubſequitur, iuxta ea quæ differui ſuprà cap. 74.

Nititur præterea Nouella 100. tit. de tempore non ſolutæ pecuniæ ſuper dote, dum decēnium requirit, vt cōfeſſio dotis receptæ marito & eius hæredibus præiudicet, quaſi tunc is velit dotem vxori reddi, ſiue eam acceperit, ſiue non acceperit.

Sed illa Nouella non excluditur nec abrogatur tex. in d. l. In contractib. §. 1. C. de non num. pecun. Sit ergo decennale tempus vnū ex remedijs excludendi maritum eiuſq; hęredes ab exceptione & querela non numeratæ dotis. Alterū nobis remediū Iuſtinianus ſuppeditat in d. l. In contractib. §. 1. nec vnum remedium alteri eſt impedimento, imò ſimul optimè cohęrent, neque colliduntur.

Sed Socinum aggrediamur: *Rationes, inquit, per quas* B *ſola confeßio præſumitur ſuſpecta, militant etiam præcedente promißione, maximè quia faciliùs quis ſe obligat & remittit, quàm actualiter donat.*

Secundò, quia d. l. In contractibus, tollit exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæ eſt temporalis, non autem tollit exceptionem ſimulationis, quæ eſt perpetua, quæ competit contra talem confeßionem.

Tertiò, quia cōfeßio de recepto probat numerationē tēpore cōfeßionis, Ergo præſumitur tunc pecunia numerata ab vxore, & p cōſequēs numerata de pecunia viri. Hęc Soci.

Reſpondeo, nullam eſſe rationem idoneam, qua probetur eiuſmodi confeſſiones ſuſpectas videri poſſe, ſicut latè in præcedenti capite diſputaui. Sed vt maximè aliqua eſſet ratio, negatur tamen eam habere locum in caſu de quo agitur. Etenim Imperator præſumit dotē verè numeratā fuiſſe marito ſic confitenti, & cauenti poſt dotale inſtrumentum, quo dos promiſſa & cōſtituta fuit: q̄ cauſa eſt, vt non concedat eidem marito exceptionē non C numeratæ pecuniæ, quam proculdubio concederet, ſi ſuſpicàretur dotem verè non fuiſſe numeratam, ſicut alias concedit in l. 3. C. de dote cauta non num. Vbi ergo nulla eſt ſuſpicio quin dos verè numerata ſit, quomodo ſuſpicio eſſe ſimulationis poterit? Nunquid Iuſtinianus fauet ſimulatis cautionibus, & tacitis inter virum & vxorem donationibus, quas prohibuit, & interdixit? Certè non, & tamen id neceſſariò dicendum fuerit, ſi tales confeſſiones ſimulatas eſſe, & ſuſpectas dixerimus. Hæc reſpōſio valet ad primum & ſecundum argumentum.

Tertium autem argumentum nullius planè momenti eſt, quia negatur illa collectio, dotē numeratā p̄ſumi de pecunia viri. Siquidē certū eſſet, confeſſionē ſimulatam eſſe, & animo donandi hęc à viro fieri liquidò cōſtaret, valeret ea collectio. Sed hoc eſt abſurdū, & petitionē cōtinet principij, quia ſupponit id, de quo eſt controuerſia.

CAPVT LXXXII.

D

Quid ſi poſt confeßionem dotis receptæ à marito factam, lapſa ſint tempora opponendi exceptionem, vel querelam proponendi de dote non numerata?

CVm tempus lapſum eſt proponendi querelam, vel exceptionem non numeratæ dotis, tunc ex confeſſione dotis receptæ à marito, magis argui donandi animum, & idcirco eam confeſſionem præſumi ſimulatam ac in fraudem legis donationes inter virum & vxorem prohibentis factam, reſponderunt Baldus in l. Vn. C. de priuileg. dotis. Imola in l. Si conſtante, nu. 47. ff. ſol. matrim. Paulus Caſtrenſis in conſi. 383 nu. 2. lib. 2. Aretinus in §. Fuerat, nu. 15 Inſtit. de actio. Socinus ſenior in l. 1. nu. 102. verſ. Secundo limita. ff. ſol. matr.

Fundamentum eſt, quia eiuſmodi confeſſio eſt facta inter perſonas ſuſpectas, & ſuſpicio augeť magis ex lapſu dicti

dicti temporis. Videtur enim voluisse maritus eam dotẽ reddi suæ coniugi, licet eam non receperit, vt dicit Imperator in Nouella 100. siue in Authen. de tempore, non solutæ pecuniȩ super dote. vers. *Vbi enim*. Quare nihil obstat huic exceptioni simulationis, quȩ perpetua est, lapsus temporis prædicti ad querelam, & exceptionem non numeratæ dotis constituti.

Sed istis ego non consentio: Vera enim & solida doctrina hæc mihi videtur; cùm lapsum est tempus constitutum ad proponẽdam querelam & exceptionem dotis non numeratæ, non posse amplius proponi, & idcirco eam confessionem marito, eiusque hæredibus nocere. Ita expresse docet Imperator in d. Nouella dum ait, si non fuerit exceptio, & querela proposita tempore constituto, *palam est voluisse* (maritum scilicet) *vel si non accepit dotem, omnino eum aut suos reddere hæredes.*

Vides non hoc velle Iustinianum, vt illa confessio simulata esse, & in fraudem legis prȩsumatur, quia tũc nõ valeret, nec maritum obligaret, (licet eius morte donatio confirmaret) sed hoc velle, vt dos reddatur mulieri, siue soluta sit, siue non sit soluta. Ita ergo rectè docuerũt Couuarruu. libro variarum resolut. cap. 7. nu. 5. in fi. vers. Quod si velimus, & Menochius de Præsumptione, lib. 3. Prȩsumpt. 12. nu. 75.

Fundamentum verò contrariæ sententiæ non est firmum, quia negamus eiusmodi confessiones prȩsumi simulatas, & in fraudem legum factas, vt suprà cap. 80. disputatũ est. Sublato enim hoc axiomate, corruit id quod ex eo sequitur, exceptionem nimirum simulationis post lapsum tempus competere. Nulla enim simulatio adest, nec prȩsumenda est; ideo frustrà obijcitur, eam esse perpetuam exceptionem.

CAPVT LXXXIII.

Si ignobilis vir, vel senex duxerit vxorem nobilem vel diuitem, & se dotem accepisse confessus fuerit, quid de eiusmodi confessione statuendum?



Vthores qui de hac re disputant, interpretes nostri sunt, veteres ac recentiores ad l. 1. ff. solut. matr. ad l. Diuortio. ff. de verb. obl. & alibi, nouissimè Menochius de Præsumptione, lib. 3. Præsumpt. 12. nu. 4. cum sequentib. Ioannes Vaudus variarũ quȩstio. lib. 2. c. 37. isti alios plurimos citant, quos huc adferre non est operæprecium.

Ne obscuritas & confusio oriatur, distinguo tempora. Primum est ante contractum matrimonium, cùm scilicet vir ignobilis, vel senex ducturus nobilem ac iuuenẽ ante matrimonium contractum, confitetur se dotem accepisse. Secundum tempus est, post contractum matrimonium: Cùm scilicet matrimonio iam contracto eiusmodi confessio facta est.

Circa primum tempus hæc est communior sententia, si constet confessionem fuisse factam animo donandi, valere, & efficacem esse.

Fundamentum est, quia videtur facta eiusmodi donatio remunerationis seu recompensationis gratia, quia vir & vxor non sunt paris conditionis. Nobilis enim mulier suæ nobilitatis iacturam facit, & iuuenis seni nubendo non paruam suscipit crucem.

Donatio autẽ valet inter virũ & vxorẽ remunerationis grã. l. Qd autẽ. §. Si vir. ff. de donat. inter vir. & vxor.

Non assentior huic sententiȩ ob eadem argumenta, quibus alij ante me vsi sunt, & quæ nunc ego defendam, nimirum ex l. 3. §. Videamus, & l. Et ideo. §. vlt. ff. de dona. inter virum & vxorẽ. Vlpianus: *Videamus inter quos sunt prohibitæ donationes. Et quidem si matrimonium moribus legibusq́; nostris constat, donatio non valebit. Sed si aliquod impedimentum interueniat, ne sit omnino matrimonium, valebit donatio. Ergo si senatoris filia libertino*

A *contra Senatusc͂osultum nupserit, &c. valebit donatio, quia nuptiæ non sunt.* Sed moribus nostris valet matrimonium inter nobilem mulierem, & ignobilem virum, inter iuuenculam, & senem. Ergo donatio non valet.

Respondent contrariæ sentẽtiæ authores, textus istos loqui cùm donatio fit post contractum matrimonium, quæstionem autem proponi de donatione facta ante contractum matrimonium. Rationem hanc diuersitatis adferunt, quia post contractum matrimonium huiusmodi donatio voluntaria est, neque enim cogebatur vir, vt mulierem ad matrimonium contrahendum induceret, aliquid ei donare, quoniam iam matrimonium erat contractum. Cùm autem aliquid donatur ante contractum matrimonium, tunc necessaria videtur ea donatio, vt mulier ad matrimonium contrahendum alliciatur.

Non est bona responsio, quia confessio viri facta animo donandi, etiam ante matrimonium contractum non valet, scilicet, si facta sit in eum finem, vt matrimonium
B contrahatur. Impp. Seuerus & Antoninus: *Multũ interest, si ea quæ donat vir futurus, tradiderit vxori, & postea in dotem acceperit, an verò donandi animo, dotem auxerit, vt videatur accepisse, quod non accepit, priore enim casu donatio non impeditur, &c. Posteriore autem casu nihil actũ est donatione, & quod in dotem datum non est, repeti non potest.* l. 1. C. de donat. ante nup.

Docent in ea lege Impp. modum & rationẽ, qua vxorem ducturus ante contractum matrimonium donare possit vxori futuræ, nimirum, vt res vxori tradat, quas donare vult, deinde eas in dotem accipiat. Et ita in specie facti nobis proposita valere poterit donatio ante matrimonium contractum, si ducturus vxorem res tradiderit, postea in dotem acceperit.

Nec valet illa responsio, hanc legem locum non habere inter virum & mulierem disparis cõditionis, quia hȩc exceptio probanda est. Lex enim generalis est, & clara, nullam distinctionem adhibens.

C Quod verò attinet ad rationem diuersitatis inter hȩc duo tempora, ante scilicet contractum matrimonium, & post contractum matrimonium, illa quidem satis idonea & probabilis est, quantum ad hunc effectum, vt valeat donatio ante matrimonium contractum, si non solùm fiat, vt mulier inducatur ad illud contrahendum, sed etiã seruetur forma legis, siue ratio illa & modus, qui iure permissus est, nimirum, vt vir tradat pecuniam, vel alias res futuræ vxori, deinde eas in dotem accipiat: sicut docent Impp. in d. l. 1. C. de donatio ante nup. Verùm si donandi animo, vt in hac facti specie nostra confessus fuerit se accepisse, quæ non accepit, *nihil actum est donatione*, vt in eadem lege dicitur.

Non obstat argumentum communis opinionis, nimirum donationem inter virum & vxorem remunerationis gratia factam valere: quia in primis respondeo, in terminis nostris, cùm vir ignobilis ducit vxorem nobilem, eamque ob causam remunerationis gratia donari dici-
D tur, contrarium docuisse Vlpianum in d. l. 3. §. Videamus. ff. de dona. inter virum & vxor. si enim hoc in casu valeret donatio quasi remunerãdi gratia facta, deberet apud Vlpianum valere donatio filiæ senatoris collata à libertino, licet matrimonium valeret: quod tamen Vlpiani sententiæ aduersatur, dicentis, donationem valere, *quia nuptiæ non sunt*.

Deinde respõdeo, textum qui adfertur in l. Quod autem. §. Si vir & vxor. longè dissimilem facti speciem continere. Sic ait Vlpianus ibi. *Si vir & vxor quina inuicem sibi donauerint, & maritus seruauerit, vxor consumpserit, rectè placuit compensationem fieri donationum.*

Nihil ad rem facit: loquitur enim de reciproca donatione, non de ea quæ fit remunerandi gratia, vt in specie nostra, qua de re etiam disserui lib. 3. Controuers. cap. 80.

Secundò, circa idem tempus matrimonij nondũ contracti, alia à plerisque recepta est sententia, multis tamẽ

repu-

A repugnantibus, Confeſſionem dotis receptæ à viro ignobili vel ſene factam, quia poſtea fœminam nobilem, vel iuuenem vxorē duxit, in dubio videri factam animo donandi, & ideo non competere exceptionem, vel querelam dotis non numeratæ.

Fundamentum eſt, quia ſubeſt cauſa donandi pro remuneratione nobilitatis & iuuentutis. Argumento l. Si verò. non remunerandi. §. Idem Papinianus. ff Mandati.

Sed nihil textus ille ad rem facit, quia donatio patroni præceſſerat, vnde ex liberti conſenſu meritò præſumitur donatio, vt patet ex illis verbis: *Quod ſi donationem patronus in libertum contulit, videri & poſtea libertum patrono donaſſe*. Quia ſcilicet vendenti fundum patrono libertus conſenſerit, vt paulò antè dixerat ibi Iuriſconſultus. Hic verò nihil mulier donauit viro ſuo, nec vllum alium actum exercuit ex quo donatio argueretur. Quod enim mulier nobilis & iuuenis ſeni & ignobili nupſerit, illud donationem in ſe continet nullam. Tanti feciſſe illum videtur, vel propter diuitias, vel probitatem, vel alias B ob cauſas, vt dignum ſuo coniugio exiſtimauerit.

Quare contrariam ſententiam amplector vti probabiliorem, eiuſmodi confeſſionem factam videri ſpe futuræ numerationis, & idcirco intra tempus à lege conſtitutum, competere marito & eius hæredibus exceptionem, & querelam dotis non numeratæ.

Probatur hæc ſententia ex l. vlt. C. de dote cauta non num. & ex Nouella 100. quibus in locis apertè id eſt cōſtitutum, vt in dotibus quas datas eſſe dotalibus inſtrumentis adſcribi moris eſt, licet nulla datio ſecuta ſit, competat exceptio non numeratæ dotis.

Non diſtinguit lex vtrum maritus ignobilis, vel ſenex duxerit nobilem mulierem, vel iuuenem, an matrimonium inter pares contractum fuerit necne. Non adiecit hanc exceptionem, ſed generaliter locuta eſt. Cur igitur ſine lege, ſine iuris manifeſta, aut probabili ratione, audeamus exceptionem nos effingere, & in ea ſubuertere, tam claram legis definitionem, quæ dotis non numera- C tæ exceptionem tribuit? Hæc de tempore nondum contracti matrimonij.

Quod ſi matrimonium iam contractum ſit, & eo conſtante proponatur eiuſmodi confeſſio mariti, cum ſuprà dictis circumſtantijs, ſunt qui putent in dubio, eam videri factam animo donandi, quaſi remunerationis gratia facta ſit, & ideo legibus non improbetur ex d. l. Quod autem. §. Si vir. ff. de donat. inter vir. & vxor.

Sed ego contra ſentio vnà cum multis alijs, confeſſionem factam videri ſpe futuræ numerationis, & idcirco competere exceptionem dotis non numeratæ.

Adſtipulatur ſententiæ noſtræ l. vlt. C. de dote cauta, non num. quæ vt antea dixi generalis eſt, & hunc noſtrum caſum non excipit.

Contrariæ verò ſententię aduerſatur l. 3. §. Videamus. ff. de donatio. inter vir. & vxor. ſicut ſuprà in prima concluſione huius capitis diſſerui.

Nec ſuffragatur l. Quod autem. §. Si vir. ff. eod. tit. quia D loquitur de mutua ſeu reciproca donatione inter virum & vxorem, in quibus terminis noſtra non verſatur diſputatio. quia mulier nil donauit viro ſuo, ſed tanti eius matrimonium fecit, vt nec iuuentutis, neque nobilitatis rationem habuerit.

Erit igitur (neque enim vtilia repetere piget) cùm donare maritus vxori ſuæ voluerit, animo eam remunerandi & compenſandi nobilitatem ac iuuentutem, ſeruandus modus, quem ponunt Impp. Seuerus & Antoninus in l. 1. C. de donat. ante nupt. nimirum, vt quod donare voluerit, ei tradat, poſtea in dotem accipiat: nam ſi donandi animo fateatur ſe accepiſſe, quod non accepit, nihil agit, vt ibi dicitur.

CAPVT LXXXIV.

Quid ſit ſtatuendum de confeſſione dotis receptæ, facta conſtante matrimonio, adiecta renunciatione exceptionis, non numeratæ dotis?



COmmunis eſt Doctorū ſententia, confeſſionem dotis receptæ à marito factam conſtante matrimonio, cum renunciatione exceptionis non numeratæ dotis, animo donandi factam videri. Vide Socinum ſeniorem in l. 1. nu. 100. ff. ſol. matrim. Alexandrum conſ 142. nu. 2. lib. 5. Menochium de Præſumpt lib. 3. Præſumpt. 12. nu. 51.

Fundamentum eſt, quia apparet ex ea renunciatione exceptionis non numeratæ dotis, ipſum maritum confitentem voluiſſe mulieri dotem reddi, licet eam non acceperit. Aufert enim renunciatio illam exceptionem, quæ aliàs competeret. Cùm itaque ſuſpecta ſit alioqui confeſſio iſta, quaſi videatur facta in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem, augetur eiuſmodi ſuſpicio ex adiecta renunciatione, quia illa indicat, confeſſionem factam non fuiſſe, ſpe futuræ numerationis, conſequenter animo donandi factam cenſeri.

Sed hoc primùm negatur, cōfeſſionē aliàs ſuſpectā eſſe, & in fraudem legis factam videri. Contrarium enim verius eſſe conſtat ex his, quæ ſuperiùs dicta ſunt cap. 80.

Deinde negatur, vllā ſuſpicionē ex hac renunciatione oriri, niſi hæc facti ſpecies proponatur, nimirū certò conſtare, dotem numeratam non fuiſſe: tunc enim proculdubio videretur animo donandi confeſſio emanaſſe.

Sin autem res in obſcuro ſit, non video, quomodo ſuſpecta ſit hæc renūciatio, & non potius arguat maritum verè dotem accepiſſe. Nā cùm nemo præſumatur iactare ſuum. l. Cùm de indebito. ff. de probat. admodum probabile eſt, maritum ideo renunciaſſe exceptioni dotis non numeratæ, quia reuera dotem acceperit.

Igitur aſſentior Couarruuiæ diſcedēti à communi ſententia hoc in caſu, lib. 1. variar. reſol. c. 7. nu. 4. verſ. Quamobrem ego opinor. & nu. 5. in principio, & rectius Bartolum docuiſſe non dubito in l. Aſſiduis. nu. 11. C. qui potio. in pig. hab. hoc operari dictam renunciationem, vt exceptio dotis nō numeratæ obijci nō poſſit. Rectè, quia quilibet poteſt renunciare iuri ſuo. l. pen. C. de pact.

Non rectè autem Socinus ſenior loco ſuperius annotato, Bartoli ſententiam accipiendam eſſe, de renunciatione, & confeſſione ante matrimonium contractū emiſſa, quia Bartolus non ita loquitur, & eius ratio vtroque in caſu locum habet.

CAPVT LXXXV.

Si maritus poſt contractum matrimonium confeſſus ſit, ſe dotem recepiſſe ab alio quàm à muliere, an præſumatur verè numerata, an verò competat exceptio dotis non numeratæ?



NOn cōpetere exceptionē dotis non numeratæ, marito cōfitēti, ſe dotē accepiſſe ab alio quàm ab vxore ſua, authores ſunt, Bald. in l. vn. nu. 4. C. de priu. dotis, Iaſon in §. Fuerat. nu. 89. inſt. de act. Ioan. Lupus ad rub. de dona. inter virū & vxorē. §. 30. nu. 12. verſ. *Et quod plus eſt*. Marſilius ſingulari 345.

Allegantur prętereà Salicetus in Authent. Sed iam neceſſe. C. de donatio. ante nup. Socinus ſenior conſilio 82. col. 1. verſ. tertia ratio lib. 3. Decius conſ. 536. nu. 9. verſ. Ad hoc reſpondetur, & Rolandus à Valle in conſ. 93. nu. 29. lib. 1. qui ſanè diligenter inſpecti hoc non dicunt, ſicut lector videre poterit.

Sed etſi mille alij Doctores hoc dicerent, non verā & manifeſtè repugnantē Iuſtiniano doctrinam traderent.

Statuit

Statuit enim Imperator Nouella 100. seu in Authent de A tempore non solutæ pecuniæ super dote; exceptionem dotis non numeratæ marito competere, siue dotem accepisse se ab vxore cauerit, siue à patre, siue ab alio quopiam. Verba eius hæc sunt: *In nullo discernentibus nobis, siue mulier tanquam dotem offerens conscribat, siue pater, siue alius quispiam pro eo tempore in omni casu, sicut suprà prædiximus extendente suos effectus, & dante vel perimente querelam.*

Quare à supradictorum sententia meritò discesserunt doctissimi viri, quos nos sequimur, docentes, querelam & exceptionem non numeratæ dotis competere, siue à muliere, siue ab alio dotem maritus se accepisse confessus fuerit Baldus Nouell. ad l. 1. num. 207. vers. Tertiò limito. ff. sol. matrim. & de dote, parte 10. nume. 14. Didacus Couaruu. lib. 1. variarum resolut. cap. 7. num. 6. vers. Est & alia in hac re. Menochius de Præsumption. lib. 3. Presumpt. 12. num. 79.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia cùm ab alio B quàm à muliere vir fatetur se dotem accepisse, nulla est suspicio tacitę donationis, ac proinde dos verè numerata presumitur.

Respondeo, nullam quidem donationis suspicionem esse, sed non idcirco denegandam fore non numeratæ dotis exceptionem, quam Imperator Iustinianus in sua Nouella tam disertè concessit, quia confessio videri potest facta spe futurę numerationis, vt in d. Nouella.

CAPVT LXXXVI.

Confessio dotis receptæ à marito facta, an præiudicet creditoribus post elapsum tempus opponendi exceptionem dotis non numeratæ?



On parui momenti controuersia hæc est: ideo accuratè tractanda. Quatuor præcipuę C sunt Doctorum sententiæ, quas ordine referam, & refutabo, prima excepta, quam cęteris probabiliorem esse iudico.

Prima est snia eorũ qui simpliciter dixerunt, nulla distinctione adhibita inter confessionẽ factã ante vel post matrimoniũ, eiusmodi cõfessionẽ dotis receptę p̃iudicare creditorib. mariti, post elapsum tẽpus iure cõstitutum ad opponendã non numeratę dotis exceptionẽ. Ita Bart. in l. Assiduis, nu. 11. C. qui potior. in pig. hab. & multi alij apud Rolandum à Valle, in consi. 20. nu. 14. & 74. nu. 10. lib. 4. Andr. Geyll. lib. 20. obseru. 81. nu. 10.

Fundamentum est primò in l. Duobus §. 1. ff. de iureiu. vbi probatur fideiussorem agere posse contra principalem debitorem, ob solutam creditori pecuniã, si probauerit solutionem ex creditoris confessione, elapso scilicet triginta dierum spatio, quod datur ad excipiendum, vt in l. In contractib. C. de non num. pecu. *Secundò*, in l. Pecunię. C. de solu. vbi pecuniæ solutæ professio rei gestę D probationem continet, & idem probatur in l. Si ita stipulatus §. Chrysogonus de verb. oblig post lapsum tempus opponendi exceptionem, vt declarat Alexãder post alios quos citat in l. 1. § Si quis ita, nu. 34. ff. eod. tit.

Sed hoc fundamentum non est satis firmum, quia responderi potest, quod attinet ad primum, hęc esse dissimilia, tũ quia debitor principalis, cui cõfessio creditoris p̃iudicat, nõ est tertius quidã, de cuius p̃iudicio agatur, veluti sunt in hac q̃one nostra creditores alij, quib. mariti confessio p̃iudicare debet: tũ quia ratio est manifesta, cur debitori p̃iudicet confessio creditoris, quòd receperit sibi debitam quantitatẽ à fideiussore, nimirum illa, quia per illam confessionem commodũ sentit; ex ea enim probare potest creditori iam pecuniam esse solutam, qua solutione ipse proculdubio liberatus iam est, quare meritò à fideiussore conueniri potest actione mandati.

Alterum verò argumentũ nihil aliud probat, quàm ex confessione probari solutionẽ & numerationem: sed responderi potest, id locum habere quoad confitentem, nõ autem in alterius prȩiudiciũ. Confessio enim præiudicat confitenti, non alijs; arg. l. Si quis post hac. C. de bonis dãnator. ibi. *Dos etiam, non quæ aliquoties inaniter dotalium instrumentorum tenore conscribitur, sed quam se corporaliter tradidisse docuerit, repræsentetur.* Quibus verbis apparet mariti confessionem dotis receptæ non prȩiudicare fisco, sed probandam esse veram numerationem.

Hæc igitur snia, quę mihi cæteris probabilior videtur, probatur hoc argumẽto: quia post lapsum tempus à lege constitutum ad opponendam non numeratę dotis exceptionem istam & querelam, opponi non potest nec à marito, nec ab eius hæredib. vt in l. vlt. C. de dote cau. non num. & in Nouella 100. siue in Auth. de tempo. nõ solutę pecunię super dote. Certũ est quoque, iuriq; & rationi cõsentaneũ, nõ posse dictã querelam proponi ab alijs, puta creditorib. vel tertijs possessoribus, quorũ interest, quia tempus est à lege constitutum ad eam opponendam, sine vllius personæ exceptione: nec iustum est, vt plus iuris concedatur extraneis quàm ipsi marito & eius hæredibus, quorum principaliter interest. Itaq; tempore elapso excluduntur omnes, quorũ interest, ab eiusmodi querela & exceptione proponenda dotis non numeratę.

Hoc ita posito res sic se habet. Creditores obijciunt, dotem numeratã nõ fuisse, consequenter dotem nõ esse dicendam, quia dotẽ numeratio nõ scriptura facit. l. 1. C. de dote cau. non num. Respõdebit mulier, tẽpus elapsum esse quo ista exceptio nõ numeratę dotis proponi potest, ac proinde sibi actionem cõpetere aduersus maritum & eius hæredes, cum priuilegijs dotib. concessis. Quod si ea res vergat in prȩiudicium creditorum, istud in cõsequentiam fieri, & vt dici solet, per accidens, non principaliter. Posito. n. hoc iure mulieris aduersus maritũ, & eius hęredes pro dote recuperanda, cætera quæ sequuntur iura p̃lationis, ex legibus & constitutionibus prouenire, quas creditores euertere non possint. Sed iam reliquas Doctorum sententias expendamus.

Secunda est snia Francisci Aretini in consi. 86. num. 4. vers. Aut maritus confitetur. Is iam proximè relatã sententiam amplectitur, sed cũ hac exceptione, nisi maritus qui cõstante matrimonio confessus est se dotem accepisse, simul renunciaret exceptioni non numeratę dotis, q̃a ex hoc p̃sumptio & coniectura oritur eam confessionem factam esse animo donandi, atque adeò in fraudem legũ & non valere, præsertim in prȩiudicium aliorum.

Sed hæc exceptio iure non probatur, & eo nititur argumento quod suprà confutatum est à nobis cap. 84. nimirum ex renunciatione exceptionis non numeratę dotis argui simulationem, & donationem prȩsumi.

Tertia est snia, sic distinguens: aut Confessio facta est constante matrimonio, aut ante contractum matrimonium. Priore casu non prȩiudicat creditoribus, etiã post lapsum tempus opponendi exceptionem non numeratę dotis, quia præsumitur facta animo donandi, atque adeò simulata, & in fraudem legis. Posteriori autem casu, quia suspicio ista locũ habet, præiudicat creditoribus: ita post alios multos Didacus Couuar. variar. resolut lib. 1. cap 7. post nu. 6. vers. Quamobrem breui quadam vtar distinctione, & post eum Iacobus Menochius de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 13. nu. 14.

Sed quod attinet ad posterius mẽbrum, illud conuenit cum priori sententia quam secuti sumus. Prius autẽ membrum fragili nititur argumento, quoniam nec iure probatur, nec ratione defendi potest ea opinio, qua dicitur, confessionem dotis receptæ à marito factam constante matrimonio, præsumi factam animo donãdi: Hęc sententia à nobis superiùs est confutata cap. 80.

Quarta est sententia, eiusmodi confessionem dotis receptæ non prȩiudicare creditoribus mariti, etiam si lapsa sint tempora opponendi exceptionẽ non numeratæ dotis. Ita Imola in l. Si ita stipulatus. §. Chrysogonus, n. 11.

ff. de

ff de verb.oblig. Iaſ.in §.Fuerat.nu.75.de act. Felin. in c. Si cautio.nu.84. de fide instru. Ludou. Romanus ad l.1. nu.22. ff.ſol.matr. & ibid.Socinus, num.90. Alios citant Couuar.& Menochius locis proximè citatis.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex Authent. Sed iam neceſſe.C.de donat.ante nupt.in illis verbis: *At ſi debitor ſit, ne fraudis erga creditores ſuſpicio ſubeſſe poſſit, omnino res immobiles incremento dotis proficiant. Si enim non liber immobilis ſubſtantiæ domina res mobiles in augmentum dederit, in hac parte dotis nullo vtetur aduerſus alios creditores priuilegio.*

Secundum ex l. Si quis poſthac.C.de bonis damna.in illis verbis, quibus dicitur probandam eſſe dotis numerationem, ſi cum fiſco agatur. ibi. *Dos etiam non quæ aliquoties inaniter dotalium inſtrumentorum tenore conſcribitur, ſed quam ſe corporaliter tradidiſſe docuerit, repræſentetur.*

Tertium eſt ex l.pen.C.de non num.pecun.quatenus ibi dicitur creditoribus & alijs, quorum intereſt licere exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere debitore principali *superſedente*, ea vti nec ideo prohiberi, *quod principalis debitor ea nunquam vſus fuerit.*

Sed iſta nihil mouent. Quod attinet ad primum, ſenſus Nouellæ eſt, marito ære alieno obſtricto, non licere mulieri dotem augere, præterquam in rebus immobilibus, ne fraudis ſuſpicio ſit, ſi fortè augere eam velit in rebus mobilibus & in pecunia, vt ſcilicet creditoribus præferatur, quia ſi liceret hoc facere, in promptu eſſet ratio fraudis committendæ aduerſus creditores, non ſolùm ſi maritus confiteretur accepiſſe quod non accepiſſet, ſed etiam ſimulatione adhibita circa fictam numerationem pecuniæ, quod facilè committi poſſe non ignorant ij, qui verſantur in foro, quæ ſuſpicio non habet locum in rebus immobilibus.

De hac facti ſpecie nos non loquimur, id eſt, de dotis augmento, in rebus mobilibus facto matrimonio conſtante, eo tempore quo talis fraudis ſuſpicio eſſe poteſt. Sed de ipſa dote à principio cauta, quam maritus eſt confeſſus ſe accepiſſe, & quam numeratam non fuiſſe intra tempora legibus conſtituta, licebat marito excipere & cõqueri, necnon etiam creditoribus, quorum intererat, ſi vllam fraudis ſuſpicionem timebant.

Ad ſecundum reſpondeo, illam legem accipiendã eſſe cum iſta exceptione, niſi dotis receptæ confeſſio munita ſit tempore legibus conſtituto, ad querelam proponendam non numeratæ dotis: tunc enim ſicut mulieri actio competit aduerſus maritum, ita & aduerſus fiſcum, qui in locum eius ſucceſſit; quæ communis eſt expoſitio, vt poſt Bart. in d.l.Poſthac nouiſſimè, docet Peregrinus de iuribus & priuilegijs fiſci, lib.5.tit.1.nu.82.

Ad tertium reſpõdeo, illam legem accipiendam eſſe, ſicut vltima verba indicant, ſi exceptio non numeratæ pecuniæ opponatur, *intra ſtatuta ſcilicet tempora*: licet.n. illa verba referantur ad principalem debitorem & fideiuſſorem eius, tamen indicant, etiam ab ipſis Creditoribus proponendam eſſe exceptionem intra legitima tempora: Nam hoc dicit lex, non nocere principali debitori & fideiuſſori eius, quod creditores victi fuerint, ſed poſſe illos poſtea, ſi conueniantur, intra ſtatuta ſcilicet tempora, ea ſe exceptione tueri. Conſequenter lex præſupponit, creditores exceptionem oppoſuiſſe intra legitima tempora, ſed victos fuiſſe.

Et certè, vt ſuprà dixi, id à iure longè alienum eſſet, magnaque hic oriretur iuris perturbatio, ſi liceret alijs quàm principali debitori exceptionem non numeratæ pecuniæ poſt legitima tempora opponere: quoniam, vt ſuprà indicaui, maiori fauore dignus eſt principalis debitor, & eius magis intereſt, imò eius gratia introductum eſt auxilium illud exceptionis non numeratæ pecuniæ. Quamobrẽ ſi ille excluditur, iuſtum eſt & cæteros, quorum in conſequentiam intereſſe poteſt, excludi.

A

CAPVT LXXXVII.

Si præcedat dotis promiſſio, deinde confeſſio dotis receptæ à marito fiat, an etiam creditoribus præiudicet, vt non poſſint exceptionem opponere dotis non numeratæ?

Res ſunt Doctorum ſnīæ hac de re. Vna, eiuſmodi confeſſionẽ creditoribus quoque nocere. Altera non nocere, quin poſſint opponere exceptionem non numeratę dotis. Tertia, diſtinguendum eſſe circa tempus, quo confeſſio facta eſt. Nam ſi eo tempore ſit facta, quo maritus ære alieno maximè obſtrictus eſt, præſumitur eſſe facta in fraudẽ creditorum, & ideo creditoribus non obeſt; ſecus ſi eo tempore, quo facta eſt, non apparebat magnum æs alienum. Vide Paulum Caſtrenſ. in l.1.ff.ſol.matr. & ibidem Socinum ſeniorem, nu.95. & Baldum Nouellum, nu.213. & eundem in tract. de dote, par.10. num.18. Antonium
B Gabrielium comm.concl.lib.3. tit.de iure dotium, concluſ.4.Menoch.de Præſumpt.lib.3.Præſumpt.13.nu.21.

Prioris ſnīæ fundm̃ eſt, qm̃ certũ eſt exceptionẽ non numeratæ dotis nõ cõpetere marito, qñ poſt dotale inſtrm̃ ſecuritas expoſita eſt de dote ſoluta, vt docet tex. in l.In cõtractibus.§.Sed qm̃; verſ. *Illis etiam ſecuritatibus.* C.de non num.pecun. Ergo nec competit creditoribus.

Secundæ opinionis fundamentum eſt, quia non videtur eſſe bona conſequentia, Confeſſio mariti nocet marito hoc in caſu, ergo nocet etiam creditoribus: quia l. In contractibus.§.Sed quoniam, non loquitur de creditoribus; ſed negat exceptionem dotis non numeratæ marito competere.

Tertiæ opinionis fundamentum eſt, quia vbi æs alienum apparet, ſuſpicio eſt fraudis, ne videlicet facta fuerit confeſſio in fraudem creditorum, iuxta Authent. Sed iam neceſſe. C. de donat. ante nupt. quæ ſuſpicio ceſſat, ceſſante ære alieno mariti.

C Ego priorem ſententiam amplector. Cùm enim præceſſit inſtrumentum dotale, deinde ſequitur eiuſmodi confeſſio mariti, dos pręſumitur verè numerata, ideo lex marito non concedit exceptionem non numeratę dotis, vt in d.§.Sed quoniam.

Si marito non conceditur exceptio, igitur nec creditorib. quia maritus eſt principalis debitor dotis, & eius principaliter intereſt dotem numeratam eſſe; quare nõ debet eſſe deterioris cõditionis quàm creditores, ſed potius quodammodo melioris, aut ſaltem æqualis. Ergo nihil obſtat argumentum contrariæ opinionis. Licet enim l.In contractibus.§. Sed quoniam. non loquatur de creditoribus, tamen ea ratione excluduntur creditores ab exceptione, qua & maritus ipſe excluditur, cui illa magis principaliter competit.

Argm̃ autem quo nititur diſtinctio in primo membro ex Authen. ſed iam neceſſe, non frangit noſtram ſententiam, quia loquitur d. Authent. de augmento dotis, quod
D certè in fraudem creditorum fieri, ære alieno apparente, ſi conſiſtat in rebus mobilibus, manifeſta eſt & euidens ſuſpicio: aliud eſt de dote dicendum à principio conſtituta in inſtrumento dotali, deinde marito chirographum exponẽte, vel aliam cautionẽ de ea ſoluta. Pręſumitur.n. verè ſoluta, nec tanta viget fraudis ſuſpicio, cùm illa, ſi quæ oritur, contraria præſumptione tollatur, quæ ex dotali inſtrumento præcedente proficiſcitur.

CAPVT LXXXVIII.

Ad l.Quoties.C.de donat. quæ ſub modo.

*Iocletianus: Quoties donatio ita cõficitur, vt poſt tempus id quod datum eſt alij reſtituatur, veteris iuris authoritate reſcriptum eſt, ſi is in quem liberalitatis compendium conferebatur, ſtipulatus non ſit, placiti fide non impleta ei, qui liberalitatis au-*

thor

rhor fuit, vel hæredibus eius condictitia actionis persecutionem competere. Sed cum postea benigna iuris interpretatione Diui Principes ei, qui stipulatus nō sit, vtilem actionē iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio quæ sorori tuæ, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur. l.3. C. de dona. quæ sub modo, &c.

Sed quæritur, vtilis actio cuius meminit textus ei cōpetens, cui donator post mortem eius, cui donauit rem restitui voluit, sitne in rem vel in personam. Et in rem esse respondit Speculator in tit. de Emphyteu. quæst. 70. & post eum Decius in consi. 239. & in l. de Traditionib. nu. 14. C de Pactis.

Sed in personam esse respondit Alciatus in consi. 99. nu. 12. & Didacus Couuar. lib. 1. variar. resol. cap. 14. n. 3. quibus & ipse assentior.

Priori sententię adstipulari videtur l. 1. C. de dona. quę sub modo, vbi dicit, donatori competere *vtilem rei vendicationem*, qua dominium pristinum restituatur, si is cui donatum est legi donationis non obtemperauerit. Hæc eadem actio illi etiam competit, cui donator restitui voluit rem donatam, vt patet ex d. l. Quoties 3.

Secundò, adstipulatur l. 1. C. de dona. cau. mortis, vbi: *Si donatione continebatur, vt altero defuncto ad alterum portio eorum quæ donabantur pertineret, existente conditione, si mortis causa donatio perficiebatur, fideicommissi actio cōpetit.* Actio autem fideicommissi est in rem l. 1. C. cōm. de lega.

Posteriori autem sententiæ suffragatur iuris definitio, qua dominia rerum non pactis & stipulationibus, sed traditionibus acquiri palam est. l. Traditionibus. C. de Pactis. Ergo nulla traditione interueniente, in rem actio ei non competit, cui rem donator restitui voluit, quia dominium non habet, quod in rem actio requirit. §. Omnium. instit. de actio.

Huc accedit quòd tex. in d. l. Quoties, condictionem (quæ actio personalis est. §. Appellamus. instit. de actio) tribuit donatori, non autem in rem actionem.

Nec obstat l. 5. C. eod. tit. quia illa lex loquitur cùm donator adiecit eam conditionem, vt aliméta alicui præstarentur, ac proinde quod alimentorum fauore constitutum est, temerè producendum non est ad alios dissimiles casus.

Ad l. 1. C. de dona. cau. mortis respondeo, esse animaduertendum illam legem locum habere, cùm mortis causa donatio fit; & donator hanc legem donationi addit, vt post mortem eius, cui donatur, alteri res restituatur. Tunc is fideicommissi actionem habet, Fideicommissum enim relinqui potest ab intestato nuda voluntate, quocunque modo. l. Et in Epistola. C. de fideicommiss. & à donatarijs causa mortis. l. Ab eo. C. eod. l. Cùm pater. §. 1. de leg. 2. A donatarijs autem inter viuos relinqui non potest, vt probat l. Cùm quis. §. Pater, de leg. 3. quatenus tex. ait ex stipulatu actionem competere in primo casu, quo donationi inter viuos adiecta erat conditio, vt alijs res restituerentur donatæ, vt explicat Cuiacius lib. 20. obser. cap. 6. quare in d. l. 1. C. de dona. cau. mor. addita sunt illa verba: *Si mortis causa donatio perficiebatur.* Nō idem respondisset in donatione inter viuos, de qua nostra disputatio est, quia fideicommissum ordinari nō potest à donatario inter viuos: obligari potest eiusmodi donatarius pacto vel stipulatione, ad restituendum alteri post mortem suam, vel post certum tempus, & in eum vtilis actio in personam dabitur, non in rem.

A. CAPVT LXXXIX.

Possitne donator pactum vel modum donationi adiectum in fauorem alterius, ad libitum reuocare, etiam eo inuito?



Xistimauit Bartolus in l. Qui Romæ. §. Flauius, de verb. oblig. donatori licere, re integra, pactum adiectum donationi in vtilitatem alterius, eo etiam inuito reuocare, quē secuti sunt in commentarijs eiusdem legis. Imola, Cumanus, Alexander, Aretinus, Iason, Socinus, & Duarenus.

Sed contrarium docuerunt Paulus Castrensis ibidē. Io. Lupus in rub. de dona. inter vir. & vxor. §. 54. Gulielmus de Benedictis in c. Raynutius in verbo, si absque liberis, in 2. de fideicommiss. substit. nu. 23.

Argumenta videamus. Primum prioris sententiæ argumentum est ex d. c. §. Flauius, in illis verbis: *Item quæro, si Flauij Hermetis hæres cum Claudij hærede ex causa suprascripta agere nolit, an nihilominus Sticho libertas ex conuentione, quæ fuit inter Hermetem & Claudium (vt stipulatione suprascripta ostēditur) ab hærede Claudij præstari debeat? Respondit, debere.*

Sumitur argumentum hoc modo, si inuito hærede libertas competit, Ergo secus inuito donatore ipso, qui pactum adiecit in vtilitatem tertij.

Secundum est ex l. 3. ff. de seruis exportan. in illis verbis: Si tamen is qui vendidit, in eadem voluntate perseueret. Idem probat l. 3. ff. Qui sine manumissione ad libertat peruenit & in l. 1. C. Si mācipiū ita fuerit alienatum.

Tertium est ex l. Aristot. ff. de donatio. vbi probatur, donationem quæ aliud pactum continet, effici contractū innominatum. Ergo reintegra locus est pœnitentiæ. l. 3. §. 1. l. 5. ff. de condi. cau. data.

C. Posterioris autem sententiæ argumenta hęc sunt. Primum ex l. Quoties. C. de dona. quæ sub modo. vbi dicitur, vtilem actionem acquiri tertio, cui donator dari stipulatus est: si acquiritur actio, Ergo ei non potest auferri inuito. l. Id quod nostrum, de reg. iuris.

Secundum est ex l. 1. ff. Qui sine manumissione ad liberta. perue. in illis verbis: *Sed & si mutauerit voluntatē venditor, nihilominus libertas competit.*

Tertium est ex l. 37. ff. de Pactis. Proculus: *Si cum fundum meum possideres, conuenisset mihi tecum, vt eius possessionem Titio traderes, vendicantem eum fundum à te non aliter me conuentionis exceptione excludi debere, quam si aut iam tradidisses, aut tua causa id inter nos conuenisset, & per te non staret, quò minus traderes.*

Si ergo tua causa id inter nos cōuenisset, nec tradidisses, non liceret mihi pactum reuocare, & fundum vendicare, quem vt Titio traderes, tecum conueneram. Pactū ergo in alterius vtilitatem reuocari non potest.

D. Quartum sumitur ex l. vlt. ff. de pactis, illis verbis: *Sed verius est, semel adquisitam fideiussori exceptionem pacti, vlterius inuito extorqueri non posse.*

Nō refero quę latè disputat in hoc proposito Didacus Couuar. lib. 1. variat. resol. cap. 14. quia non pertinent ad huius articuli claram certamque definitionem, quam in præsentia quærimus, sed ad varias factorum circūstantias, quę super his proponi possunt.

Ego igitur pro huius qōnis decisione sic statuo, posteriorē hanc sniam probabiliorē videri. Nam si liberalitati hæc adijci cōditio potest ad alterius vtilitatē, ita vt ei cōpetat vtilis actio, sicut docet l. Quoties. C. de dona. q̄ sub modo. nō video, quo pacto donator possit auferre ius actionēue illi, cui eā acquisiuit. Quid. n. aliud egit, nisi vt & in eum liberalitatem exerceret? Quod ergo semel placuit, amplius displicere non debet. Quod donatū est, nō debet sine iusta causa reuocari. l. vlt. C. de reuo. dona.

Ad primum argumentum respondeo, text. in § Flauius, ad rē non pertinere, quia non rectè infertur, inuito hęrede

hærede donatoris libertas præstanda est, Ergo inuito donatore præstanda non est. Non hoc ibi dicitur, nec quæritur, neque potest ex verbis textus colligi.

Ad secundum argumentum ex l. 3. ff. de seruis export. & alijs similibus, quibus requiritur perseuerãtia voluntatis, respondeo, omissis aliorũ responsionibus, ideo requiri venditoris perseuerantiam, quia ipsius interest. Nam si quis vendiderit seruum ea lege, vt post certum tempus manumittatur, sine dubio tenetur in id, quod interest emptoris, tenetur, inquam, actione ex vendito, quia emptor cogitur seruo carere, quem emit & manumittit. Igitur venditor serui ne conueniatur actione ex vendito, mutare potest voluntatem, quo casu si emptor manumittat seruum, actio euanescit, vt inquit l. Quæsitum, ff. de seruis expor. Mutare, inquam, voluntatem potest, & pœnitere, vt seruus non manumittatur, ne ipse ad laudum eo nomine aliquid emptori condemnetur.

At in quæstione nobis proposita hæc ratio locum non habet. Nam si donet quis Titio quantitatem vel speciem ea lege, vt post certum tempus, vel incertum alteri tradatur, seu restituatur, iam exercuit liberalitatem in Titium, atque in alterum, cui postea restitui rem voluit, ipse nullam amplius iacturam subire potest, nullũ amplius vertitur ea in re ipsius præiudiciũ, iam enim donauit. Cur igitur mutare voluntatem possit, cùm sibi mutatio non prosit, alteri verò noceat, cui consultum voluit? Nemo potest mutare volũtatem in alterius iniuriam, l. Nemo mutare de reg. iuris. Si conditionem illam mutaret, quæ in fauorem tertij adscripta erat, pœnitendo & reuocando pactum, quo rem donatam alteri post tempus aliquod dari conuenerat, non sibi ipsi donator commodum pararet, sed donatario: is enim rem donatam sine omni onere retineret. At in l. 3. ff. de seruis expor. venditor pœnitẽdo sibi prospicit, ne teneatur actione ex vendito in id quod emptoris interest, propterea quòd ex pacto cogatur seruum manumittere.

Tertium verò argumentum nihil prorsus ad rem facit, quia l. Aristo, ad rem non pertinet, vt cuilibet eã intuenti facilè est intelligere: Nec donatio contractus est, vt probatur satis luculenter in l. Interdictum, 14. ff. de precario, ibi: *Magis enim ad donationem & beneficij caussam, quàm ad negotij contracti spectat precarij conditio.* Non est hic contractus innominatus, sed pactum donationi adiectum, vt alteri detur restituatorve quod donatum est, quod actionem parit, vt in d. l. Quoties. Non ergo hæc ad extraneas res ac longè diuersas, qualis hæc nostra est, reuocanda sunt: sed in suis suot terminis exaudienda, ac suis regulis decidenda.

CAPVT XC.

Ad l. 1. C. de donatio. quæ sub modo, & c. Verum, de conditio. appos. de donatione in Ecclesiam collata sub modo, vel conditione.

RЕcte respondisse & iuri cõuenienter mihi videtur Ludouicus Romanus in cõsil. 284. si Ecclesiæ res donata sit ea lege, vt donatori alimenta suppeditet, & illa non impleuerit hanc conditionem, repetitionem donatori competere rei donatæ. Sic enim constitutum est in l. 1. C. de donatio. quæ sub modo Impp. Valerianus & Galienus: *Si doces (vt affirmas) nepti tua ea lege donatum, vt certa tibi alimenta præberet, vendicationem etiam in hoc casu vtilem, eo, quòd legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes.*

At contra Didacus Couuar. post alios ab eo citatos lib. 1. variat. resol. cap. 14. num. 6. ex c. Verum, de A cond. appo. Alexander. 3. *Verùm cùm alicui Ecclesiæ possessio quælibet interposita conditione donatur, à donatore postea donum reuocari non potest, nisi forte talis sit conditione collatum, quod ea cessante debeat reuocari.*

Nihil mouet hoc responsum, primùm, quia non cõtinet quicquam aduersus legem suprà dictam. Deinde, quia potius huic sententiæ suffragatur: *Nisi forte talis sit conditione collatum*, inquit, *quod ea cessante debeat reuocari.* Atqui talis est conditio, de qua agitur, vt reuocetur donatio, nisi alimenta præstentur, vt statuit lex Cæsaris. Ergo donatio reuocari potest; quia lex Pontificia contrarium non decernit, quo casu ius Cæsareum obtinet, vt docet S. Pontifex in c. 1. & 2. de op. no. nunc.

At obijcitur prælatum non posse Ecclesię præiudicare. Respondeo, in huiusmodi lucris acquirendis contrariam sententiam magis obtinere, vt patet ex Rolã B duà Valle in cons. 15. nu. 23. cũ multis sequẽtib' li. 1.

CAPVT XCI.

An per stipulationem Notarij contractibus adhibitam, acquiratur aliquod ius absenti ante ratihabitionem.

FRustra nunc disputabitur, an Notarij in contràctibus stipulari alteri possint, quo niam in plerisq; ditionibus vsus iam obtinuit, vt stipulari possint, & alteri ius quærant absenti & ignoranti. Illud non frustra ad examen reuocabitur, an per stipulationem Notarij quęratur ius absenti ante ratihabitionẽ. Fuit hæc olim controuersia diu agitata, nec dum finita est, alijs affirmantibus, alijs verò negantibus. Vide si placet stra cupis allegationum Anton. Gabrielium comm. C concl. tit. de verb. obligat. concl. 1. nu. 100. Cacheranũ decis. Pedemontana 32. Tiraquellum de iure constituti, parte 3. limitatione 30. nu. 10. cum multis seq. Hyppol. Riminaldum consi. 343. nu. 46. lib. 3. cæteros sciẽs prætereo.

Fundamentum eorum qui affirmant, ius ante ratihabitionem acquiri, quantum mihi diligenter vestiganti videre licuit, consistit in ijs tribus.

Primum, in legibus quibus fit mentio serui publici stipulantis impuberibus, & alijs, l. 2. 3. 4. ff. rem pupilli saluam fore. l. 1. §. Exigere. ff. de magistratib. conueniẽ. l. Non enim aliter. ff. de adoptio. l. 2. C. eod. tit. §. Cùm autẽ, Insti. ead. l. Cùm cognatos. C. de captiuis & postlim. reuersis. c. Quanquam. de vsuris, lib. 6.

Secundum est, quia Notarius est publica persona. Posse autem publicam personam alteri stipulari, puta iudicem seu magistratum, colligunt multi ex l. Eum pro quo. ff. de in ius vocan. melius probatur in d. l. 1. D §. Exigere, ff. de Magistratib. conueniẽo.

Tertium est, quia Notarium dicunt esse seruum publicum, ac proinde per eum acquiri sicut per seruos nostros. Constat autem per seruos nostros etiam ignorantibus nobis acquiri. §. Item vobis acquiritur, Insti. per quas personas nobis acquiritur. Ergo simili modo, & per Notarij stipulationem acquiritur.

Fundamentum autem negantium ius acquiri ante ratificationem positum esse video in l. Si hac mente 25. aliàs, si ego. ff. de nego. gest. vbi patet non acquiri ante ratificationem per alium, nempe procuratorem, vt patet ex illis verbis: *Potest tamen creditor etiam inuito me ratum habendo pecuniam suam facere.*

Animaduerti ego seruum publicum, cuius mentio fit in supradictis legibus, non alium fuisse, quàm seruum reipublicæ, de quibus seruis reipublicæ extat titul. C. de seruis reipub. manu. quod & Tiraquellus obseruauit adductis compluribus testimonijs loco superiùs annotato, numero 33. & de nobilitate, capit. 30. nume. 9.

Quia tamen serui publici olim erant tabularij, hoc est, vt nunc vulgò loquimur, Notarij, sicut patet ex dictis legibus (licet Arcadij & Honorij constitutione id fuerit postea emendatum, vt in l. Generali. C. de Tabularijs, ad quod alludit l. vlt. C. de seruis reipublicæ manumitten.) idcirco non omnino mala est cõparatio serui publici, cuius dictæ leges meminerunt, & notarij siue tabellionis: quantum ad hoc, vt per eũ cautiones & stipulationes interponantur & fiant, sicut olim per seruos publicos fiebat, & per personas publicas, sicut indicat etiam l. 4. C. de arbitris.

In eo autem claudicat comparatio, quòd eiusmodi personæ publicæ, sicut nunc sunt Notarij, cùm serui amplius non sint, non rectè nunc seruis comparãtur, & multò minus seruis quos priuatim possidemus, vt quemadmodum per seruos nostros nobis ignorantibus & inuitis acquiritur, ita etiam nunc per Notarios nobis stipulantes acquiratur. Etenim seruus municipum non est singulorum seruus, sed reipublicæ, vt in l. 1. §. Seruum, ff. de quæstio.

In iudicialibus itaque & prætorijs stipulationibus, de quibus leges superiùs adductæ loquuntur, non malè retinebimus notariorum & seruorum publicorũ, seu personarum publicarum comparationem, quod confirmari potest ex l. Orfanottophos. C. de episcop. & Cler. ibi: *Publicis personis, id est, tabularijs*, secus autem in contractibus & cæteris negotijs, in quibus nullum habemus legis testimonium, si secundùm leges hæc quæstio dirimenda sit.

Quod si ex consuetudine id etiam amplius tribuamus nostris tabellionibus, vt passim in omnibus priuatis negotijs & contractibus stipulentur, & cautiones pro absentibus recipiant, non tamen video, quo pacto eis tribuere id etiam valeamus, vt absentibus acquirant ante ratificationem. Id iuri consentaneum non est, neque consuetudine munitum est. Abijciamus ergo eorum sententiam qui affirmant, amplectamur eorum qui negant ante ratihabitionem quicquam iuris acquiri per istiusmodi tabellionum stipulationes.

CAPVT XCII.

De Saluiano interdicto controuersia, an competat extra caussam locationis & conductionis, sicut hypothecaria actio.

NOn committam, vt silentio prætercam duas de Saluiano interdicto controuersias, quarũ in foro maximus est vsus. Prima est, an cõpetat Saluianũ interdictum cuicũque creditori, extra caussã locationis & cõductionis, sicut hypothecaria actio. Altera, an præcedere debeat principalis debitoris excussio. Priorem hoc, posteriorem sequenti capite explicabo.

Tractat hanc quæstionem magnus Menochius in commentarijs de adipiscenda possess. remedio 3. in 3. quæstione, & refert duas extare tàm veterum quàm recentiorum sententias, autores simul laudans, quos huc transferre non est operæpretium. Vna est, eiusmodi interdictũ competere contra quemcunque debitorem. Altera, non concedi creditori extra caussam locationis & conductionis, nec contra alium debitorem, quàm ex causa locationis & conductionis.

Omnis difficultas posita est in rescripto Imperatoris Gordiani in l. 1. C. de precario & Saluiano interdicto, cuius hæc sunt verba: *Si te non remittente pignus debitor tuus ea quæ tibi obnoxia sunt venundedit: integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Saluiano (Id enim tãtummodo aduersus conductorem debitoremve competit) sed Seruiana actione, vel quæ ad exemplum eius instituuntur, vtilis aduersus emptorem exercenda est.*

A Quod ait lex *debitoremve* exponunt aliqui, id est, ex caussa conductionis. Alij verò accipiunt de quocũque debitore, inter quos Iacobus Cuiacius ad lib. 5. sententiarum Pauli tit. de interdictis, circa finem, & in paratitlis Codicis & Digestorũ eiusdem tituli de Saluiano interdicto.

Quæ sententia & expositio, & verbi proprietati consentanea est, & probabilior videtur, quia si Gordianus voluisset dicere hoc interdictum dari duntaxat contra debitorem ex caussa conductionis, dixisset, dari aduersus conductorem hæredesve eius, non autem *aduersus conductorem debitoremve*, quia his verbis omnis debitor continetur, non autem solus conductor, vel debitor ex conductione.

Illud etiam rectè monet idem Cuiacius lib. 5. Obseru. c. 24. vtile Saluianum dari contra extraneũ possessorem. Et quidem contra possessorem rerũ conductoris, quæ locatori sunt obligatæ, res nullam habet
B dubitationem, quia ita respondit Iulianus in l. 1. ff. eod. tit. dum dixit: *Si colonus ancillam in fundum pignoris nomine induxerit, vt eam vendiderit: quod apud emptorem ex ea natum est, eius apprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportet.*

Sed an competat contra extraneum possessorem rerum debitoris alterius, extra caussam locationis & conductionis non ita exploratũ est. Putat tamen Cuiacius competere in paratitlis, vtile scilicet interdictũ Saluianum ad exemplum vtilis Seruianæ, cui magis est, vt assentiar, quia si datur hoc interdictum directũ aduersus quemlibet debitorem, ratio iuris postulat, vt & aduersus possessorem, quemlibet pignoris, vtile concedatur: quemadmodum directum competit aduersus conductorem, l. 1. C. eod. tit. vtile verò aduersus emptorem pignoris ipsius debitoris.

Rectè igitur & multi tradiderunt, & vsus forensis obtinuit, vtile interdictũ Saluianum in omnibus ca-
C sibus competere, in quibus vtilis competit Seruiana, siue hypothecaria actio: quamuis alij multi repugnauerint, qui accipiunt illa verba rescripti Gordiani, *debitoremve*, pro debitore ex causa conductionis: quæ sanè expositio non satis congrua videtur.

CAPVT XCIII.

An excussio principalis debitoris præcedere debeat antequam Saluianum interdictum aduersus extraneum possessorem intendatur?

NOn esse necessariam excussionem principalis debitoris, vt Saluiano interdicto agi possit aduersus extraneum possessorem, responderunt Socinus sen. consil. 80. lib. 3. Crauetta consil. 201. Rolandus à Valle consil. 9. & consil. 14. lib. 1. Menochius de adipiscenda possess. remedio 3.
D num. 179.

Fundamentum est, quia hoc interdictum possessorium est, Ergo non habet locum exceptio excussionis non factæ debitoris principalis, l. vlt. C. de acq. possess.

Contrarium responderunt Bertrandus consil. 213. lib. 4. & cons. 449. & 458. lib. 7. Calcaneus cons. 29. nu. 5. Bellonus cons. 34. nu. 9. Natta cons. 521. Franciscus Becius cons. 88.

Fundamentum est in Nouella constitutione Iustiniani, quæ excussionẽ principalis debitoris requirit, antequã agatur contra extraneos possessores. Sic ait Iustinianus: *Sed neque ad res debitorum, quæ ab alijs detinentur, venias prius, antequam transeat viam super personalibus cõtra mãdatores, & fideiussores, & spõsores, neq; ad res veniẽs principalis debitoris, siue ab alio detineãtur, et detinẽtes eas cõueniens, si neq; inde habueris satisfactionẽ, tunc venias aduersus res fideiussorũ et mãdatorũ, et spõsorũ. &c.*

In

In Authē. de fideiussorib. & mādatorib. §. Sed neque.

Huic posteriori sententiæ acquiescendū puto. Nec enim ad rem facit l. vlt. C. de acq. possess. hoc dicit: *Siue seruus, siue procurator, vel colonus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere corporaliter nactā possessionem cuiuscūque rei dereliquerit, vel alij prodiderit desidia fortè, vel dolo, vt locus aperiatur alij eandem possessionem detinere: nihil penitus domino præiudicij generetur, sed & ipse si liberæ conditionis est, competentibus actionibus subiugetur: omni iactura ab eo restituenda domino rei, vel ei circa quem negligenter, vel dolo versatus est.*

Argumentum ex hac lege sumitur hoc modo, quia agenti ad recuperādam possessionem ex remedio dictæ legis, non obstat exceptio, non factæ excussionis debitoris principalis.

Sed inter hæc & quæstionem nostram magna est dissimilitudo. Primò l. vlt. loquitur de domino rei, & ait nihil ei præiudicij generari ex dolo vel negligentia aliorum & meritò; rem itaque suam vindicabit & possessionem recuperabit. At in quæstione nostra agitur de creditore, non de domino ipsius rei, vel possessore. Secundò, in quæstione nostra debitor est certæ quantitatis, cum quo negocium gestum est, & contractus initus, ex quo debitum est generatū, meritò prius conueniendus est quàm extraneus possessor, qui non est obligatus, & ad quem bona fide, & iusto titulo res peruenit. At in l. vlt. nullus est debitor, cum quo contractus fuerit initus, immò is ad quē possessio iniustè peruenit, principaliter tenetur eam restituere domino: Is qui fuit in culpa vel dolo, tenetur in id quod interest. Tertiò, debitor rei pignoratæ dominium retinet, ac proinde eam in alium potest transferre, at in l. vlt. seruus vel colonus, vel procurator, vel alius quispiam dominum spoliauit sua possessione, nullum ipse in ea re ius habens.

Denique argumentum tam longinquum & remotum ab hac nostra facti specie, non videtur mihi tanti esse faciendum, vt à præclara & speciali constitutione recedamus, quæ hanc propositam quæstionem satis apertè decidit.

CAPVT XCIV.

Reductio ad arbitrium boni viri apud quem petenda.



ARbitriorum multa sunt genera. Vnum huiusmodi vt siue æquū sit, siue iniquū, parere debeamus, quod obseruatur cùm ex compromisso ad arbitrium itum est. Alterum huiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, arbitratorem Doctores appellāt, l. Societatem, §. Arbitriorum, ff. pro socio. Sunt & alij quos Magistratus è re nata litigatoribus constituunt, à quibus appellare licet, sicut à iudicibus, l. Arbitro. ff. qui satisd. cogātur. Ab arbitris autem ex compromisso appellare non licet, l. 1. C. de arbitris. Si tamen sordes vel euidēs gratia eorum, qui arbitrati sunt, intercessit, aduersus agentem ex stipulatu ad pœnam exceptio doli mali competit, l. 3. C. eod. tit. *Per hanc autem exceptionem quadam appellandi species est, cùm liceat retractare de sententia arbitri,* inquit Paulus in l. Non distinguemus, §. Cùm quidam, ff. de receptis arbitris. Atque hinc nostri communiter distinxerunt arbitrū ab arbitratore, à sententia arbitri negarunt peti posse reductionem ad arbitrium boni viri, quia ei standum sit, siue æqua siue iniqua sit, l. Diem proferre, §. Si arbiter, ff. de recep. arb. A sententia verò arbitratoris peti reductionem docuerunt ex d. l. Societatem, §. Arbitriorum cum ll. seq. ff. pro socio, vt testatur Io. Imolensis in c. Quintauallis, nu. 47. de iureiurando. Sed apud quem iudicem petenda sit reductio ad arbitrium boni viri, diligenter inquirendum est à sententia arbitratoris.

Variæ enim sunt Doctorum sententiæ. Vna, petēdam esse apud iudicem superiorem ipsius arbitri, Angelus in l. Si suscepta, §. vlt. ff. de inoff. testam. Romanus cons. 265. Io. And. in c. Statutum, §. Cùm autem, de rescript. in 6. Afflictus decis. 51. Felyn. in c. 1. col. 5. de præscript. Parisius cons. 45. num. 11. lib. 1.

Fundamentum est, quia reductio ad arbitrium boni viri similis est appellationi, d. l. Non distinguemus, §. Cùm quidam, ff. de recept. arb. Appellatio autem ad superiorem pronunciantis sentētiam deferenda est, l. Præcipimus, C. de appellat.

Non est satis firmum, primò quia reductio ad arbitrium boni viri, non est per omnia similis appellationi, sed in eo duntaxat, quod sentētia arbitri retractatur, vt in d. §. Cùm quidam, in alijs multis est dissimilis, vt dicebat Federicus Senensis cons. 285. nu. 2. B Deinde, quia appellatio deuoluit quidem caussam ad superiorem iudicis qui pronunciauit, sed ille idem superior est iudex etiam litigatorum. Hæc autem sententia requirit tantum, vt iudex reductionis sit superior arbitri. Ideo dicunt isti, si compromittatur in clericū & laicum, & ab eorum sententia petatur reductio ad arbitrium boni viri, adeundum esse Episcopum, tanquam superiorem clerici, & consequenter ratio duntaxat habetur, vt iudex reductionis sit superior arbitri non litigatorum, quod est absurdum.

Secūda est sententia, iudicem competentem caussæ reductionis ad arbitrium boni viri eum esse, qui ordinarius iudex est illius, aduersus quem reductio ad arbitrium boni viri postulatur. Ita respondit Federicus Senensis in cons. 285. quem refert & sequitur, Io. Imolensis in c. Quintauallis, nu. 54. de iureiu. Didacus Couuar. lib. 2. variar. resol. cap. 12. nu. 2.

Fundamentum est in l. 2. C. vbi & apud quem, &c. C Diocletianus: *Quoniam ea quæ in transactione dari placuerat, te tradidisse proponis, consequens est, si de his repetendis per in integrum restitutionem, vel quamcunque aliā caussam putaueris agendum, eum te adire prouinciæ Præsidem, in qua domicilium habent, quos conuenis.*

Non est satis firmum, quia ratio diuersitatis est inter restitutionem in integrum aliàmve causam, per quam data repetuntur, & reductionem ad arbitrium boni viri. Petens per in integrum restitutionem quæ aduersario suo dedit, est actor, & iudicium instituit tunc primùm, ideo sequi debet forum rei quem conuenit, secundum vulgarem iuris regulam. At petens reductionem sententiæ arbitratoris ad arbitrium boni viri, non tunc primum litem instituit, sed caussam suam iam cœptam persequitur. Aut igitur actor fuit ab initio, cùm ad arbitrum iretur, aut reus. Si actor, sine dubio sequi debet forum rei, atque adeò reductionem petere apud iudicem ordinarium D rei: sin autem reus erat is qui petit reductionem, similiter reductionem petere apud suum ordinarium iudicem poterit: quia in caussa reductionis non desinit esse reus, & actor qui erat non desinit esse actor: quamobrem actor in cuius fauorem pronunciatum est, ab arbitro eum cōuenire debet apud suum iudicem, si nolit parere arbitri sententiæ, ipse verò contra excipere apud eundem poterit, vel etiam præuenire actorem, & reductionem apud suum ordinarium iudicem postulare.

Tertia est sententia, petendam esse reductionem apud ordinarium iudicem rei, apud quem aliàs actio fuisset instituta, & hunc esse iudicem competentem, ita Bartolus in d. l. Societatem, §. Arbitriorum, nu. 18. ff. pro socio, & multi alij quos refert & sequitur Rolandus à Valle in consil. 14. lib. 4.

Et hanc sententiam multis præiudicijs in Camera Imperiali firmatam testatur Andrea Geyll, lib. 1. Ob-

seru.149. & in pleno consilio ita iudicatum fuisse anno 1542. testatur Mynsingerus centur. 2. obseru. 61. Sic & in Gallia ordinatione Regia hanc sententiam probari testis est Rebuffus de arbitris, art. 1. Gloss. 10. & in Senatu Pedemontano ita sæpè iudicatum fuisse scribit Anton. Tessaurus decis. Pedemontana 14. Itaque ab hac sententia, quasi iam consuetudine approbata, propter Cameræ Imperialis autoritatem, & aliorum insignium Tribunalium, non puto recedendum esse.

Adfertur pro hac sententia l. Cùm hi. §. Trãsactiones. ff. de Trãsact. & l. Si quis rem. 35. ff. de recept. arb. in vltimis verbis, ibi. *Lite apud iudicem suo ordine peragenda.* Magis vrget argumentum Bartoli, quia actor sequitur forum rei, Ergo reductio petenda est apud iudicem ipsius rei.

Non obstat si dicatur hoc habere locum, si actio petat reductionem, non si reus, quia respondetur etiam si reus reductionem petat idem statuendum esse. Nã cùm reus petit reductioné sentẽtia in fauorem actoris lata est: tunc ergo inter actorem & reum hæc est contentio, ac status caussæ. Actor dicit, arbitratoris sententiam iustam esse & exequendam, agens scilicet ex stipulatione proposita, vel contractu præambulo, implero per sententiam arbitratoris, iuxta doctr. Bartoli in d. l. Societatem. §. Arbitrorum. nu. 15. ff. pro socio. reus contrà, iniquam esse contendit, & reducendam ad arbitrium boni viri. Huius rei definitio spectat ad judicem ordinarium rei, quia actor sequi debet forum eius; Cognoscet igitur ordinarius iudex æquum an iniquum fuerit arbitrium; nec aliter illud ratum babebit, quàm si æquum fuerit. Præclarè enim Celsus. *Et fere ea mens est personam arbitrio substituentium, vt quia sperent eam rectè arbitraturam, id faciant, non quia vel immodicè obligari velint*, l. Si libertus 30. ff. de operis liberto.

CAPVT XCV.

Intra quod tempus sit petenda reductio ad arbitrium boni viri à sententia arbitratoris.

Controuersia quoque est de tempore, intra quod reductio petenda sit ad arbitrium boni viri à sententia arbitratoris. Et vt statim dicam, existimo intra decẽ dies petendam esse, autoritate l. pen. C. de arbitris. illis verbis: *Sin autem post sententiam minimè quidem subscripserint se arbitri formam amplecti, sed silentio eam roborauerint, & nõ intra decem dies proximos attestatio missa fuerit vel iudici, vel aduersario ab alterutra parte, per quam manifestum fiat, definitionem non esse amplectẽdam: tunc silentio partium sententiam roboratam esse*, &c. Atque ita docent Speculator tit. de arbitr. & arbitrato. §. Sequitur. nu. 24. Panorm. in c. Quintauall. nu. 16. de iureiu. Pract. Papiens. in forma libelli, quo agitur ad pœnã ex cõpromisso, in verbo *Reductio*. n. 2.

Communis sententia concedit annos 30. ad petendam reductionem, teste Decio in consil. 39. nu. 6. Eugenio consil. 1. nu. 60. Andrea Geyll, lib. 1. Obseruat. 150. nu. 2. vbi dicit, Cameram Imperialem eã sequi solere.

Fundamentum est, quia hæc reductio vel est actio, vel exceptio ac defensio, vel ius aliud quodcunque, Ergo non tollitur minori spatio 30. annorum. l. Sicut. C. de præscript. 30. vel 40. annorum.

Ad l. pen. C. de arbitris respondent, eam loqui de arbitro, non autem de arbitratore.

Sed etsi magna sit autoritas communis sentẽtiæ, non tamen tanta esse debet, vt rationem vincat aut legem, quæ decem dies constituit, satis clarè & directè, nimirum, l. pen. C. de arbitr.

Quod autem dicitur tempus 30. annorum requiri

A ad tollendam actionem, defensionem, & ius alteri competens verum est, nisi minus tempus à lege sit constitutum. Nam & appellatio defensionis est species, & tamen intra decem dies proponenda est, Auth. Hodie. C. de Appellatio. Sic & reductio sine querela à sententia arbitri, vt in d. l. penult. C. de arbitris; quemadmodum & supplicatio, vt in Authen. quę supplicatio. C. de precib. Imperatori off.

Non obstat quod respondetur l. pen. C. de arbitris, loqui de arbitris, non autem de arbitratoribus: quia lex illa loquitur de arbitris electis, non ex cõpromisso, nec ex iudicis mandato, vel necessitate vlla, sed ex communi sententia & consensu partium, quorum etiam mẽtio fit in l. pen. C. de pactis, & in l. vlt. C. vbi & apud quem. Et isti sunt non autoribus iuris nostri, sed Doctoribus nostris arbitratores. Id probo ex traditis per Bartolum, & alios, in l. Societatem, §. Arbitriorum. ff. pro socio, vbi textus dicit, Arbitriorum

B duo sunt genera, *vnum huiusmodi, vt siue æquum sit siue iniquum, parere debeamus, quod obseruatur, cùm ex cõpromisso ad arbitrum itur. Alterum huiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, si nominatim persona sit comprehensa cuius arbitratu fiat.* Priores dicuntur arbitri nostris Doctoribus, à quibus appellare non licet, nec reductionem petere. Posteriores dicũtur à nostris arbitratores. vnde Bartolus ibi sic scribit in principio; *Sententia arbitri omnino est parendum, Sententia verò arbitratoris, si sit iniqua, reducitur ad arbitrium boni viri.* At Iurisconsultus eos vocat arbitratores, & ij sunt arbitri de quibus loquitur l. pen. Non enim illa loquitur de arbitris ad quos ex compromisso itur, quorum sententiæ parendum est, siue æqua, siue iniqua sit, aut pęna soluenda. l. Diem proferre. §. Stari. ff. de recept. arbit. Non etiam loquitur de arbitris quos Magistratus eligunt, vel dant litigatoribus, à quorum sententia

C appellatur, sicut à sententijs iudicum. l. Arbitro. ff. qui satisd. cog. Loquitur ergo de arbitris communi sentẽtia electis, sine pœna, sine iudicis mandato, quorum sententia redigi debet ad arbitrium boni viri, si iniquitatem contineat, vt in d. §. Arbitriorum. & sequentibus legib⁹. Et ij Doctoribus nostris sunt arbitratores. Ergo d. l. penult. loquitur de arbitris, qui vocantur à nostris arbitratores. Et expressè statuit decem dierũ tempus ad reclamandum à sententia arbitri, vt iam dictum est. Consequenter expressè quæstionem à nobis propositam decidere videtur; nisi ego toto aberrem cęlo quod viri docti, vt spero, mihi indicabunt.

CAPVT XCVI.

Vtrum appellari possit à sententia iudicis reducentis laudum ad arbitrium boni viri.

D Insignis quoque controuersia est inter Bartolum & Baldũ, an à iudice, ad quẽ tanquam ad bonũ virum recurritur, vt arbitratoris sententiã (laudum vulgò dicitur) redigat ad æquitatem, appellare liceat. Negat Bartolus in l. 1. nume. 18. de legatis 2. Affirmat Baldus in l. 1. nu. 10. C. Ne liceat tertiò prouocare. A Bartolo stant Innocentius in c. Præsenti, de rescript. Abbas Panormitanus in c. Quintauallis. nu. 40. de iureiu. Io. Andr. in add. Speculatoris, tit. de Appellatio. §. In quibus. nu. 16. Salycetus in l. Et in maioribus. C. de appell. & in l. pen. quęst. pen. C. de arbitris. Cepola cõs. ciuili 16. Fulgos. cõs. 111. & 114. Lanfrancus de arbitris, quæst. 20. Socin. iun. cons. 15. lib. 1. Cardinalis cons. 140. Bologninus ad Ananiæ cõs. 51. Castrẽsis cõs. 121. nu. 8. lib. 2. Pract. Papiẽsis in forma libelli ad pœnam compromissi. §. Nec reductio. nu. 9.

A sentẽtia Baldi stãt Paul. Castr. Imola, & Alexã-

der

der in l. 1. de leg. 2. idem Imola in d. c. Quintauallis. nu. 36. & Anton. Butr. 24. differentia. Vitalis tract. Clausulat. sit. de reductione ad arbitrium boni viri, cap. vltimo ad finem, Baptista de S. Blasio de arbitris, quæst. penult. column. penult. Arennus in c. Super his. nu. 47. de accusa. & ibidem Felynus nu. 13. Alex. consil. 168. nu. 7. lib. 3. Didac. Couuar. variar. resol. lib. 2. cap. 12. nu. 4. & 5. Andreas Geyll, lib. 1. obser. 149. nu. 4.

Fundamentum sententiæ Bartoli est, quia hoc non reperitur iure cautum, vt à iudice reductionis appellare liceat. Et ratio est, quia nõ ad eum simpliciter recurritur vt iudicem, sed vt bonum virũ, vt in l. Societatem. §. Arbitrorum. ff. pro socio cum ll. sequentib. Quamobrẽ videtur esse arbiter quidã, non iudex. A sentẽtia verò arbitri nõ appellatur, l. 1. C. de arbitris.

Fundamentum sententiæ Baldi est, quia regulariter permissa est appellatio à sententia iudicis. l. Et in maioribus. C. de appellat. Et iste est iudex, nimirum reductionis. Ergo appellare licet.

Non obstat, quod dicitur ad iudicem reductionis recurri tanquam ad bonum virum, quia cùm quid arbitrio iudicis committitur, id censetur ei commissum, vt bono viro. l. Fideicommissa. §. Quãquam. de leg. 3. l. Si libertus, de operis libert. l. vir bonus. ff. iud. solui. l. Continuus. §. Cùm ita. de verb. oblig. & tamen constat ab eius sententia appellari posse, c. 1. de dilatio.

Mihi sententia Baldi magis probatur. Primò, quia iudex reductionis non est arbiter ex compromisso, à quo non licet appellare, sed iudicis officio fungitur. Ergo ab eius sententia appellare licet. l. Ex consensu. ff. de appell. vbi dicitur, à iudice dato ex consensu litigatorum citra compromissum prouocare licere. Secundò, quia ad eum tãquam ad bonum virum recurritur, vt reformet sententiam arbitratoris secundùm æquitatem & iustitiam. Ergo si iniquè pronunciauerit, & ipse quoque læserit alterum ex litigatoribus, nihil proponi video, cur non liceat ab eius sententia prouocare.

Tertiò, licet maxima sit inter Doctores controuersia, vtrum appellare liceat à iudice, cuius arbitrio res cõmittitur, quam latè tractat Menochius de arbitrarijs iud. quæst. 70. tamen in quæstione nostra non puto eam militare; quia caussa reductionis non est simpliciter commissa iudicis arbitrio, & multò minus libero eius arbitrio, in quibus duobus casibus controuersia illa locum habet, sed committitur iudicis arbitrio, tanquam boni viri. Dicimus enim, reductionem esse ad arbitrium boni viri, siue sententiam redigi ad arbitrium boni viri, vt loquitur l. Societatem. §. Arbitriorum. ff. pro socio. Ergo si non vt virum bonum decet, iudex pronunciauerit, appellare proculdubio licebit.

Quæ sententia confirmatur: Nam in iudicijs bonæ fidei iudex à Prætore datus arbiter dicebatur, quia æquitatem sequi poterat, & multa ex arbitrio suo decernere, vnde arbiter familiæ herciscundæ. Arbiter communi diuidundo, pro socio. Dotis recuperandæ & similes, l. 1. ff. de collat. do. l. 5. C. fam. hercis. l. 4. de ser. leg. l. 1. ff. de pactis dotalib. & latè explicat Brissonius lib. 1. de verbor. signif. in ver. Arbiter. Et tamẽ nemo dixerit ab eorum sententia appellare non posse.

Quid plura? nonne iudex boni & innocentis viri officio fungi debet. l. Cæterùm. §. 1. ff. fam. hercis. nonne dicimus: *Totum rem ad iudicem, id est, ad virum bonum remitti.* l. Continuus. §. Cùm ita, de verb. oblig. *Et arbitratu iudicis vtique quasi boni viri.* in l. Sed si vnius, 17. §. Prætor ait. ff. de iniurijs? Ergo non licere appellare? At absurdum est hoc, iniquum, & contra omnes leges & constitutiones, quibus appellatio permissa est. Demus igitur & à iudice reductionis appellandi potestatem, si iniustè pronunciauerit, & arbitri laudum in peius reformauerit.

A

CAPVT XCVII.

Emphyteusi concessa alicui, & filijs suis, an veniant fœminæ.

FRequentioribus Doctorum suffragijs in hanc sententiam itum est, filiorum appellatione fœminas non contineri in emphyteusi concessa alicui, pro se, & filijs suis, vt fatetur Couuarruu. qui contrariã sententiam secutus est lib. 2. ca. 18. nu. 1. latè adductis autoritatibus, Roland à Valle, in cons. 93. lib. 2. Bursatus cons. 80. nu. 7. Clarus q. 32. Emphyteusis. Bertrãdus deci. Bononiẽs. 52. Hyppol. Riminald. cõs. 155. nu. 5. lib. 2. nouissimè Aurelius Corbulus de iure Emphyteutico. ca. 11. nu. 5. & seq. vbi multos alios citat.

Fundamentum est, quia in contractibus stricti iuris, qualis est Emphyteuticus, verba strictè sunt accipienda. l. Quicquid adstringendæ, de verbor. oblig. B Filiorum autem appellatio propriè fœminas non comprehendit, sed ex interpretatione & extẽsione, l. Pronunciatio. l. Iusta, de verb. sig. l. Cùm in adoptiuis. §. Quæ in filio. de verb. sig. Præterea in stipulationib. & pactis verba ambigua interpretari debent contra stipulatorem, qui potest legem contractus apertius dicere. l. Veteribus. ff. de Pactis. l. Stipulatio ista. §. In stipulationibus. de verb. oblig.

Contrarium docuit Salycetus in l. 2. q. 17. de iure Emphyt. Decius ad l. 2. de reg. iuris in tract. quando masculinum concipiat fœmininum. nu. 9. Alciatus in l. 1. de verb. sign. Couuar. qui malè citat Iasonem pro eadem sententia, d. lib. 2. variar. resol. ca. 18. nu. 1. alios citat Antonius Gabrielius comm. concl. lib. 6. concl. 6. nu. 94. quibus adde Pinellum ad l. 3. nu. 33. C. de bonis mater. Menoch. cons. 118. nu. 57. & nu. 60. lib. 2.

Fundamentum est, primò in §. Emphyteusim, in C Auth. de non alienandis rebus Eccles. vbi dicitur expressè, Emphyteusim Ecclesiasticam transire tam ad masculos, quàm ad fœminas, ibi: *Filijs tantùm masculis, aut fœminis, aut nepotibus vtriusque naturæ.* Secundò, quia iusta interpretatio hæc est, vt filiorum appellatione filiæ contineantur, & id sæpe, & plerunque fit l. Iusta. l. Pronũciatio. de verb. sig. Immò sexus masculinus semper fœmininum continet, inquit Iulianus in l. Qui duos. de leg. 3.

Hæc posterior sententia, nisi aliud obstet, videtur mihi sanè probabilior, & iuri magis consentanea. Etsi enim in §. Emphyteusim, non decidatur quæstio nostra, sed tantùm hoc dicatur, Emphyteusim ad fœminas quoque transire (quod pro responsione à contrariæ sententiæ autoribus allatum scio) tamen ex eo possumus argumentum conficere huiusmodi. Contractus secũdum sui naturam & legis dispositionem confectus præsumitur.

D Sed hæc est natura huius contractus & legis dispositio, vt fœminæ succedant in Emphyteusi, sicut masculi. Ergo verba contrahentiũ, tam masculos, quàm fœminas comprehendunt.

Maior propositio probatur ex l. Quæro. §. Inter locatorem, ff. locati. ex l. Si stipulatus. ff. de vsuris, tradit Alciatus de præsumpt. reg. 3. Præsump. 32. nu. 1. latissimè probat Menochius de Præsump. lib. 3. Præsump. 58. & lib. 6. Præsumpt. 9.

Minor probatur ex §. Emphyteusim, & ex legib. quib. habetur filiorum appellatione filias contineri.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, negando verba in contractibus ita propriè & strictè accipienda esse, vt excludatur iusta interpretatio, & contrahentium menti conformis. Mens etenim contrahentium magis spectãda est, quàm verba, l. In conuentionibus, de verb. sig. l. Semper in stipulationib. de reg. iuris.

Ad secundum respondeo, verba dubia interpretanda esse contra stipulatorem, ita loquuntur leges in argumento allatæ. Sed hæc verba non sunt dubia, quia lex illa interpretatur, vt tã masculos quàm fœminas comprehendant. l. Iusta. l. Pronunciatio. de verb. sig.

Respondent diuersæ sententiæ autores; id non esse tam certum, filiorum scilicet appellatione filias cõtineri, vt nõ recipiat probationem contrariam: Nam in materia stricta nõ contineri filias, indicat l. 1. §. Sed si incertum sit, de ventre in possess. mittendo. Hæc est autem materia strictè accipienda, quia contractus est stricti iuris.

Non me frangit hæc responsio, quia etsi cõtractus Emphyteuticus stricti iuris sit, admittit tamen fœminas sicut masculos. Ergo contrahentiũ voluntas ea esse videt, quæ & leg. & naturæ contractus conueniat.

Nec iuris regula, qua masculinus sexus fœmininũ continet, ideo euertitur, quod si testator dixerit: *Si mihi filius vnus nascetur exheres esto*, non continetur filia: nam plerũque secus est l. Iusta. l. Pronunciatio. l. Qui duos. de leg. 3. Hic non agimus de tali exhæredatione. Ergo in regula versamur. Ergo res est clara nõ dubia. Non est bona collectio. Potest verbum illud aliquando trahi ad alium sensum, Ergo ambiguum est. Si hoc valeret, nihil esset certum, nihil clarum, omnia obscura, & ambigua. Nam quæ sunt verba tam perspicua, quæ secundùm materiam subiectam non aliter atque aliter accipienda sint? l. Si vno. ff. locati. l. Insulani. ff. de præscript. verbis.

CAPVT XCVIII.

Emphyteusim non Ecclesiasticam, si quis stipuletur filijs suis, an etiam filijs naturalibus stipulatus videatur?

SED rursus controuersia est. Pater Emphyteusim filijs stipulatur, an etiam naturalibus filijs stipulari videatur, & sermo est de Emphyteusi priuatorum, non autem Ecclesiastica. Affirmant plurimi Doctores, adeò vt hæc sententia communior dicatur. Vide Ripam in l. Ex facto. §. Si quis rogatus. num. 58. ff. ad Trebell. Negant autem Decius in c. In præsentia. nu. 44. & seq. de probatio. & ibidem Berous, num. 325. Aurelius Corbulus de iure Emphyt. cap. 12. num. 56. vers. Ampliatur, vt naturales.

Illustrissimus & Reuerendissimus Cardinalis Paleotus de nothis & spurijs cap. 30. nec hos nec illos sequitur, sed ita pronunciandum censet. Si quis sibi & filijs fuerit stipulatus, siquidem tunc naturales habebat, de his quoque actum uideri ex mente contrahentium, secus autem, si naturales postea suscepti sint.

Fundamentum prioris sententię est in d. l. Ex facto. §. Si quis rogatus. ff. ad Treb. vbi: *Si quis rogatus fuerit, si sine liberis decesserit, vt restituat hæreditatẽ, Papinianus scribit etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio.*

Fundamentum posterioris sententiæ est, quia filiũ eum definimus, qui ex viro & vxore natus est. l. Filiũ. de his qui sui, vel alieni iuris sunt. Ergo naturalis non continetur, præsertim in stipulatione, in qua verba sunt strictè accipienda. l. Quicquid adstringendæ. de verb. oblig. & si dubia sunt, vt hoc in casu contra stipulatorẽ. l. Stipulatio ista. §. In stipulationib. de verb. obl.

Illustrissimi & Reuerendissimi Cardinalis sententia eo nititur fundamento, quod stipulatoris hæc fuisse voluntas & mens videatur, cùm filios naturales habet, vt ij in Emphyteusi ita quæsita succederẽt; quę voluntas in stipulationibus magis spectanda est, quã verba, l. In conuentionibus. de reg. iur.

Hæc sententia mihi quoque placet, eamque confirmo ex verbis Vlpiani in d. l. Ex facto. §. Si quis rogatus sic dicentis: *Mihi autem quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæstio videbitur esse, de quibus liberis testator senserit, sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & conditione eius, qui fideicommisit accipiendum erit.*

Quibus verbis prior sententia refellitur: Etsi enim Papinianus scripserit, naturales filios efficere, vt conditio deficiat. Vlpiani tamen alia est sententia, hoc ex voluntate, &c. pendere. Vlpiani sententiam secutus est Imperator, dum eius responsum in Pandectis posuit, & consequenter approbauit.

Posterior autem sententia firmo satis & solido nititur fundamento, quam ego non refello, sed probo & amplector cum distinctione Illustrissimi & Reuerendissimi Cardinalis, loco annotato.

CAPVT XCIX.

Emphyteuta qui 30. vel 40. annis canonem non soluit, an præscriptionem allegare possit, ne in futurum soluere cogatur?

MAXIMA quoque controuersia est, vtrũ emphyteuta, qui annis 30. vel 40. canonẽ nõ soluit, nec à domino interpellatus ad soluendum fuit, libertatem præscribat nõ soluendi canonem temporis futuri; qua in re ne diu lectorem morer, pronunciandum sic existimo, nequaquam eum præscribere libertatem pro futuro tempore. Vtor in primis autoribus Accursio in l. Comperit. C. de præscript. 30. vel 40. anno. Iasone in l. 2. num. 72. C. de iure Emphy. Guidone Papæ decis. 406. & alijs quos refert Anton. Tessaurus decisione Pedemon. 179. ac præterea Andr. Geyll, lib. 2. obser. 73. dum scribit, præscriptionem in annuis præstationibus locum nõ habere, idque multis præiudicijs in Camera confirmatum.

Vtor præterea autoritate l. Cùm notissimi. §. vlt. C. de præscript. 30. vel 40. anno. vbi Imperator: *In ijs etiam promissionibus, vel legatis, vel alijs obligationibus, quæ dationem per singulos annos vel menses, aut aliquod singulare tempus continent, temporum memoratarum præscriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cuiusque anni, vel mensis, vel alterius singularis temporis computari manifestum est.*

His verbis indicauit Imperator & statuit, in annuis præstationibus tot esse præscriptiones, quot sunt anni: quare si Emphyteuta non soluit spatio annorum 30. vel 40. præscripsisse videtur præteritas pensiones, non autem futuras, quia noua pręscriptio est necessaria futurorũ annorum; & quidem in singulos annos, quod clarius etiam apparet ex l. Eos, C. de vsuris: licet enim ibi sit cõstitutum principali actione sublata præscriptione 30. annorum, nullam super vsuris quæstionem moueri posse, quia principali caussa non subsistente, nec ea quę sequuntur locum habent, l. Cùm principalis. de reg. iuris: Tamen illa lex satis indicat, in annuis præstationibus singulorum annorum præscriptionem requiri, in illis verbis: *Iubemus non posse super vsuris vel fructibus præteriti temporis aliquam moueri quæstionem, dicendo ex ijsdem temporibus eas velle sibi persolui, quæ non ad 30. vel 40. præteritos annos referuntur: ad ferendo singulis annis earum actiones nasci*, &c.

Contrarium docuit Barto. in d. l. Comperit. C. de præscript. 30. vel 40. annor. & in l. Ius Emphyteut. in fi. C. de fundis patrimon. lib. 11. alios citat Corbulus de iure Emphyt. cap. 15. limit. 31.

Fundamentum est in l. vlt. C. de fundis rei priuatæ lib. 11. Et quia omnis actio tollatur spatio 30. uel 40. annorum. l. Sicut. l. Omnes. C. de pręscript. 30. uel 40. annor. Et quia in annuis præstationibus agi possit, tã pro tempore præterito quàm pro futuro. l. 1. C. de fideicom. l. Libertos quos. §. 1. ff. de alimen. & cib. lega-

tis,

tis, Ergo præscriptio pro toto tempore currit, sicut A pro toto tempore agi potest.

Ad l. Cùm notissi. §. ult. responderi potest, ex mente Bartoli tribus modis intelligi. Primò, in annuis præstationibus prescriptionem currere à die cessationis, pro illo anno, in quo cessatum est. Secundò, prescriptionem omnium annorum currere ab eo tempore, quo cessatum est. Tertiò, in stipulatione annua hanc posteriorem sententiam ueram esse, quia annua stipulatio est una pro toto tempore, in legatis uerò locum habere priorem sententiam, quia quot sunt anni, tot sunt legata.

Tertiam autem expositionem, quę Glossę & Ioannis fuit, esse ueriorem.

Sed ad hęc refellenda non magno labore opus est. In primis quod attinet ad l. ult. C. de fundis rei priuatę, illa non dicit pensionem annuam 40. annorum spatio prescribi ab Emphyteuta, uel alio, sed hoc dicit. Si B quis emerit fundum rei priuatę Principis, ea lege, ut canonem soluere non teneatur, non posse se tueri prescriptione temporis, nisi 40. annorum. Nunquam iste emptor suscepit in se obligationem soluendi canoné, sed eam recusauit & noluit suscipere. Consequenter non pertinet ad rem nostram, quia nostra quęstio est, an is qui ad annuam præstationem canonis Emphyteutici obligatus est, possit prescriptione temporis se tueri. Verba dictę ult. legis hęc sunt, ne lectoris animus distrahatur: *Nemo dempto canone ad comparationē dominica possessionis accedat. Quod si quis in posterum ad interdictum contractum accesserit, eum volumus precia perdere perpetuò, nec expensarum vel melioratæ rei fructuum exactioni compensationem opponere; nec temporis sibimet contra nostra commoda præscriptione, excepto uetustatis auxilio blandiri.*

Ad l. Sicut. & l. Omnes. respondeo, nil obstare, quia C nos quoque dicimus annuas prestationes prescriptione 30. uel 40. annorum extingui; sed singulorum annorum, quibus actio nascitur, prescriptionem contemplamur, & requirimus ex mandato legis, ut in d. l. Cū notissimi. §. ult. non autem totius temporis futuri ex unius anni, uel alterius pensionis prescriptione ius metimur.

Non obstat quod dicitur, agi posse pro toto tempore, Ergo & prescriptionem currere pro toto tempore: quia negatur consequentia. Agitur enim pro toto tempore, quia ualde absurdum foret, ut quis pro singulis pensionibus peculiarem processum instruere deberet. argu. l. Malè agitur. C. de prescrip. 30. uel 40. annor. declarat optimè Andreas Geyll, lib. 1. obseru. 74. Sed hęc res non immutat naturam obligationis; & multò minus legis sanctionem circa ipsam annuæ obligationis prescriptionem, tam apertè positam in d. D l. Cùm notissimi, §. ult. quam legem consequentia illa, si ualeret, profectò destrueret. Sic enim infert. Est una actio pro toto tempore; Ergo una prescriptio pro toto tempore. At contra Imperator dicit, per singulos annos uel menses tempora prescriptionum currere, non ab exordio obligationis, & in d. l. Eos. C. de usuris. fatetur Imperator singulis annis *actiones nasci*, quā tum ad effectum prescriptionis.

Porrò expositioni d. §. ult. l. Cùm notissimi. quam suprà tertio loco retuli, & probari dixi Glossę, Ioanni & Bartolo, obstant primò uerba textus, quatenus nō distinguit inter ànnuas obligationes & legata. Secundò, quod ad rem nostram attinet, obstant uerba illa, quibus apertè dicitur, præscriptionum tempora currere per singulos annos uel menses, non auté ab exordio obligationis. Quid est aliud hoc (bona pace doctissimorum uirorum) quàm exponere album pro nigro? Si una prescriptio sufficeret pro toto tempore futuro, non essent tempora prescriptionis metienda ex singulis annis uel mensibus. Nulla erat ratio dubitandi in A l. Eos. C. de usuris, quin sublata esset actio ad fructus & usuras singulorum annorum, quia una prescriptio pro toto tempore sufficiebat. Et tamen Imperator adfert eam dubitandi rationem; quòd singulis annis *noua actio nascitur*, quę proinde prescriptione eligenda sit, quanquam alia ratione postea contrarium in ea specie statuat, quia scilicet perempta principali obligatione, equum est, & quę eam sequuntur, perimi.

Aliter hanc rem explicauit Balbus de prescript. 4. par. 4. partis principalis, quęst. 8. quem secutus est Aurelius Corbulus de iure Emphyteutico, cap. 15. limit. 3. ubi distinguit. Aut Emphyteuta qui præscriptioné istam allegat, est ille met, qui rem conduxit in Emphyteusim, & dominum recognouit, & prescribere non potest, quia est in mala fide. c. ult. de prescrip. Aut alius est extraneus, qui rem tenuit bona fide tanquam suā, & is prescribere potest directum dominium, seruata B distinctione, Auth. Malę fidei. C. de prescrip. longi tempo.

Non repugno huic sententię; sed hoc ipse contendo, nec si sit in bona fide Emphyteuta, puta heres primi Emphyteutæ, uel aliam ob caussam, locum esse prescriptioni annuę pēsionis temporis futuri. Eridem in omni alio possessore bonorum Emphyteuticorum statuo, qui non ipsum directum dominium legitimè præscripserit; tunc enim & pensionem siue canonem in consequentiam præscribere uidetur. argum. l. Eos. C. de usuris.

CAPUT C.

Debitor certæ rei, an liberetur eius interitu post moram, & primo agitur in obligatione descendente ex maleficijs.

C GRauis cōtrouersia est, & secum adferens multarum legum cognitionem, an debitor interitu rei post moram liberetur. Ordinis & lucis gratia, prius agam de debitore siue reo ex obligatione descendente ex maleficio. Deinde de eo, qui ex contractu uel quasi, & ex alijs caussis obligatus est.

Quatuor animaduerti Doctorum sententias. Prima, Glossæ in l. 1. C. de his quę ui uel metus caussa gesta sunt, distinguendum esse, an res eodem modo peritura esset apud actorem, uel non esset peritura. Priore casu reum liberari, Posteriore, nequaquam. Eam Glo. probarūt ibi Salycetus & Alexander, & eandem sententiam habuerunt Fulgosius, Aretinus & Decius in l. Quod te. nu. 50. ff. si cert. peta. & in eandem propendet Couuar. affirmans eam in foro conscientiæ D ueriorem esse, ad reg. Peccatum. de reg. iuris, lib. 6. §. 6. in 1. parte.

Fūdamentum est in l. Si cum exceptione, 14. §. Sed & si non culpa. ff. de eo quod metus caussa. vbi sic scribitur: *Sed & si non culpa eius cum quo agetur aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus, sicut in interdicto. Vnde ui, vel quod ui aut clam obseruatur. Itaque interdum hominis mortui precium recipit, qui eum uenditurus fuit, si vim passus non esset.*

Secunda est opinio Cornei & Aretini in d. l. 1. C. de his quæ vi vel metus caussa gesta sunt, & aliorum communiter, in l. Quod te. ubi Ripa, num. 28. ff. si cer. pet. in actionibus descendentibus ex maleficijs reum interitu rei non liberari, sed actionem integram esse sine distinctione, an res esset peritura, vel non.

Fundamentum est in d. l. 1. & in l. 1. §. Rectissimè. & in l. pen. ff. de vi & vi arm. in l. vlt. ff. de cond. furti. & d. l. Inter omnes, 47. ff. de furtis, & alijs similibus, in quibus generaliter, & absque vlla distinctione constitutum est, reum teneri licet res perierit.

Sed fragile est fundamentum hoc: Nam dictę leges

non

non negant adhibendam esse distinctionem, an res peritura esset, licet nec affirment adhibendam esse. Tantum enim hoc declarant, reum non liberari interitu rei; licet actor fuerit in mora petendi, & actionem instituendi. Idem scilicet reum nō liberari docet tex. in d. l. Si cum exceptione 14. §. Quatenus. vers. Sin autem homo, sed infrà in vers. Sed & si non culpa: distinctionem adhibendam esse indicat, an res peritura esset necne.

Tertia est sententia Bartoli in d. l. 1. C. de his quæ vi vel metus caussa, & in d. l. Quod re. si cert. pet. in obligationibus descendentibus ex delicto; non esse locum distinctioni huic: An res esset peritura, excepta actione, quod metus caussa, in qua locum esse probatur in d. §. Sed & si non culpa. Rationem hanc adfert, quia actio quod metus caussa damnum exigit. l. Sed & si pactus. §. 1. ff. eod. tit. Nullum autem damnum actor sentit, quando res erat peritura, etsi metus illatus nō fuisset.

Et quoniam huic sententiæ videbantur obstare verba dicti §. Sed & si non culpa. quibus dicitur, *tenebitur reus, sicut in interdicto. Vnde vi, &c.* Respondet Bartolus, hanc similitudinem non esse omnimodam, sed in hoc esse positam, quia tam in actione, *quod metus caussa*, quàm in interdicto, *Vnde vi*, reus tenetur, licet res perierit, quando non erat peritura apud actorem. Ad eum autem casum quo res erat peritura, penes actorem similitudo non pertinet, quia reus in actione quod metus caussa non tenetur: At in interdicto vnde vi tenetur. Itaque Bartolus concludit sic accipiendam esse hanc similitudinem, quemadmodum cùm dicitur in sacris literis: *Estote perfecti sicut pater vester qui in cælis est.*

Sed ista nihil habent firmitatis. Primùm, quia textus in d. §. Sed & si non culpa, in hac ipsa re, de qua agitur, æquiparat actionem, *quod metus caussa*, interdicto, *Vnde vi*. Quamobrem verisimile non est, in hoc ipso diuersitatem esse. Esset autem maxima diuersitas secundum sententiam Bartoli.

Deinde quia nulla diuersitatis ratio adferri potest, inter actionem quod metus causa, & alias actiones ex maleficijs descendentes. Etenim in omnibus ijs actionibus ratio iustitiæ commutatiuæ locum habet, quæ hoc exigit, vt damnum quod iniuria tua passus sum, quodq; mihi abest, culpa tua, mihi restituatur. Si nullum damnum verè patior, & nihil mihi abest, consequenter nil restituendum videtur.

Quartam sententiam ego colligo ex scriptis Iacobi Cuiacij in l. Si ex legati 23. de verb. oblig. & in d. l. Si cum exceptione. §. Quatenus. ff. de eo quod metus causa. Summa hæc est, has tres actiones, *de vi, de metu, de furto*, non recipere hanc distinctionem, an res peritura fuerit, re post moram perempta: Verùm re perempta ante moram, recipere. Post moram dicitur perempta, cùm post condemnationem & post tempora iudicati faciendi perempta est: Ante moram autem perēpta dicitur, cùm intra tempora iudicati faciendi perēpta est. Et tunc ait locum esse distinctioni, an res peritura fuerit, quia si non erat peritura, reus tenetur; secus si erat peritura, & ita accipiendum esse tex. in d. §. Sed & si non culpa.

Sed huic sententiæ obstat primò, quod reus ex ijs causis, quæ ex delicto descendunt, semper dicitur esse in mora Triphonino teste in l. vlt. ff. de condict. furt. & in l. pen. ff. de vi & vi arm. vbi dicit, plusquam frustratorem esse ex eo tempore, quo rem abstulit alienam.

Si reus omni tempore in mora esse dicitur, non video, quo pacto locum illa distinctio habere possit, *ante moram & post moram*.

Deinde obstat quod tex. in d. §. Sed & si non culpa. non pertinet ad eum casum quo res perijt, post condemnationem: sed ad eum casum quo ante condemnationē perijt. Id paret ex ordine Iurisconsulti Vlpiani in d. l. Si cum exceptione. §. Quatenus: nam in prima parte loquitur de re perempta post condemnationem intra tempora iudicati, vsque ad illa verba: *Hæc post condemnationem.* Deinde loquitur de re perempta ante condemnationem: sic dicens: *Sin autem homo ante sententiam, sine dolo malo, & culpa mortuus fuerit: tenebitur.* Postea interiectis quibusdam, sequitur §. Sed etsi non culpa, vbi illam distinctionem indicat, an res fuerit peritura, quæ proculdubio ad eum casum pertinet, qui proximè relatus fuit, nimirum cùm homo mortuus est ante sententiam, siue condemnationem.

Quid ergo concludendum in proposito nostro articulo? Priorem sententiam quæ textus autoritate nititur, quæ rationem sequitur iustitiæ commutatiuæ, cæteris probabiliorem videri.

CAPVT CI.

Quid statuendum sit in alijs obligationibus, quæ non ex maleficijs descendunt, an debitor post moram re perempta simpliciter liberetur, an verò cum distinctione, an res fuerit peritura?



Ractaui hanc controuersiam lib. 2. controuersiarum, cap. 71. sed iuuat eam retractare nunc paulò magis accuratè: Et quæ hic dicam tanquam posteriora prioribus meis scriptis præferri volo, quanquam eis non repugnabunt.

Tres sunt præcipuæ Doctorum sententiæ. Vna & magis communis, distinguendum esse inter actiones reales & personales: In realibus recipiendam esse hāc distinctionem, an res peritura fuerit. In personalibus non esse recipiendam, Bartolus in l. Quod te. nu. 10. ff. si cert. petat. Ripa ibidem num. 28. Menochius de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 138. Robertus Aurelianus lib. 1. sentent. iuris, cap. 23.

Fundamentum est, quod attinet ad actiones reales, in l. Item. Si verberatū. §. vlt. ff. de rei vind. & in l. De eo. §. Si post. ff. ad Exhib. Quod verò attinet ad personales, in l. Si pecuniam. §. vlt. ff. de Cōd. causa data, in l. Si filiusfa. §. Si post diuortium. ff. sol. matr. in l. Apud Iulianum. §. 3. aliàs incipit l. Cùm seruus. §. Fructus, in fine. de leg. 1. in l. Cùm filiusfa. in principio: & in §. vlt. de verb. obl. in l. Qui decem. ff. de solutio.

Addit Bartolus hanc rationem in actionibus personalibus, quia fur & morosus æquiparantur, l. Inter stipulantem, §. vlt. de verb. oblig. Sed in fure non admittitur hæc distinctio. l. 1. C. de his quæ vi uel metu causa. l. 1. §. Rectissimè. l. penult. ff. de ui & ui ar. l. ult. ff. de cond. fur. l. 2. C. eod. l. Subtracto. C. de fur. Ergo nec in debitore post moram admittenda est.

Addit etiam Robertus Aurelianus diuersitatis rationem inter actiones in rem, & in personā; quia personalibus actionibus non simpliciter rem petimus, sed personam obligatam, obstrictamq; persequimur: ideo re perēpta non minus subsistit obligatio, quia persona ipsa manet obligata. In realibus autē res simpliciter petitur. ideo re fato perempta reus liberatur, si ea peritura fuerit; quia tantum actori reus præstare tenetur, quantum haberet, si litis contestatæ tempore res ei restituta fuisset.

Secunda est opinio Franc. Duareni, ad l. Si ex legati, 23. de uerb. oblig. tres casus distinguendos esse. Primus est, cùm certum & exploratum est, rem de qua agitur, eodem modo perituram fuisse, si reddita esset actori, ut puta seruus erat senio confectus, quem quis se daturum promiserat, & tunc debitor liberatur. l. Si plures. §. ult. ff. depo. l. Si is qui Stichum, 57. ff. de iure dot. l. Si à domino, 39. §. Si prædio. ff. de petit. hæred.

Secundus

Secundus casus est, quando constat rem perituram non fuisse si reddita fuisset; Perijt enim, verbi gratia, seruus debitus ruina, uel naufragio, tunc non liberatur debitor, l. Cum exceptione, §. Quod si homo, ff. quod met. causa l. De eo. §. Si post, ad exhib. l. Item si uerberatum, §. Si seruus. ff. de rei uend.

Tertius casus est, cùm dubium atque incertum est, an eadem modo res peritura fuerit, ut puta, quia seruus febri aliqua communi occubuit: & hoc casu contra frustratorem interpretamur, perinde ac si certum esset interituram non fuisse, l. Si ex legati 23. l. Nemo 82. ff. de uerb. oblig. l. Si in Asia. §. ult. ff. depos. l. Cùm res, 49. ff. de legatis primò, l. 1. §. Remissiuè, l. Meritò, ff. de ui & ui ar.

Excipiendus est bonæ fidei possessor, quem constat absolui, si res naturaliter interierit secundum Pauli distinctionem, qua Proculianorum & Cassianorum opiniones conciliat in l. Illud. ff. de peti. hæred.

Tertia est sententia, tam actiones in rem, quàm in personam admittere hanc distinctionem, an res peritura fuerit, & hanc secutus sum lib. 2. Controuers. cap. 71. ex l. Si plores, §. 1. ff. depo. ex l. Si cum exceptione, §. Sed etsi non culpa, ff. quod metus cau. ex l. Item si uerberatum, §. ult. ff. de rei uend. ex l. Si uehenda. §. Si ea conditione, ff. ad leg. Rhod. de iactu.

Ego hac in re omnibus maturè consideratis ita respondendum ex Iurisconsultorum nostrorum responsis existimo. Aut uersamur in petitione hereditatis, & habemus claram decisionem Pauli in l. Illud, 43. ff. de petitio. hæred. his uerbis: *Quid enim si post litem contestatam mancipia, vel iumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba orationis: quia potuit petitor restituta hareditate ea distraxisse: & hoc iustum esse in specialibus petitionibus. Proculo placet: Cassius contra sentit: In prædonis persona Proculus rectè existimat: In bonæ fidei possessoribus Cassius: Nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare, aut propter metum huius periculi temerè indefensum ius suum relinquere.*

Ex hoc responso Pauli habemus duo. Primùm, bonæ fidei possessorem liberari in iudicio illo petitionis hæreditatis, ob naturalem rei interitum. Secundò, prædonem, hoc est, possessorem malæ fidei, non liberari.

Secundò, aut uersamur in rei uendicatione, & in ea quid statuendum sit, Vlpiani responsum habemus in l. Item si uerberatum, §. ult. ff. de rei uend. dum ait: *Sed est verius, si fortè distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere præstari. Nam si ei restituisset, distraxisset, & pretium lucratus esset.* Et suprà dixerat: *Si seruus petitus, vel aliud animal demortuum sit sine dolo & culpa possessoris, pretium non esse præstandum plerique aiunt.*

Hoc responso palam est, possessorem liberari ob interitum rei, nisi rem distracturus petitor fuisset.

Tertiò, aut loquimur de actione depositi, & eandem distinctionem locum sibi uendicare testimonium habemus Caij in l. Si plures 14. §. 1. ff. depo. ita scribentis: *Siue autem cum ipso apud quem res deposita est, actum fuerit, siue cum hærede eius, & sua natura res ante rem iudicatam interciderit. (Veluti homo mortuus fuerit) Sabinus & Cassius absolui debere eum, cum quo actum est dixerunt; quia æquum sit naturalem interitum ad actorem pertinere: utique cùm interitura esset ea res, & si restituta esset actori.*

Quartò, aut loquimur de actione ex testamento, & quid statuendum sit indicat Vlpianus in l. Cùm res 49. §. ult. de leg. 1. sic dicens: *Item si fundus Chasmate perierit. Labeo ait, utique æstimationem non deberi, quod ita verum est, si non post moram factam id euenerit. Potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*

Quintò, aut loquimur de alijs contractibus, & obligationibus, & obseruandum est, multa ac varia esse Iurisconsultorum responsa, quæ decernunt simpliciter, & nulla distinctionis huius mentione facta, reum

A post moram non liberari re perempta, ut l. Quod te. ff. si cert. pet. l. 8. ff. de re iud. l. Si ex legati 23. & l. Nemo 82. §. 1. & l. Cùm filiusfamil. de uerb. oblig. l. Electio. §. Si is quem. ff. de noxalibus act. l. Si in Asia 12. §. ult. ff. depo. l. Cùm seruus, §. Fructus, de leg. 1. & quædam aliæ quæ nunc non occurrunt.

His legibus non negatur distinguendum esse, an res peritura fuerit apud actorem: sed tantum hoc continetur, actorem rei interitu post moram nō liberari; quod uerissimum & extra omnem controuersiam est.

Ergo non potest ex dictis legibus inferri aut colligi repudiandam esse hanc distinctionem: quia dictæ leges illam non respuunt.

Difficultas ergo est an & dictæ leges accipiēdę sint, cum hac distinctione, quæ ex alijs legibus colligitur: & nihil proponi uideo, cur non debeant admittere eādem distinctionem; quia leges priores ad posterio-
B res trahi debent, & contra posteriores ad priores, l. Non est nouum, cum duabus legibus sequentibus, ff. de legibus.

Quare sententiam postremo loco relatam, quam & alias amplexus sum, nunc quoque amplector, nimirum tam in actionibus, in rem quàm in personam admittendam esse hanc distinctionem, an res peritura fuerit: quàm sententiam secutus est etiam Cuiacius in d. l. Si ex legati caussa 23. de uerb. oblig. Itaque si res non fuisset peritura, quia petitor eam distraxisset, reus non liberabitur interitu rei; si uerò non distraxisset, & ideo peritura fuisset, etsi reddita fuisset actori, liberabitur. atque accipio suprà dictas leges, & totā hanc materiam & disputationem.

Et hanc sententiam nunc confirmo, quia siue de in rem actionibus agatur, siue in personam, ita iure constitutum est, ut actori tantùm debeatur, quantum ha-
C biturus esset, si post litem contestatam res soluta uel restituta fuisset, l. Cùm fundus, 31. ff. si certum peta. l. Et ex diuerso, §. 1. in fi. l. Si hominem, ff. de rei uend. Sed nihil petitor habuisset, si res peritura fuisset; & non potuisset eam distrahere: Contra, si potuisset eā distrahere, pretium lucraturus esset; Ergo priore casu reus liberatur. Posteriore casu non liberatur.

Ad argumenta Bartoli & aliorum, quibus probare conantur in actionibus personalibus non esse admittendam hanc distinctionem, respondeo, quod attinet ad l. Si pecuniam, §. ult. ff. de cond. cau. data, hanc distinctionem ibi non reijci, in debitore post moram, quantum ad hunc effectum, ut rem præstare teneatur, sed quoad alium effectum, nempe ut restituat id quod accepit ea lege, ut seruum manumitteret; qui post moram eius mortuus est. Nam iure per eum factum sit, ut seruus non manumitteretur, lucrari non
D debet, quod ob eam caussam accepit. Verba text. hæc sunt: *Sed ubi accepit, ut manumitteret, Deinde seruus decesserit; Siquidem moram fecit manumissioni: consequens est, ut dicamus refundere eum debere, quod accepit.*

Ad l. Si filiofam. §. Si post diuortium, ff. sol. matrim. respondeo, ad rem non pertinere, uerba hæc sunt: *Si post diuortium res dotales deteriores factæ sint, & vir in reddenda dote moram fecerit, omnimodo detrimentum ipse præstabit.*

Hic non agitur de naturali rei interitu, nec reijcitur distinctio nostra, an res esset peritura.

Ad l. Cùm seruus, §. Fructus, de leg. 1. respondeo, non excludere hanc distinctionem, uerba hæc sunt: *Ipsius quoque rei interitum post moram dabit, sicut & in stipulatione, si post moram res interierit, æstimatio eius præstatur.*

Eadem responsio accommodatur ad l. Cùm filiusfam. 49. de uerb. oblig. Ait lex. *Si pater in mora fuit, non tenebitur filius, sed actio in patrem danda erit,* &c. Nulla mentio huius distinctionis est, quæ eam adstruat, uel destruat.

Quod

Quod attinet ad argumentum illud, fur & morosus æquiparantur; Ergo in debitore moroso non est adhibenda distinctio, quia in fure non adhibetur, id negatur. Nam & in fure adhibendam esse probatur ex ijs, quæ dicta sunt capite præcedenti.

Huc accedit illam æquiparationem furis, & debitoris morosi, non esse perpetuam neque generalem, sed pertinere ad hunc casum tantùm, quo res perijt, nam sicut fur non liberatur interitu rei, ita nec debitor qui est in mora: Ita loquitur tex. in d.l. Inter stipulantem, §. pen. de verb. obl. quod nos non negamus, sed id fatemur verum esse cum distinctione, an res peritura fuerit.

Ad rationem Roberti respondeo; etsi persona obligata sit, æquitatis tamen rationem hoc exigere; vt re perempta, quæ vtique peritura fuisset: etsi restituta fuisset, debitor liberetur, vt in l. Si plures. §. vlt. ff. depos. Et ratio illa, quam in actionibus realibus ipse considerat, scilicet sufficere, vt actor tantùm consequatur, quantum esset habiturus, si litis contestatæ tempore res restituta fuisset, æquè militat in actionibus personalibus, in quibus idem iuris esse indicat l. Cùm fundus, ff. si cert. peta. Quod verò dicebat in actionibus personalibus nos non rem petere, cõfutari potest ex §. Rei persequendæ, Instit. de actio. vbi Imperator: *Earum verò actionum quæ in personam sunt, ea quidem quæ ex contractu nascuntur, ferè omnes rei persequendæ gratia comparata videntur.* Ratio est, quia cõtra personam agimus, in ordine ad rem, id est, vt rem nobis debitam consequamur.

Vnus restare uidetur scrupulus contra hanc sententiam nostram ex l. de eo, §. Si post iudiciũ, ff. ad exhib. in illis uerbis: *Tantò magis si apparebit, eo casu mortuũ esse; quo non incidisset, si bona exhibitus fuisset:* quia dictio, *Tantò magis*, indicare videtur idem esse, si appareat eodem modo rem perituram fuisse.

Sed eo nos liberauit Bellonus, lib. 4. Supputationũ, cap. 8. perpendens alia verba dicti, §. *Tamen interdum tanti damnandus est, quanti actoris interfuit per eum non esse effectum, quò minus tunc eum indicium acciperet, homo exhiberetur.* Sensus est, aliquando debitorem condemnari, & quando condemnatur; tantò magis procedere condemnationem, si appareat eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tunc exhibitus fuisset.

Quid autem sit dicendum, id est, an cõdemnandus sit reus, si seruus moriturus fuisset, licet exhibitus fuisset; non decidit ibi Iurisconsultus: sed decidenda hæc quæstio est ex l. Item si uerberatũ, §. ult. ff. de rei uend. nimirum hoc in casu reum liberari, nisi petitor eum distracturus fuisset.

CAPVT CII.

Iuramentum metu extortum an obliget?



Q Vatuor hac de re Doctorum sententias animaduerti, quas ubi fideliter retulero, rum quid ipse sentiam paucis indicabo.

Prima, est iuramentum metu extortum nullius esse momenti, reddere actum super quo interponitur nullum, & à tali iuramento nõ esse absolutionem necessariam, Thomas Grammaticus, consi. 91. nu. 4. Corneus consi. 11. col. 6. lib. 3. Gratus responso 71. lib. 1.

Fundamentum est primò in Auth. Sacramenta puberum, C. si aduersus uend. ubi Imperator Fridericus ait: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inuiolabiliter custodiatur. Per vim autem, vel per iustum metum extorta etiam à maioribus (maximè ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant) nullius esse momenti iubemus.* Secundò, quia tale iuramentum metu extortum proculdubio est cõ-

A tra bonos mores, Ergo non est obligatorium, c. Non est obligatorium, de reg. iur. libro 6. Tertiò, quia dicit S. Pontifex in c. Cùm contingat, de iureiur. & in cap. Quamuis de pactis, lib. 6. seruãda esse iuramenta, quæ non vi non dolo extorta sunt, neque uergunt in dispẽdium salutis æternæ, aut in alterius præiudicium, Ergo Iuramenta ui extorta (à contrario sensu) seruare nemo cogendus erit.

Secunda est opinio, quæ uersatur in altero extremo, iuramentum etiam metu extortum obligare donec absolutio fuerit impetrata. Hanc esse communẽ Doctorum sententiam testimonijs allatis Couaruu. in Epitome de sponsalibus, parte 2. cap. 3. §. 5. nu. 2. & Seraphinus Senensis de Priuilegijs iuramenti, Priuilegio 110.

Fundamentum est in c. Si uerò, & in c. Verùm, de iureiu. ubi S. Pontifex respondit, loquens de iuramento ui extorto, & per metum grauissimum, *non esse tutũ*
B *quemlibet cõtra iuramentum suum venire, nisi tale sit quod seruatum vergat in interitum salutis æternæ.* Et postea subdit, S. Pontifices solitos esse absoluere à tali iuramento: Ex quibus infertur tale iuramentum obligare, quia si non obligaret, absolutione opus non esset.

Ad argumenta prioris sententiæ respondent, illa sic esse accipienda, ut probent, iuramentum effectu non obligare, si per uim uel metum fuerit extortum, quia scilicet iurans à tali iuramento absoluendus est, sed antequam absoluatur, tenetur iuramẽtũ seruare.

Tertia est sententia, quasi media, distinguendum esse inter contractus à legibus reprobatos, & alios cõtractus qui ualent, & legibus approbati sunt. Si iuramentum per uim & metum fuerit extortum in contractibus, qui legibus sunt reprobati, nullius momenti esse, nec iurantem eo obstringi, & ita accipiendum esse S. Pontificis rescriptum in c. Cùm conting. de
C iureiu. & in cap. Quamuis, de pactis, lib. 6. & Imperatoris Frid. constitutionem in d. Authent. Sacramenta puberum, quia loquuntur de contractib. reprobatis, ut ex eis patet. Si uerò extortũ ui metu ve iuramentũ fuerit in contractib. ualidis & approbatis, tunc iurantem obstringi, & absolutionem necessariam esse, & ita accipiendum c. Verum, & c. Si uerò, de iureiur. ita Panorm. in c. Cùm contingat, de iureiur. & ibi. Alciatus in 3. not. nec non Felynus in cap. 2. de iureiur. & multi alij quos commemorat Seraphinus d. Priuilegio 110. num. 7. 8. & seqq.

Quarta & postrema sententia est eadem quidem cum secunda superiùs relata, sed meliùs ac dilucidius rem enarrans, distinguendum esse inter forum internum, scilicet conscientiæ, & forum externum, in quo nos uersamur sub Magistratus Imperio & Iurisdictione. Iuramentum metu & ui extortum obligare in fo-
D ro conscientiæ, at in foro externo non obligare, ita S. Thomas & Caietanus 22. q. 89. art. 7. Reuerend. Pater Gregorius de Valentia, *nostrum decus*, in 3. tomo, di sput. 6. q. 7. puncto 4.

Et hæc mihi uerissima uidetur, tum quia iuri & rationi consentanea est, tum quia per eam conciliantur omnia iura, quæ prima fronte inuicem pugnare videntur, necnon & Doctorum discrepantes sententiæ.

Præclarè enim D. Thomas: *In iuramento*, inquit, *quod quis coactus fecit, duplex est obligatio, una quidem qua obligatur homini, cui aliquid promittit: & talis obligatio tollitur per coactionem, quia ille qui vim intulit hoc meretur, vt ei promissum non seruetur. Alia autem est obligatio qua quis Deo obligatur, vt impleat quod per nomen eius promisit, & talis obligatio non tollitur in foro conscientiæ, quia magis debet temporale damnum sustinere, quam iuramentum violare*, &c.

Hinc iura, ut dixi, conciliantur. Nam S. Pontifex, in c. Verùm, & in c. Si uerò, de iureiu. apertè loquitur

de

de obligatione iuramenti quoad Deum, ut patet ex illis verbis: *Tutum non est quemlibet contra iuramentum suum venire*. Et rursus: *Ne autores periurij uideamur*, &c. Et rursus ibi: *Non est ita expresse dicatur, vt iuramenta non seruent, sed si ea non attenderint, non ob hoc sunt tanquam pro mortali crimine puniendi.*

Quod autem Fridericus Imperator statuit in dicta Auth. Sacramenta puberum, & quod S. Pontifex respondit in d.c. Cùm contingat, & d.c. Quamuis, iuramenta vi extorta non obligare, & nullius esse momenti, ad forum externum rectè applicari potest, quia iurans habet exceptionem iustam, qua se defendat ex hoc edicto, *quod vi aut metus caussa*, ne promissa seruare teneatur, l.1. toto tit. ff. de eo quod met. cau.

Denique conciliantur discrepantes Doctorum sententiæ. Nam prima, quæ negat iurantem obligari, accipienda erit in foro externo. Secunda, quæ affirmat obligari, accipienda erit cum hac distinctione, scilicet quoad Deum & forum conscientiæ, non autem quoad forum externum. Tertia denique distinguens inter contractus approbatos & reprobatos, non incommodè hanc distinctionem inter forum internum & externum admittet.

CAPUT CIII.

Vtrum Ecclesia in integrum restituatur aduersus præscriptionem 40. annorum.



IN controuersia positum est, an Ecclesia in integrum restitutionem petere aduersus 40. annorum præscriptionem possit. Et multis placuit non posse, quos refert & sequitur Socinus senior in consi. 266. num. 23. lib. 2.

Fundamentum est, quia nullus ex toto Iure Canonico vel ciuili locus extat, vbi probetur huiusmodi restitutionem Ecclesiæ competere: sed contrà multa iuris loca proferri possunt, quibus constitutum, & disertè cautum est, quadraginta annorum præscriptionem Ecclesiæ nocere, c. De quarta, c. Vigilanti, c. Quia indicante, de præscript. & alibi, quod & Iustinianus constituit Nouella 111. siue in Auth. Hæc constitutio innouat. constit. &c.

Huc accedit, quia nunquam præscriptio noceret Ecclesiæ, nam semper in integrum restitueretur, quod videtur esse absurdum. In minore autem absurdũ non est, vt restituatur, quoniam aliquando maior fit, & post lapsum quadriennij excluditur, l. vlt. C. de tempor. in integr. restit. Denique præscriptio longiss. temporis planissimam securitatem parit, l. omnes, C. de præscript. 30. ann. ergò restitui aduersus eam nemo potest.

Sed contraria sententia & communior est, & probabilior. Communiorem esse palam est, ex ijs, quæ tradit doctissimus Sfortia Oddus de restit. in integrum, parte 2. quæst. 89. art. 3. Veriorem autem esse constat: Nam fundamentum eius est, quia Ecclesia vtitur iure minoris, cap. 1. de in integ. restit. Minorem autem restitui aduersus præscriptionem 30. vel 40. annorum, hoc argumento demonstrari potest. Minor olim restituebatur aduersus præscriptionem longi temporis, l. Vnica, C. si aduersus vsucap. Imperator autem Iustinianus statuit eã non currere, in l. vlt. C. in quib. caus. in integr. rest. non est necessar. Idem statuit longissimi temporis præscriptionem minoribus nocere, l. Sicut, C. de præscript. 30. vel 40. annor. Ergò aduersus præscriptionem longissimi temporis competit minoribus in integrum restitutio. Probatur: quia eadem est ratio, quæ in præscriptione longi temporis. Aduersus eam minor restituebatur, quia læsus erat ex imprudẽtia & lubrico ætatis. Eadem ratio est in præscriptione

A longissimi temporis, vt similiter minori succurratur per ætatis lubricum & imprudentiam læso.

Confirmari potest hæc sententia ex Clem. 1. de in integ. restit. vbi S. Pontifex scribit. *Ab Ecclesia aduersus lapsum temporis, in quo se læsam affirmat, restitutio peti potest.*

Item ex eo, quod datur restitutio in integrum Ecclesiæ, aduersus contractus gestos, ex quibus læsa est, cap. 1. eodem tit. ergo nulla est ratio, cur non detur et aduersus præscriptionem temporis, quia magis nocere debet contractus spontè initus, quàm tẽporis lapsus absque vllo consensu Ecclesiæ.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, licet iure constitutum expressè non sit, Ecclesiam restituendam aduersus præscriptionem istam tacitè tamen constitutum dici potest, cum iuris vtriusque rationibus consentaneum sit.

Ad secundum, nego Ecclesiæ præscriptionem nun-
B quam nocituram? Nam intra quadriennium in integrum restitutio peti debet, cap. 1. de in integ. restit. lib. 6. quare quadriennio elapso non auditur.

Ad tertium respondeo, quadraginta annorum præscriptionem plenissimam securitatem parere; quia nocet ipso iure: nisi restitutio in integrum detur. Non potest inde colligi restitutionem non esse concedendam, nam sic nemini, & nullo vnquam casu esset concedenda, si plenissima securitas sic accipienda esset, vt in integrum restitutionem excluderet; quod absurdum est.

CAPUT CIV.

Vtrum minor 25. annis aduersus contumaciam restitutus expensas restituere aduersario teneatur?

C 

MInor etiam si quasi contumax condemnatus sit, in integrum restitutionis auxiliũ implorabit, inquit Hermogenianus, in l. 9. ff. de minorib. Sed an sumptus aduersario refundere teneatur, iuxta l. Sancimus, C. de iudicijs, non est eadem omnium sententia; Nam Bart. in l. si finita, §. Si fortè, ff. de dam. inf. videtur velle, sumptus restituendos esse: quem refert & sequitur Iason in d.l. Sancimus, num. 7. Idem expressè Hostiensis docet, in Summa, de in integrum restit. §. vlt. circa finem. Idem decidit Capella Tholosana decisio. 329. & hanc sententiam seruari in Parlamento Burdegalensi, testatur Boerius decisione 63. numero 6. & 33.

Contrarium docet Alexander, ad d.l. si finita, §. Iulianus, num. 84. ff. de dam. inf. Natta consi. 17. num. 6. Sfortia Oddus, de restit. in integrum, parte 2. q. 67. ar. 2. nu. 330. Anton. Tessaurus decis. 9. num. 6.

D Prioris sententiæ fundamentum est, quia cõtumax in dolo esse videtur, l. Non videtur dolo carere, de reg. iuris. Minori autem non succurritur in delictis, l. si ex caussa, §. Nunc videndum, ff. de minorib.

Sed istud nihil est, quia est dolus præsumptus, non autem verus, qui ex delicto oritur. Constat autem minoribus succurri in dolo præsumpto, l. 1. §. vlt. ff. de minor. Et probatur in d. §. Nunc videndum, ubi minori succurritur neganti, ut pro confesso habeatur in actione ex lege Aquilia.

Secundò, quia beneficium in integrum restitutionis, non debet esse fraudi aduersario, arg. l. Nec auus, C. de emanc. lib. & C. de his qui veniam ætat. impetr. Esset autem fraudi, si non cogeretur minor impensas restituere.

Tertiò, nam in l. Intra utile, §. vlt. ff. de minor. probatur, sumptus in rem factos, restituendos esse à minore in integrum restituto.

Sed responderi potest, hæc esse dissimilia, quia sumptus

ptus iudiciales non sunt in rem facti, atque adeò non cedunt in vtilitatem minoris, sicut sumptus vtiles vel necessarij, quibus res preciosior facta est, vel conseruata.

Posterioris sententiæ fundamentum est. Primò, quia restitutio est in pristinũ statum repositio, l. Quod si minor, §. Restitutio, ff. de minor. Si minor sumptus refundat, non videtur in pristino statu.

Sed responderi potest, satis esse, si sit in pristino statu, quantum ad rem principalem, hoc est, vt audiatur, contumacia non obstante, & aduersus sententiam & decretum restituatur: Alioqui hoc argumentum militaret etiam in sumptibus in rem factis.

Secundò, quia si minor deberet impensas aduersario restituere, nihil plus haberet, quam quisquam alius etiam maior 25. annis. Constat enim quemlibet contumacem refectis expensis audiri, l. Sancimus, C. de iudic.

Respõdet Hostiensis, loco superiùs annotato, hoc amplius minori concessum, vt aduersus primùm decretum restituatur, etiam post annum, quod alijs non conceditur.

Replicat D. Oddus post annum non agi de primo decreto, sed de secundo, & ideo hoc nihil esse.

Sed bona doctissimi Iurisconsulti venia, multum est hoc, quod Hostiensis dicit. Facit enim in integrum restitutio, vt minore post annum in integrum restituto, ad secundùm decretum perueniri non possit: Et consequenter aliquid plus tributum est minori, quàm maiori.

Tertiò, quia expensæ sunt accessoriæ rei principalis, l. Terminato, C. de fruct. & lit. expen. ergò minor in integrum restitutus, quoad rem principalem, videtur etiam in consequentiam restitutus, quoad litis impensas.

Sed nihil aliud dicit illa lex, quàm si terminata sit caussa principalis, non posse eam suscitari quoad expensas, nisi statim eodem die partibus cominus auditis Iudex condemnauerit in expensis alterum ex litigatoribus, iuxta l. Paulus, 42. ff. de re iudic.

Et in terminis nostris aliam esse naturam rei principalis quàm fructuum, patet: quia contumax auditur quoad rem principalem, sed refectis impensis, d. l. Sancimus.

Quartò, quia secundùm Nattam si minor teneretur sumptus restituere, esset in damno, & sæpius desisteret à petitione in integrum restitutionis.

Responderi potest, non esse id probabile, quia caussa principalis plerunque maioris momenti est, quàm impensarum iactura.

Et licet minor damnum sentiat, tamen id videtur æquius, quàm vt aduersarius illud sentiat, cùm ille nihil peccauerit, sed diligenter omnis fecerit secundùm legis formam, conueniendo minorem, & minor contumax fuerit.

Ego saně re maturè considerata, existimo, sumptus esse restituendos à minore quia esset id valdè iniquũ, vt qui minorem in iudicium rectè & ritè conuenerat, propter eius contumaciam sumptus perdere, & iacturam sine culpa sua ex contumacia alterius facere debeat.

Daretur insuper occasio minoribus eludendi iudicij, & abutendi hoc beneficio in integrum restitutionis, in fraudem alterius. Nimirum, non comparendo, vt aduersarius sumptibus fatigaretur, & postea in integrum se restitui postularent, scientes se restitutum iri sine omni expensa, & damno. Hoc autem tolerandum non est in iudicijs, vbi summa æquitas, & æqualitas seruari debet, nec quispiam decipi.

Mouet me præterea illud argumentum, quia beneficium vni concessum, non debet alteri nocere. Hic autem noceret, quia sumptuum iacturam faceret ad-

A uersarius minoris, & quidem sine culpa sua.

Respondet Natta, aliquando id accidere, vt minor in integrum restituatur cum alterius damno & iactura, sicut patet ex eo quod scribit Abbas, in c. 1. de in integr. restit. si quis fecerit expensas in rem minoris. Nam restitutione in integrum concessa, non omnes expensæ sunt restituendæ, sed illæ, ob quas fundus melior effectum est.

Responsio hæc nullius est momenti: quia hoc regulariter ita constitutum est, ut non habeatur ratio eius, quod impensum est, sed eius, in quo melior fundus redditus est, l. In fundo, ff. de rei uind. Quare minor non uidetur lędi hoc in casu, cùm iure communi utatur, l. ult. C. de in integr. restit. minor.

CAPUT CV.

B *Excussio debitoris principalis an requiratur antequam hypothecaria contra possessores agatur, quando res specialiter sunt hypothecæ suppositæ?*



Constat ex Nouella 4. tit. de fideiussoribus & mandato, §. Sed neque hypothecariam exerceri non posse contra possessores, nisi pri⁹ excusso principali debitore.

Sed objicit qd Iustinianus scribit in Nouella 112. tit. de litigiosis: *Ab hoc aũt, inquit, litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus; & in his hanc distinctionem tenere, vt si quidem speciales res mobiles vel immobiles, aut se mouentes, nominatim fuerint hypothecæ supposita, liceat quidem debitori eas quando & cui voluerit vendere, sic tamen, vt ex precio earum vsque ad debiti quantitatem satisfaciat creditori: Si autem hoc debitor nõ fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet, eandem rem vindicare, donec ei satis pro debito fiat.*

C Hic uidetur Imperator tribuere creditori potestatem rectè uindicandi res specialiter hypothecæ suppositas: Ergò ubi res specialiter creditori obligatæ sunt, is nulla principalis debitoris facta excussione, eas uindicare actione hypothecaria poterit. Atq; ita reiectis Irnerij & aliorum interpretationibus, sensisse uidetur Accursius in d. Nouella 4. de Fideiussor. §. Sed neque; & hanc sententiam latè defendit Antonius Testautus decis. 51.

Sed mihi non placet. Primò, quia generalis est Iustiniani Constitutio in d. §. Sed neque, negans creditori actionem hypothecariam ante debitoris excussionem. Generalis inquam est, & absq; ulla distinctione complectens omnem hypothecam, tam expressam quàm tacitam, tam generalem, quàm specialem.

Secundò, quia eadem est ratio inter generalem & specialem hypothecam, quia generalis hypotheca omnia bona continet.

D Tertiò, quia si hoc erat discrimen adhibendum inter res generaliter, & specialiter hypothecæ subiectas, non potuit Imperator sine reprehensionis nota id omittere: quod tamen omisit. Nec enim id expressit in aliqua ex dictis Nouellis.

Quartò, (quod caput est) quia non est hic sensus Nouellæ de litigiosis, creditorem posse res uindicare specialiter obligatas debitore non excusso; sed hæc est sententia Imperatoris: Si creditor debitorem conuenerit, qui ei res obligauerat, & is pendente lite res nominatim obligatas alienauerit, non incidete in pœnam alienantis res litigiosas; immò licere ei res uendere, ita tamen, ut ex precio earum creditori suo satisfaciat. Ni satisfecerit, dat Imperator licentiam creditori res alienatas uindicandi.

Ita hanc rectè explicanit Cuiacius in expositione d. Nouellæ 4. tit. de fideiussor. cùm dixit, non aduersari Nouellam 112. quia in specie d. Nouellæ creditor

egit prius personali, lite autem pendente à debitore pignus venditum fuisse, quare ei licere etiam cum emptore experiri hypothecaria.

Non explicauit Cuiacius cur dicta Nouella 112. loquatur de hac facti specie, quando scilicet creditor prius egit cum debitore, & is lite pendente rem vendidit, nec vllum est hac de re verbum in d. §. Ab hoc, sed verissimum tamen & certissimum est: Nam Imperator ibi dicit, hypothecas separari à vitio litigiosi, quod nihil aliud est, quàm rem litigiosam non esse eã quæ hypothecæ supposita est, licet lis in iudicio pendeat inter debitorem & creditorem. Consequenter debitorem, qui res nominatim obligauit, eas vendere posse, scilicet etiam lite pendente. Si enim nulla lis pẽderet, inepta esset quæstio & dubitatio circa litigiosi vitiũ, quia vitium litigiosi contrahitur, cùm res aliena tur lite pendente, vt in initio d. Nouellæ habetur. Verùm lis debet esse de dominio rei, non autem de hypotheca, quare nihil prohibet, quin debitor vendere possit res obligatas, etiam lite pendente: Ita tamen, vt creditori satisfaciat. Nisi creditori satisfecerit, is licentiam habet hypothecaria agendi cum emptore, & res vindicandi.

Hic est uerus sensus d. §. Ab hoc, ex quo perspicuũ est, non repugnare §. Sed neque. Nouell. 4. tit. de fideiussor. quia non hoc vult, vt creditor omisso debitore conuenire possit possessorem rerum obligatarum actione hypothecaria, sed vt tunc creditor licentiam habeat hypothecaria agendi cum possessore, quando prius cum debitore egit, sed is lite pendente rem uendidit, nec ei satisfecit ex precio. Ideo Imperator ait: *Damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet eam vindicare*, scilicet in hoc speciali casu. Sciebat enim non posse res uindicari à creditore, nisi prius excusso debitore secundùm Nouellam 4. §. Sed neq; Sed hoc in casu dat licentiam in odium debitoris, qui pendente lite super actione ipsa personali & hypothecaria, rem alienauit, neque ex precio eius, creditori suo, uti debuerat, satisfecit.

CAPVT CVI.

Ad l. Cum quis, C. de iuris & facti ignorant.

Diocletianus. Cùm quis ius ignorans, indebitam pecuniam soluerit, cessat repetitio. l. 10. C. de iuris & facti ignor. Mouet hic dubitationem, quod Papinianus scribit in l. 7. ff. eod. tit. iuris ignorantiam non nocere suum petentibus. & rursus in l. 8. eod. ait. Iuris errorẽ omnibus in damno amissionis rei suæ non nocere. Nã si non nocet iuris ignorantia ijs, qui non de lucro faciendo certant, sed de damno uitando, uidetur dicendum ei, qui indebitum soluerit, ex iuris ignorantia repetitionem competere, ne damnum incurrat amissionis rei suæ, hoc est, pecuniæ indebitæ solutæ.

Veteres omnes ferè post Accursium, explosa Vltramontanorum sententia, ita rem hanc explicant, ut concludant, hanc Constitutionem accipiendã non esse de omni indebito soluto ex iuris ignorantia, sed de indebito ciuiliter, debito autẽ naturaliter. Si enim quis soluat id, quod naturaliter debet, ciuiliter autem non debet, ex iuris ignoratione repetere id nõ potest. Exemplum est in l. pen. ff. eod. tit. & in l. 1. & l. error. C. ad legem Falcid. Cæterùm, si nec ciuiliter nec naturaliter sit debitor, & soluerit, repetere id potest, ne damnum sentiat amissionis pecuniæ suæ contra sententiã Papiniani.

Atque hæc sentẽtia & interpretatio aliquando mihi placuit, nunc re melius perpensa ualde displicet, & omninò sic statuo, indebitum per errorem iuris solutum, repeti non posse, licet omni iure indebitum sit, hoc est, tam ciuili, quàm naturali iure; Et hanc esse huius Constitutionis sententiam, affirmare non dubito. Excipio autem mulierem soluentem ex iuris ignorantia, quia repetitionem habet, ex l. Quamuis, C. ad Velleian.

Hanc sententiam ijs argumentis confirmo. Primùm, quia Constitutio hæc non distinguit inter debitum ciuile, uel naturale, nec ulla alia est lex, quæ hanc distinctionem posuerit, aut quoquomodo indicauerit.

Secundò, quia cùm quis per ignorantiam facti soluit indebitum ciuiliter, naturaliter autem debitum, repetitionem non habet, l. Naturaliter, ff. de cond. indeb. Ergò nullum discrimen erit inter iuris, & facti ignorantiam, contra mentem Imperatorum in hac lege, quia apertè statuunt, cùm quis per iuris ignorantiam indebitum soluit, repetitionem habere. Per ignorantiam autem facti solutum repeti posse.

Tertiò, quia nullo iure debitum fuit, quod ex caussa donationis solutum fuit à Mæuio debitore, & tamen repeti non potest in casu l. Cùm pater, §. Mæuio, de legatis 2. ubi Gloss. & Doctor. dicunt, ob stultitiam debitoris, donatarium lucrari, idest, ob ignorantiam iuris.

Quartò, quia fideiussor inutiliter obligatus, si soluat ex iuris ignorantia, non repetit, l. Si fideiussor, §. Non male, ff. mand. Et cùm inutiliter obligatus est, sine dubio fieri potest, ut neque naturaliter, neque ciuiliter teneatur.

Quintò, ex l. secunda, ff. de Confessis, ubi dicitur, non fateri eum qui errauit, nisi ius ignorauit. Ergò confessio per errorem iuris facta, confitenti præiudicat; Ergò si quis per errorem, siue ignorantiam iuris, debitum confiteatur, pro iudicato habebitur, l. prima, ff. eodem, nec ergò repetet solutum, & tamen fieri potest, ut nec ciuiliter, neque naturaliter deberet.

Sextò, ex l. prima, ff. Vt in possess. legat. ubi I. C. ait: Si ex iuris ignorantia hæres cautionem præstiterit, *benignè satisdationem condici posse*. Hæres ibi, nec ciuiliter, nec naturaliter obligatus erat ad satisdationem præstandam, ergò ipso iure debuisset eam posse condicere, tanquam omni iure indebitam, si uera esset communis sententia & interpretatio huius legis. Sed quoniam cùm quis indebitum soluit per iuris ignorantiam, cessat repetitio, ideo Vlpianus scribit: *Adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse*. Ergò in illo speciali casu ex quadam benignitate & æquitate indebita satisdatio condici potest, quia hæres condicendo satisdationem non multùm lucratur; Consequenter in alijs casibus regula est in contrarium, ut nimirum indebitum etiam omni iure, tam ciuili, quàm naturali, solutum per iuris ignorantiam repeti non possit.

Septimò, quia quod Papinianus scribit in dicta l. 7. & 8. ff. eodem titulo, iuris ignorantiam non nocere suum petentibus, &c. non pertinet ad hanc facti speciem, cùm quis indebitum soluit per errorem iuris, alioqui enim pugnaret cum l. 10. C. eo. tit. sed pertinet ad l. Qui fideicommissum, ff. de leg. 2. & similes casus quibus responsum est, iuris ignorantiam non nocere, prosequentibus ius suum.

Nec solus sum in hac sententia, socios habeo Duarenum, ad tit. ff. de condict. indeb. cap. 3. & Cuiacium ad lib. 19. Respõsorum Papiniani, dum tractat locum illum Papiniani, qui habetur in dicta l. 7. ff. de iuris & facti ignor.

CAPVT CVII.

Iuris ignorantia sitne latæ culpæ adscribenda?



IVris ignorantiam latam culpam esse docuit Bartolus, in l. Quod Nerua, nu. 19. ff. depos. & idem docuerunt antiqui Doctores complures, vt videre licet ex Menochio, de Præsumpt. lib. 6. Præsump. 23. num. 11.

Primùm argumentum est ex l. Regula. §. pen. ff. de iuris & facti ignor. in illis verbis: *Sciant ignorantiã facti non iuris prodesse, nec stultis solere succurri, sed errantibus.*

Secundùm est ex l. Liberorum, §. Notantur, ff. de his qui notant. infa. ibi: *Ignorantia enim excusat non iuris, sed facti.* Si non excusat, ergo latam culpam admixtam habet.

Tertiùm argumentum est, quia leges debent ab omnibus sciri, l. leges sacratiss. C. de leg. Nec permissum est eas ignorare, l. Constitutiones, C. eod.

Postremum argumentum est, quia lata culpa est, non intelligere id quod omnes intelligunt, l. Latæ, ff. de verbor. signif. Sed leges ab omnibus intelliguntur, quia publicantur, ergo earum ignoratio latæ culpæ annumerabitur.

Contrarium docet Corasius, lib. 4. Miscellaneor. c. 17. Primò, quia lata culpa dolum repræsentat, l. 1. §. Non autem, ff. de his, qui testam. lib. iuss. fuer. Sed hoc est falsum, quia nemini nocet iuris ignorantia in damnis amittendæ rei suæ. l. 8. ff. de iuris & facti ignor. Ergò lata culpa non est, quia noceret, sicut dolus nocet.

Secundò, quia lata culpa est, non intelligere, quod omnes intelligunt, l. Latæ, ff. de verbor. sign. Sed iura non omnes intelligunt, inimò pauci. Ergò iuris ignorantia non est lata culpa.

Tertiò, lata culpa requirit summam negligentiam, l. Cedere diem, §. vlt. de verb. sign. vbi appellatur nimia negligentia. Alibi vocatur dissoluta negligentia, l. Si fideiussor. ff. mand. *Ergo non video*, inquit Corasius, *quo pacto clericus, mercator, artifex & aliud genus hominum, qui non ciuilibus studijs operam dederunt, sed honestam aliam artem secuti sunt, legum peritiam non habentes, in lata culpa dici debeant.*

Excipiendos autem esse putat Doctores, Assessores & similes, quia isti tenentur scire iura, l. 2. ff. Quod quisq; iuris, l. vlt. ff. de varijs & extraord. cognit. & ijs meritò obijci potest, *Turpe esse viro nobili & patritio ius, in quo versatur, ignorare, l. 2. §. Seruius, ff. de orig. iuris.*

Non obstat, quod dicitur, leges ab omnibus sciri debere, quia id accipiendum videtur de legibus, quæ diuino præcepto, vel naturali ratione confirmantur, & ad morum instructionem, cohibendamq; hominum insolentiam vicam pertinent. Sic ferè Corasius.

A Tertia est sententia Zasij, lib. 1. Sing. Respons. cap. 2. num. 19. Iuris naturalis & diuinorum præceptorum ignorantiam esse latam culpam, l. Venia, C. de in ius vocan. Præterea, si quis ignoret ea, quæ legibus prohibita sunt, quia illicita uidentur, is in culpa esse dicitur, l. Extat, ff. quod met. caus. Rursus, si quis Doctorem se profiteatur, & iur ignoret, latam culpam contrahere dicitur, l. 2. §. Seruius, ff. de orig. iuris. Denique à lata culpa non excusari, qui negotia habent iudicialia, vel iuris ordinem requirentia, si ius ignorauerint, l. Sicut, in fine, C. de Præscripi. longiss. tempor.

Extra hos casus, inquit Zasius, iuris ignorantiam latæ culpæ adscribendam non esse, quia si lata culpa est ignorare id, quod omnes intelligunt, è contrario, id quod pauci intelligunt, ignorare non erit lata culpa: At pauci iura intelligunt, & sciunt, ergò, &c.

Egò uerò hanc rem aliquot propositis Conclusionibus dilucidiùs explicari posse existimo, & simul B contrarias Doctorum sententias ad concordiã redigi.

Prima Conclusio. Iuris ignorantia non est lata culpa, quantum ad hunc effectum, ut omnes qui ius ignorant repræhẽsione sint digni, aut pœnam aliquam incurrant. Nam ut rectè dicebat Zasius, maxima pars mortalium laboraret hoc uitio.

Secunda Conclusio. Iuris ignorantia non est lata culpa, eatenus, ut quis puniatur amissione rei suæ, l. 7. & 8. ff. de iuris & facti ignor. Exemplum præclarum est in l. Qui fideicommissum, 81. de leg. 2.

Tertia Conclusio. Iudices, Doctores & Assessores sunt in lata culpa, si iur ignorauerint, l. 2. §. Seruius, de orig. iur. l. 2. ff. quod quisque iur. l. ult. ff. de uarijs & extraord. cog.

Quarta Conclusio. Iuris ignorantia culpę ad adscribitur minoribus 25. annis, nec militibus, nec interdũ etiam mulieribus, l. Regula, in princ. ff. de iuris & facti ign. l. 1. & ult. C. eod.

C Quinta Conclusio. Iuris ignorantia culpa imputatur ijs, qui aliquid faciunt, quod legibus prohibitum est. Tenentur enim eas scire, l. liberorum, §. Notantur, ff. de his qui notant. infam. l. Venia, C. de in ius uocan. Atque huc pertinet l. 1. ff. de legibus. legem esse delictorum, quæ uel sponte, uel ignorantia comitantur coercitionem.

Sexta Conclusio. Iuris ignorantia dicitur culpa eo fine, ut quis à commodo arceatur, si peritiores consulere potuit, l. Regula, ff. de iuris & fac. ignor. l. In bonorum, ff. de bonor. possess. l. 2. §. ult. ff. Quis ordo in bonor. possess. seru.

Septima Conclusio. Iuris ignorantia culpæ adscribitur, ne quis lucrum faciat, hoc est, acquirere uolentibus, l. 4. de iur. & facti ignor.

Vltima Conclusio. Iuris ignorantia culpæ annumeratur, ut quis indebitum solutum repetere non possit, l. Cum quis, C. de iuris & facti ign. ut dixi cap. præcedenti.

ANDREAE



ANDREAE FACHINEI I. C. FOROLIVIENSIS, &c. CONTROVERSIARVM IVRIS LIBER NONVS.



CAPVT PRIMVM.

Examinatur, quid ſtatuendum, cùm criminibus variæ ac diuerſæ pœnæ conſtitutæ, alijs atque alijs legibus ſunt.



ÆPE accidit, vt vnum atq; idem crimẽ varijs ac diuerſis pęnis coerceatur, alijs atq; alijs Legibus, Cõſtitutionibus, Edictis, atq; Statutis. Quamobrem in controuerſiã venire ſolet, quę pęna ſit ſtatuẽda, ac præ cęteris eligenda. Tractant hanc materiã Canoniſtæ, in c. Inter cæteras, de Reſcr. & in c. De cauſſis, de offic. deleg. Legiſtæ, in l. 1. ff. de vi bonor. raptor. Menochius, de arbitr. iud. q. 94. & de recup. poſſeſ. remed. 9. num. 338. & ſeq. Clarus, q. 85. Gomeſius, Variar. reſolut. tit. de delictis, cap. 1. num. 38. Soarez, Cõmu. opinion. verſ. Pœnæ, nu. 150. cum ſeq. Angelus de Maleficijs, in verbo, Et ibi caput à ſpatulis amputetur, & ibi in add. Arimineuſ.

Ego rectè ordineque facturus videor, ſi aliquot propoſitis Concluſionibus totam hanc diſputationem explicauero.

Prima Concluſio. Quoties poſterioribus legibus pęnæ ſunt impoſitæ delicto, ab ijs diuerſę, quæ prioribus legibus erant conſtitutæ, ea mente, ut noua pęna adiungatur ueteri, & ut noſtri interpretes loquuntur, *cumulatiuè*, tunc aduerſus delinquentem omnes pœnæ, tam ueteres, quàm nouæ exequendæ & conſtituendæ ſunt; In iſtis terminis loquuntur, l. Placet, 5. C. de ſacroſanct. Eccl. ibi: *Si quis contrauenerit, poſt debitæ ultionis acrimoniam, quæ erga ſacrilegos promenda eſt, exilio deportationis perpetuò ſubdatur.* Item, l. In eum, 18. C. de furt. ibi: *Præter pœnam olim ſtatutam.* Itẽ l. 4. C. de ſepulch. viol. ibi: *Quæ pœna priſcæ ſeueritati accedit.* Item c. 1. de ſentẽt. & re iud. lib. 6. ibi: *Saluis alijs Conſtitutionibus, quæ iudicibus malè iudicantibus pœnas ingerunt & infligunt*, &c.

Secunda Concluſio. Quoties poſterioribus legibus nouæ pęnæ conſtituuntur, alijs ſublatis, quæ antiquis legibus continebantur, & ut noſtri loquuntur, *priuatiuè*, tunc nouę pęnæ locum habent, antiquæ uerò ceſſant. In iſtis terminis loquitur l. 1. ff. ad legẽ Aquil. ibi: *Lex Aquilia omnibus legibus quæ ante ſe latæ ſunt de damno iniuria derogauit.* Item l. 1. ff. de termino moto, ibi: *Terminorum auulſorum non multa pecuniaria eſt, ſed pro conditione admittentium coercitione tranſigendum eſt.* Mulcta pecuniaria imponebatur ex lege agraria, ut in l. 3. ff. eod. tit. Item l. Qui cùm in uno, §. Qui poſt deſertionem, ff. de re milit. ibi: *Nam & qui ad delectum olim non reſpondebant, ut proditores libertatis in ſeruitutem redigebantur, ſed mutato ſtatu militiæ, receſſum à capitis pœna eſt, quia plerumque voluntario milite numeri ſupplentur. Numeri*, id eſt, uexillationes, ut explicat Cuiac. ad l. ult. C. de his qui non impletis ſtipendijs Sacram. ſoluti ſunt.

Tertia Concluſio. Quoties lex poſterior nouam pęnam imponit: nec apparet utrum *cumulatiuè*, uel *priuatiuè*, tunc dubium eſt, quæ ſit pęna eligenda: neque enim eadem eſt omnium ſententia.

Mitiorem pęnam eligendam eſſe exiſtimauit Gl. in c. de cauſſis, in uerſ. Certa, de off. deleg. quia pęnæ interpretatione ſunt potius molliendæ quàm exaſperandæ, l. Interpretatione, ff. de pęnis, cap. Pęnæ, de pęnitentia, diſt. 1.

Alij Iudicis arbitrio id committunt, ut Abbas in c. Inter cęteras, de Reſcript. Menoch. d. q. 94. non procul à fine. Affertur primò tex. in c. Quoniam frequenter, §. ult. Vt lite non conteſt. ibi: *Ita videlicet, quod alterutra pœna, quæ magis timeri debeat, iudex à principio ſit contentus.* Ille tex. nihil obſtat, quia ibi datur electio Iudici expreſsè, ideo nihil facit ad alios caſus, in quibus non datur iudici electio.

Secũdò, l. Quoties, ff. de act. & obli. in illis uerbis: *Si ex eodẽ facto duæ cõpetant actiones, poſtea iudicis potius partes eſſe, ut quod plus ſit in reliqua actione, id actor ferat, ſi tantundem aut minus, id cõſequatur.* Cuiacius legẽdũ putat,

nil consequatur, lib. 3. Obseru. c. 25. cuius sententia innari potest ex l. 1. ff. de ui bonor. rapt. Nihil ad rẽ facit, quia loquitur de actionibus persequentibus rem familiarem nostra disputatio est de penis, quę longè differũt.

Tertiò, text. in c. Sicut, ad finem, de Iudæis, in illis verbis: *Honoris & officij sui periculum patiatur, aut excommunicationis sententia plectatur*, vbi Gloss. dicit, id esse in optione Iudicis. Verùm hoc testimonium nihil mouet, quia text. id non dicit quod Gloss. Præterea loquitur de pœna alternatiuè imposita ab eadem lege: non cùm diuersę pœnæ à diuersis imponuntur legibus.

Alij denique docuerunt, posteriores leges esse sequendas, & ideo eam pœnam imponendam, quæ posteriori lege continetur, quæ mihi videtur verissima sententia. Nam non est nouum, vt priores leges ad posteriores trahantur, idest, corrigantur, suppleantur ac determinentur, l. Non est nouum. ff. de legib. *Et constitutiones tempore posteriores potiores sunt ijs quæ ipsas præcesserunt*. l. vlt. ff. de Constit. Princip. ita docent Salycetus, in l. In eum, C. de fur. Cynus & Albericus in l. qui sepulchra, C. de sepulcht. viola. Antonius Gomesius, de delict. cap. 1. num, 38.

Exemplum adfertur notatu dignum, Cõstantinus statuit adulteros gladio puniendos, vt in l. Quamuis, C. ad l. Iul. de Adult. Iustinianus verò in Authent. ut nulli iud. §. Si quando (secundùm Holoandri translationem est Nouella 134. tit. de Vicarijs, seu locum tenentibus. §. Si quando) quantum ad mulierem adulteram attinet, mandauit eam *competentibus vulneribus subactam in monasterium detrudi*. Et hęc pœna in mulierẽ statuta hodie seruatur, vt in Auth. Hodie, C. eo. tit.

Sed D. Menochius de recup. possess. rem. 9. nu. 353. in diuersam abijt sententiam, existimauitque nec Constantinum pœnam mortis instixisse, nec Iustinianum aliam in adulteras mulieres pœnam statuisse diuersam à pœna Constantini. Fundamentum eius est, quia pœna gladij non semper accipitur pro pœna mortis, immò etiam quandoque pro alia pęna corporali, arg. l. solet, ff. de off. Procons. & leg. l. Imperium, ff. de iurisdict. om. iud. Alciatus notat lib. 2. Parados. cap. 7. & Longouallius ad d. l. Imperium, nu. 51. Ergò licet Cõstantinus pęnam gladij imposuerit, non tamen sequitur pęnam mortis imposuisse,

Quod autem aliam pęnam Iustinian. non statuerit aduersus mulieres, probari dicit ex eo, quòd Iustinia. confirmat expresè pœnas à Constantino impositas: *Si, quando vero* inquit, *adulterij crimen probetur, iubemus illas pœnas peccantibus inferri*. *Et quas Constantinus diuæ mem. disposuit*. Et secundùm Haloand. *Iubemus, vt illæ pœnæ delinquentibus irrogentur, quas præscribunt leges*. Et ideo de mulieribus adulteris insetijs statuens, idem Iustinian. mandat eas competentibus uulneribus subactas, in monasterium detrudi, uel secundùm Haloand. *Competentibus pœnis*. Hæc igitur uulnera, & hæ pęnæ competentes significant gladij pęnam, de qua Constantinus loquitur, in dicta l. Quamuis, accipiendo scilicet gladij pœnam pro corporali pęna, nõ autẽ pro pęna mortis.

Cęterùm, nisi fallor, aliud est gladij potestas, de qua loquũtur dictæ leges, aliud gladij pęna, de qua Constantinus loquitur, ideo communis est sententia, quã & ipse Menoch. secutus est de arbitr. iud. Casu 14. nume. 54. pęnam gladij, cuius mentionem facit Constantinus, de pęna mortis, siue ultimi supplicij accipiendam esse, nec vnquam aliter pęna gladij accipitur, quoties eius fit mentio in lege, quæ delictum aliquod decernat pœna gladij puniendum esse: alioqui dubia & incerta valde esset huiusmodi pęna. Alia ratio est de potestate gladij, quæ meritò accipit pro potestate puniendi, tam pęna mortis, quam alia pęna quacunque corporali, & ita loquũtur leges à Menochio allegatæ.

Quarta Conclusio. Quoties alia pęna lege Commu-
A ni constituta est, alia uerò iure Municipali Ciuitatis vulgò Statuta vocatur, tunc an abrogata sit pœna iuris communis, nec ne, dubium & controuersum est. Etenim, abrogatam non esse pęnam iuris communis, existimarunt Bart. in l. 1. ff. de vi bonor. rapt. Abbas in c. De caussis, nu. 14. & ibidẽ Berous, nu. 75. de off. deleg. Angelus Aretinus, in pract. Maleficior. in verbo, & ibi caput à spatulis amputetur, Ruinus cons. 143. nu. 6. lib. 5. Menoch. de recup. possess. rem. 9. nu. 386.

Fundamentum est primò in aliquibus legibus, ex quibus apparet pœnam lege noua constitutam non derogare pœnæ priori lege constitutæ, vt in l, Ariani, C. de hæret. in l. 4. C. de sepulch. viol. in l. 3. ff. de libero hom. exhib. & similibus, quæ leges ideo nihil faciunt, quia expresè statuunt pœnam legis posterioris adiunctam esse antiquæ pœnæ.

Secundò, fundamentum est in l. Quoties, ff. de act. & oblig. quæ vt suprà dictum est, non pertinet ad rem
B nostram, sed ad caussas ciuiles & pecuniarias, quibus rem familiarem persequimur, de pœnis ibi non agitur, quæ diuersis legibus constitutæ sunt.

Tertiò, in regula l. vlt. C. de nouation. Nouationem scilicet, non induci veteris obligationis, nisi expresè dicatur; Sed nimis hæc res distat à disputatione nostra de pœnis.

Quartò, in alia regula, Correctionem legis non præsumi in dubio, l. præcipimus, C. de appellat. sed fragile argumentum est, quia cũ p statuta alia diuersa pœna imponitur, quàm iure communi fuerit imposita, non videtur esse res dubia, sed certa, quòd legi cõmuni in eo derogauerit statutum,

Quintò, in l. 3. §. Diuus, ff. de sepulch. viol. quo argumento vsus est Menochius, sic ait text, *Diuus Adrianus Rescripto pœnam statuit 40. aureorum, in eos, qui in Ciuitate sepeliunt, quam fisco inferri iussit*. Et paulò post:
C *Quid tamen si lex municipalis permittat in Ciuitate sepeliri post Principalia Rescripta, an ob hoc discessum sit videbimus, quia generalia sunt Rescripta, & oportet Imperialia statuta suam vim obtinere, & in omni loco valere*.

Responderi potest, testimonium illud ad rem nostram non pertinere, neque obstare, quia loquitur, quando Imperator aliquid fieri prohibet, adiecta etiã pœna; Lex autem Municipalis illud fieri permittit; tunc præferenda sunt Imperatoris Rescripta & meritò, quia inferior cedere debet ac parere superiori. Nos autem loquimur, quando iure communi alia pęna delicto est imposita, alia verò Statuto Ciuitatis, nec vllum est edictum Principis aliter disponens, tũc videtur recessum à pœna iuris communis: posito, quod Statutum valeat, vel quia fuerat conditum ab ijs qui potestatem habent, vel quia Princeps, vt fieri solet, illud approbauerit, & confirmauerit. Add. l. 3. §. Diuus, videas Fornerium Selectionũ lib. 1. c. 13.
D Contrariam igitur sententiam frequẽtioribus suffragijs Doctores secuti sunt. Vide Clarum, §. fi. quęst. 85. vers. Debet. ac etiam Alciatum consil. 745. Deciũ in c, De caussis, nu. 14. de off. deleg. alios citat Menochius d. rem. 9. de recup. possess. nu. 339.

Pro hac sententia licet multa adferri soleant, illud tamen argumentum me plurimum mouet, quoniam cùm disputamus, an propter pœnam Statuto Municipali impositam, recessum sit à pœna iuris communis, pręsupponere debemus Statutum valere, vel quia Ciuitas potestatem illud condendi habuerit, vel quia Principis confirmatio, vel consensus accesserit. Eiusmodi Statutorum ac legum Municipalium sæpè in legibus nostris mentio habetur, vt in l. 1. C. de emancip. liber. in l. Antiochensium, ff. de priuileg. cred. in l. Prohibere, ff. quod vi aut clam, in l. Vt gradatim, §. 1. ff. de muner. & honor. in l. An in totum, C. de ædif. priuat. in l. Item eorum, §. 1. ff. Quod cuiusque vniuers. nom. & alibi,

Igitur

Igitur si valet eiusmodi Statutum, illud seruandum erit tanquam ius proprium ipsius Ciuitatis, vt in l.omnes populi, ff. de iust. & iure, consequenter à iure communi discessum videbitur. Nam si ius commune locum habere posset, non esset pœna statuti seruanda, sed iuris communis; aut in electione Iudicis id esset, quam seruaret pœnam: quod certè statuentium intentioni maximè repugnare videtur, qui aliam pœnam imposuerunt.

CAPVT II.

Actio ciuilis & criminalis, an & quando simul cumulari possint.

QVæ magno conflictu varijs atque inuicé pugnantibus Doctorum sententijs agitari solet quæstio, an & quando ciuilis & criminalis actio cumulari in vno eodem que iudicio possit, quinque casibus propositis dilucidè explicari potest.

Primus est, cùm quis aduersus vnam eandemque personam, & ex eodem facto ciuilem & criminalem intendit actionem: Et huiusmodi cumulatio non admittitur, l.2.§.1.ff. de vi bonor. raptor. l. Interdum, ff. de publicis iudicijs. Peracto autem criminali iudicio, ciuilis actio moueri poterit, l. Vnica, C. quando ciuilis actio criminali præiudicet, l. vlt. C. de ordi. iudic. Hinc dicimus, ciuilem & criminalem iniuriarum actionem cumulari non posse, vt latè explicat Anton. Tessaurus decis. Pedem. 18. nu. 3. Actio tamen iniuriarum & legis Aquiliæ, cumulari potest, teste Mynsingero, Cent. 1. Obseru. 25. Quod ego verùm puto, quantù ad hunc effectum, vt quod amplius in altera est, actor consequatur, sicut loquitur, l. Qui seruum, ff. de act. & oblig.

Sed istud accipiédum eùm vtraque actio æquè principaliter intentatur: nam si criminalis actio principaliter intentetur, actio autem ciuilis incidenter, vt puta si Iudicis officiú imploretur, vt res ablata restituatur, vel expensæ refundantur, cumulatio admittetur, l. Interdum, §. Qui furem, ff. de furtis, l. Qui crimen, C. qui accusare poss. l.3. C. de condict. ob turpem causam, l.4.§. Si dicantur, ff. finium regund. l. pen. ff. de Calumniator. l. Medicus, ff. de varijs & extraord. cog. quas leges ad hanc senténtiam adducit Bar. in d. l.2.§.1. nu.2. ff. de vi bonor. raptor. & alios Doctores citat Menochius de retinenda possess. remed. 3. nu. 553. Addo ego l.3. C. de ord. iudic.

Secundus casus est, quando fit cumulatio actionis ciuilis & criminalis ex diuerso facto cótra eúdem, & tunc cumulatio admittitur, l. Rerum amotarum, 27. ff. de act. rer. amotarû, quam legem ita intellexit Bar. in d. l.2.§.1. nu.1. ff. de vi bonor. raptor. & ita respódit Natta adductis alijs in consi. 138. nu. 4. & in his terminis consistere potest decis. 400. Aegidij Bellameræ, incip. Ciuilis & criminalis, vbi simpliciter affirmat ciuilem & criminalem actionem cumulari posse.

Tertius casus est, Cùm actio ciuilis intentatur ab vno, & criminalis ab alio eius aduersario, in casu, quo criminalis actio ciuilem absorbet, vel ciuilis criminalem, tunc cumulatio nó admittitur, l. ultima, ubi Paulus Castréfis optimè declarat, C. de ordine iudiciorú, l. præses. C. ad leg. Flau. de plagiarijs. Crauetta in cóf. 280. Bald. in l. ult. C. de fide instrum. Bart. in l. Si testamentum, ff. de petitio. hæred. Afflі. dec. 229. Capycius decis. 25. Alexan. in l. Reum criminis, C. de procurat.

Quartus casus est, quando ciuilis actio intentatur ab vno ex litigatoribus, & criminalis ab altero eiusdem aduersario; sed altera alteram non absorbet. Hoc in casu sunt opiniones. Nam Irnerius, quem Accursius refert, in l. ultima. C. de ordi. iud. cumulationem admittendam esse censuit, & eum secuti fuere ibidem Iacobus Butrigarius, Baldus, & Paulus Castrensis.

Sed cumulationem admittédam non esse Accursius existimauit, quem secuti fuere Angelus, Salycetus, & alij magis communiter.

Et hæc sententia mihi probabilior uidetur. Primò, quia iudicium criminale tanquam maius, impedire debet ciuile, ut in d. l. ultim. C. de ordine iudicior. Secundò, ex l. Adulterij, C. ad l. Iuliam de adult. ubi pendente adulterij accusatione contra mulierem, dos repeti non potest: ne ciuilis actio obilrepat criminali, ut ibi dicitur.

Quintus casus, est, cùm ciuilis actio intentatur ab uno, & criminalis ab alio, qui illius aduersarius non est: sed quidam tertius. Et hoc in casu dicendum est, cumulationem admitti, nisi criminalis actio ciuilem absorbeat. Vide Iacobum Puteum decisione 99. in 1. parte, & Lancellotum de Attentatis lite pendente limitat. 23.

CAPVT III.

Furiosus si quis efficiatur post commissum delictum, possitnè puniri?

SI quis post delictum commissum efficiatur furiosus, controuersia est an debeat puniri: Et communior sententia est, puniri non debere corporali pœna, sed in bonis, hoc est, uel publicatione bonorú, uel alia pecuniaria pœna pro delicti qualitate, ita Baldus, Alexander, & Iason, in l. Furiosum, C. qui testam. facere poss. Tiraquellus de pœnis legum caussa 3. Didacus Couuarru. in Clem. Furiosus, in 3. parte, in initio, nu. 2. de homicidio, Clarus, §. fi. q. 60. Menochius de arbitr. iudic. Casu 325. num. 11.

Fundamentú est primò, quia furiosus loco absentis & quiescétis est, *per omnia & in omnibus*, vt inquit text. in l.2.§ Furiosus, ff. de iure Codic. Sed absens non potest condemnari pœna corporali, l. Absentem, ff. de pœnis, Ergo nec furiosus. Secundò, quia furiosus non potest dici de crimine confessus, vel conuictus: quia loco absentis, vt iam dixi, habetur. Constat autem non debere quenquam condénari, nisi crimen confessus vel de eo conuictus sit, l. Qui sententiam, C. de pœnis. Tertiò, quia pœna corporalis ideo irrogatur, vt delinquens affligatur. Furiosus autem satis ipso furore punitur, l. Diuus, ff. de off. Præsid. quare non uidetur afflictio alia eidem addenda.

Contrariú docuerunt olim Ludouicus Romanus, in d. l. furiosum, C. qui testam. facere poss. & Fräcifcus Albergotus de Aretio, qui fuit discipulus Bartoli, teste Iasone in d. l. furiosum, non procul à fine, & nouissimè Ioannes Vaudus lib. 2. quæstionum, cap. 7.

Fundamentum est primò in l. Diuus, ff. de offic. Præsidis, in illis uerbis: *Si verò (vt plerunque adsolet) interuallis quibusdam sensu sanior est, num forte eo momento scelus admiserit, nec morbo eius danda sit venia, diligenter explorabis: Et si quid tale cóperéris, consules nos, vt æstimemus an immanitatem facinoris, si cùm posset videri sentire, commiserit: supplicio afficiendus sit.*

Secundò, *nam quoties de delicto quæritur, placuit non eam pœnam subire quem debere, quam conditio eius admisit, eo tempore, quo sententia de eo fertur? sed eam caussam sustinere, quam sustineret, si eo tempore esset sententiam passus cùm deliquit*, l.1. ff. de pœnis.

Tertiò, quia furor superueniens non tollit obligationem præcedentem, l. Patre furioso, de his qui sui vel alieni iuris sunt, l. Si à reo, §. Si à furioso, ff. de fideiussor.

Ego omnibus maturè consideratis animaduetto

prioris sententiæ argumenta confutari ex d. l. Diuus, ff. de offic. Præsidis. Nam si furiosus quantum ad propositum nostrum pro absente habendus est, nec confessus vel conuictus dici potest, si satis ipso furore punitur, ac proinde corporali pœna affici non debet: cur Diuus Marcus & Commodus ita Rescripserunt: *Si quid tale compereris ex insulas nos, vt æstimemus, an immanitatem facinoris, si cum posset videri sentire commiserit: supplicio afficiendus sit*, vt in d. l. Diuus.

Si affici supplicio potest, igitur pœna corporali affici poterit: Ergo condemnari poterit: & pro confesso & conuicto haberi.

Cur igitur inter ea, quæ Iudicis arbitrio definienda sunt, id non referatur, nihil sanè proponi video. Nam & ita dicit Rescriptum in præcedentibus verbis: *Nā fortè eo momento scelus admiserit, nec morbo eius danda sit venia diligenter explorabis: Et si quid tale compereris, consules nos*, &c. Nihil ergò lex definiuit, sed à Iudice id explorandum, Principem esse consulendum, & ab eo B æstimandum, an supplicio afficiendus sit delinquens, clarè & apertè rescribitur. Perpendet igitur Iudex ac Princeps delinquentis animum, circumstantias delicti, eius grauitatem, ac omnibus pensatis decernetur de pœna prout æquitas & ratio postulauerit.

Non igitur priori ac posteriori sententiæ acquiesco, sed totum arbitrio Iudicis ac Principis, quem Iudex consulere debebit, committo, fundamentumq; huius sententiæ ofex in Imperatorum Rescripto colloco, cui magis auscultandū censeo, quàm aliorū sententijs,

CAPVT IV.

Si quis aliquem testari prohibuerit, qua pœna sit afficiendus.



SI quis aliquem testari prohibuerit, actiones amittit, & fisco aditum ad successionem aperit, l. 1. ff. si quis aliquem testari prohibuerit, l. 2. C. eod. Amplius si testator quidpiam alicui relicturus fuerat, is qui testari eum prohibuit meritò condemnabitur ad id quod interest, arg. l. Lucius, 90. §. Sempronia, de leg. 2. l. Si quis affirmauerit, ff. de dolo. Nam cum dolo alterius alter quicquam amisit, æquum, bonum est vt illi condemnetur. Et huc alludunt quæ de ciuili disceptatione dicuntur in l. 1. C. eod. tit. Criminalis autem cuius ibidem fit mentio, ad confiscationem pertinet, quia scilicet caussa ad fiscum defertur: vel ad vim illatam, quæ pœnis coercetur, & lege Iulia, vt notum est.

Sed an etiam pœnam dupli subire cogatur? Et affirmat Gloss. in l. 2. C. si quis aliquem testari prohibuerit, & in d. §. Semproniis, Bartolus ibi, & in l. 3. ff. eod. tit. & est communis hæc Doctorum sententia, ut testantur Corneus & Iason in l. 1. C. eod. Hieronymus D Gabrielius, consi. 99. num. 13. & 14. Peregrinus de iure & priuilegijs fisci, lib. 1. tit. 6. num. 8.

Fūdamentum est in §. Et hoc peruenit, in Authent. ut nulli iudicum liceat habere, ubi Imperator sic ait; *Et hoc peruenit ad nos, quod quidam prouinciarum Iudices, ita inique agunt, occasione lucrorum, vt neque testamenta concedant facere*, &c. Et paulò pòst: *Si vero quidam huiusmodi odibilem rem in quolibet loco nostra Republica præsumpserit agere: aut ministrare ei qui hoc præsumpserit facere, iubemus huiusmodi extra cingulos factos, in exilium destinari, & de substantia eorum euenient dispendium læsis in duplum restitui*, &c.

Addit Peregrinus hanc rationem, quia pœnæ contra uiolentos quandoque etiam quadruplantur, l. Metum, §. Ex hoc edicto, l. Si cum exceptione, §. Quadruplatur, ff. de eo quod metus causa.

Sed contrarium docuerunt Cynus, in l. Quicquid, C. arbitrium tutelæ, Antonius Butrius, consi. 78. Baldus, in d. l. Lucius, §. Sempronia, & ibidem Albericus A refatur hanc sententiam communem esse, quam nouissimè sequitur Ioannes Vaudus lib. 1. Variar. q. cap. 30. sequor & ego.

Fundamentum est hoc, quia nulla est lex quæ dupli pœnam imponat, præterquam Iudicibus, in quibus prior sententia proculdubio locum obtinebit. Nā Iustinianum loqui de Iudicibus in d. §. Et hoc peruenit, perspicuum est ex uerbis textus.

Sed contrariæ sententiæ autores dicunt, propter uerba generalia, quibus unicuique id Imperator prohibet, eam Constitutionem ad omnes pertinere.

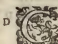
Respondeo, generalem prohibitionē his uerbis cōtineri. Propterea interdicimus *omnibus iudicibus tam ciuilibus quam militaribus, & eorum officijs, aut alij cuilibet aliquid præsumere.* Hæc generalis prohibitio fit iudicibus, & eorum officialibus & administris, & cuicunque alteri, qui scilicet Iudici hac in re ministrauerit, & operam suam præstiterit, vt scilicet aliquis testari prohibeatur. Id patet ex verbis sequētibus: *Si verò quidam*, inquit, *huiusmodi odibilem rem in quolibet loco nostra Resp. præsumpserit agere, aut ministrare ei qui hoc præsumpserit, facere iubemus*, &c.

Illa verba, *si vero quidam*, de Iudicibus accipienda sunt, quia de illis loquitur Constitutio, vt patet ex initio dicti §. Et hoc peruenit. Verba autem illa: *Aut ministrare ei qui hoc præsumpserit facere*, accipienda sunt de ministris & officialibus ipsorum Iudicum. Generaliter enim interdicit Iudicibus, & ministris eorum, ne id facere præsumāt, & omnibus alijs, ne hac in re suā operā ac ministeriū præbeāt vel Iudicibus, vel officijs eorum: & pœnam deinde statuit exilij, priuationis officij, & dupli. Si prohibitio generaliter omnes comprehenderet, & sine discrimine, sequeretur easdem pœnas exilij, & amissionis dignitatis, & dupli, subire omnes debere, qui aliquē testari prohibuerint: quod C affirmare ideo non ausim, quia nemo hactenus id scripsit, & quia si hæc erat mēs Iustiniani, clara & diserta oratione eiusmodi legem promulgare debuisset. Cùm res dubia sit, interpretatione molliendæ sunt pœnæ magis quàm exasperandæ, l. Interpretatione, ff. de pœnis.

Porrò, id quod affertur de quadruplo, in actione, quod metus causa, locum obtinet, suisque regulis coercetur & cancellis, extra quos non videtur facilè producendum.

CAPVT V.

Quatenus actiones ex delictis descendentes in hæredes dentur.



CVm quæritur an actiones ex delictis in hæredes dentur, conuenit inter omnes de multis: de vno potissimum controuersia est. Primò, conuenit actiones pœnales in hæredem non competere, nisi in quantum ad eos peruenerit, vel cum defuncto lis contestata, si ius ciuile spectemus, l. 1. ff. de priuatis delictis, l. Quod dicimus, §. vlt. ff. quod metus causa, l. In hæredem, ff. de calumniator. l. In hæredē, ff. de dolo, l. ult. C. Rerū amotar. l. Inde Neratius, §. Hanc, ff. ad leg. Aquil. l. Constitutionibus, ff. de actio. & oblig. l. Sicut pœna, de reg. iur. l. Vnica. C. Ex delict. defunctor. Antonius Gomesius Variar. resol. tit. de delictis, c. 1. nu. 85. Clarus, quæst. 51. vers. Vlterius quæro. Bursatus consi. 77. nu. 1. lib. 1.

Secūdò, inter omnes ferè conuenit Iure Canonico inspecto aliter constitutum esse, nimirum, hæredem teneri pro uiribus hæreditatis ad exonerandā conscientiam defuncti, licet nec aliquid ad eum ex delicto peruenerit, nec cum defuncto lis contestata fuerit

ex

ex c. vlt. de sepulturis, c. In litteris de raptorib. c. Tuã nos, de vsuris, & ex alijs locis, vt tradit Antonius Gomes. loco proximè citato, Couuar. lib. 2. Variar. resol. cap. 3. num. 7. Vasquius, lib. 3. Controuersiarum illustrium, cap. 96. num. 27.

Etsi enim hęc differentia inter Ius Canonicum & Ciuile nõ placuerit Panormitano, in d. c. vlt. de sepulturis, vix tamen dissentire videtur, cùm fateatur Iure Canonico teneri hæredem ad satisfactionem damni & læsionis illatę per defunctum, quia defunctus tacitè hoc hęredi iniungit; quę tamen ratio rectè confutatur à Couuar.

Tertiò, in hoc Doctores conspirare videntur, Ius Ciuile in hac proposita specie seruandũ fore in ditione Cęsarea, Ius autem Canonicum in foro Ecclesiastico, vel etiam in foro Cęsareo, coram tamen iudice Ecclesiastico per denunciationem Ecclesiasticam, iuxta c. Nouit, de Iudicijs. Ita Cacheranus, decis. Pedemontana 152. nu. 6. Antonius Gomes. loco superiùs citato. Prosper Farinacius, lib. 1. qq. crimin. tit. de Inquisitione, quæstione 10. post numerum 64. vers. Limitando.

Cõtrouersum autem est, an in hęredes detur actio ex delicto descendens, cùm non pœnę, sed rei meram cõtinet persecutionem, hoc est, an detur in solidum, an verò duntaxat in quantum ad eos peruenerit. Etenim affirmare uidetur Couuarr. loco superiùs annotato, Antonius Faber, lib. 4. Coniectur. Iuris, cap. 1. non procul a fine. Idem mihi videtur sentire, licet non ita generaliter, Petrus Faber ad l. Sicuti pœna, nu. 20. de reg. iuris.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. Si pro fure. §. 2. ff. de condict. furtiua. *Condictio furtiua*, inquit, *quia rei habet persecutionem, hæredem quoque furis obligat.* Et hæc hæredis obligatio in solidum est, non autem in quantum ad hęredem peruenit, l. 9. ff. eod. tit. vbi Vlpianus, *in condictione furtiua non pro parte qua peruenit, sed in solidum tenemur, dum soli hæredes sumus.*

Secundum est ex §. His autem verbis, in Instit. de lege Aquilia, vbi Iustinianus ait: *Ideoque constat in hæredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si vltra damnum nunquam lis æstimaretur.*

Tertium est, quia leges quibus dicitur actiones in hæredes non transire, loquuntur de pœnalibus actionibus, vt patet ex l. 1. ff. de priuatis delictis, ex l. Sicut pœna, de reg. iur. ex §. Non omnes, in Instit. de perpetuis & tempo. actio. & alijs similibus.

Contrariam sententiam secuti sunt Doctores magis communiter, nimirum, excepta condictione furtiua, alias actiones ex delictis non transire in hæredes, licet rei persecutionem contineant. Vide Antonium Gomes. d. c. 1. de delictis, nu. 85. Phanucium de Inuentario hæredis, parte 7. nu. 70. Prosperum Farinacium, dicta quæst. 10. num. 64. Hartmannum Pistoris, Quæstionum iuris lib. 1. quæst. 27.

Scio Iacobum Cuiacium etiam de condictione furtiua, an in solidum transiret in hæredẽ dubitasse, lib. 7. Obseru. 37. sed rectè eius argumentis occurrit Antonius Faber, d. c. 1. lib. 4. Coniecturarum. Vidi etiã eundem Cuiacium, circa cõdictionem furtiuam, communi sententiæ acquiescentem in recitationibus ad tit. C. ex delictis defunctorum, nuper editis, vbi etiã hãc communem sententiam secutus est.

Hanc sententiam communiorem ego existimo probabiliorem esse, & sequor. Primum ex l. vltima, C. rerum amotar. vbi Diocletianus: *De rebus quas diuortij causa quondam vxorem tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed in quantum ad eos peruenit, &c.*

Sed rerum amotarum actio continet rei persecutionem, licet ex delicto nascatur, l. Si mulier, §. Hæc actio, ff. de actio. rer. amotar. Ergo actio quę ex delicto nascitur, & rei persecutionem continet, non datur in hæredem, nisi in quantum ad eum peruenit.

Respondet Antonius Faber, illa verba, *contra successores eius non in solidum*, hunc sensum habere, singulos hæredes in solidum non teneri, sed vnumquemq; pro ea duntaxat parte, quę ad eum peruenit, atque ita Vlpianum ipsum locutum esse in l. 9. ff. de condictio. furtiua, dum dixit, *in solidum tenemur, dum soli hæredes sumus.* vt ostenderet, cùm plures sunt hæredes, eos in solidum non teneri, non quòd ab omnibus solidum id, quod subtractum est, exigi non possit, sed quia si omne id quod furto subtractum est, ad aliquos ex cohæredibus peruenerit, solidum ab ijs petendum est, non ab alijs ad quos nihil peruenit.

Non rectè, quia hæc est Vlpiani sententia in d. l. 9. hæredes furis pro parte hæreditaria teneri; non pro eo quod ad singulos peruenit, licet aliàs, cùm agitur ex maleficio, hæredes teneantur, in quantum ad eos peruenit, vt in l. vnica, C. ex delictis defunc. Et ideo Vlpianus ait. *In solidum tenemur, dũ soli hæredes sumus, pro parte verò hæres, pro ea parte pro qua hæres est, tenetur.*

At l. vlt. C. rerum amotar. nõ ita loquitur, ait enim: *Rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed in quantum ad eos peruenit,* &c. Quibus verbis significatur, apertè eos teneri in quantum ad eos peruenit ex maleficio, scilicet defuncti, nõ autem singulos teneri pro parte hæreditaria, & non in solidũ. Aliud est enim dicere, hæredem pro parte, pro qua hęres est teneri, & consequenter si hæres sit, solum in solidum teneri, sicut Vlpianus loquitur. Aliud est hæredes teneri in quantum ad eos peruenit, sicut loquitur Diocletianus. Hæc enim verba hunc habent sensum, scilicet in quantum ad eos peruenit ex delicto; Igitur si nihil ex delicto ad eos peruenerit, non tenentur, nisi lis fuerit cum defuncto contestata.

Secundò, hęc sententia communis probatur. Nam actio, quod iudicij mutandi caussa rem tantùm persequitur, nec datur in hæredem, quia ex delicto nascitur, l. 5. §. vlt. Cũ duabus legibus sequẽtib. ff. de alien. iud. mutandi causa. vbi sic habetur: *Hæc actio non est pœnalis, sed rei persecutionem arbitrio Iudicis continet, quare & hæredi datur; in hæredem aut vel similem, vel post annum non dabitur: Quia pertinet quidem ad rei persecutionem; Videtur autem ex delicto dari.*

Quid clarius adferri potest?

Tertiò probatur. Nam actio de dolo persequitur rem, id est, id quod interest, nec in hæredem datur; nisi quatenus ex delicto ad eum peruenit, l. Si plures, l. In hæredem, ff. de dolo.

Quartò probatur ex l. vnica, C. ex delicto defunc. in quantum hæredes teneantur, Diocletianus: *Post litis contestationem eo qui vim fecit, vel concussionem intulit, vel aliquid deliquit defuncto successores eius in solidum, alioquin in quantum ad eos peruenit conueniri, ius absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur.*

Perpendantur illa verba, *vel aliquid deliquit*, quibus hoc indicatur, actiones ex delicto nascentes, non dari in hæredes, nisi in quantum ad eos peruenit, non distinguit lex, an actio rei persecutionem contineat, vel pœnæ, quia etiamsi rei persecutionem contineat, hæredes non tenentur, nisi in quantum ad eos peruenit.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, in condictione furtiua ita verè constitutum esse, vt hæredes in solidum teneantur. Et licet Vlpianus hanc rationem adferat, quia rei persecutionem continet, non licet tamen nobis inde colligere generalem regulam, actiones quæ rei persecutionem continẽt, etiã ex delicto orientes in hęredes dari, quia obstãt huius regulæ leges quas attulimus. Sit igitur specialis ea lex odio furũ, vt & alia sunt, specialiter cõstituta, teste Iustiniano in §. Sic itaque, in Instit. de actio.

Ad

Ad secundum argumentum respondeo, illud de actione ex lege Aquilia accipiendum esse, eam in hæredes transituram fuisse, si vltra damnum nunquam lis æstimaretur, vel quia leuissima culpa venit in lege Aquilia, l. In lege Aquilia, 45. ff. ad legẽ Aquil. vel quia eadem ratio esset quæ in condictione furtina.

Ad tertium respondeo, etsi fiat mentio pœnalis actionis in aliquibus legibus, in alijs tamen quas attulimus mentionem fieri actionis quę ex delicto oritur, & negari eam in hęredem dari, nisi vel lis cum defuncto contestata fuerit, vel hęredes ex delicto locupletiores facti sint.

CAPVT VI.

An tortura purget veras & legitimas probationes.

EX facto proponebatur non semel in Collegio huius inclytæ facultatis Iuridicę; Cùm reus de crimine confessus esset, absque tormentis, deinde confessionẽ reuocasset, errorem autem confessionis nõ probasset, & ideo Iudex eum quęstionibus subiecisset, is verò quęstionibus subiectus, constanter se delictum commisisse negasset, an, & quomodo condemnãdus, an verò absoluendus esset? Et licet absoluendum esse multi existimauerint, quia plurimum quęstiones valẽt ad eruendam veritatem, l. Edictum, ff. de quęst. & tradunt in proposito, Cepolla, cons. criminali 32. Marsil. sing. 162. Bossius de Indicijs & considerationibus ante torturam, nu. 132. & seq. tamen hanc sententiã Collegium nunquam sequi voluit, memoria retinẽs atq; perpendens, quod Vlpianus scribit in l. 1. ff. de quæst. quęstionibus *neque adeò fidem esse adhibendam*, & in §. quęstioni, *quæstioni fidem non semper, nec nunquam habendam*, &c. Aliquando igitur absoluit reum, aliquando

C condemnauit, nunquã tamen pęna ordinaria. prout ex probationibus factis, cęterisq; argumentis & circũstantijs existimare potuit, confessionẽ factam verã fuisse vel falsam. Porrò nunquam probare potui Antonij Gomesij sententiam, tit. de delictis, cap. 13. nu. 20. affirmantis, absolutè reum condemnari posse, secundum hanc facti speciem, quia vtile per inutile nõ vitiatur; Item, quia defuncti vulnerati expurgatio nõ prodest. Tertiò, quia in arbitrio esset imperiti Iudicis reum noxium à pœna delicti liberare. Denique ex l. 1. iuncta Glossa. C. de quæst.

Responderi enim ad singula potest in hunc modũ. Vtile per inutile non vitiatur. Brocardicum est, quãdoque enim secus est, vt notant omnes, in l. 1. §. Sed si mihi. ff. de verb. oblig. Cauendum ab his brocardicis: Et ab ijs qui *puppim & proram* in eis constituunt, quoniam incerta sunt, & lubrica valde.

D Ad secundum respondeo, hæc esse dissimilia. Fieri enim potest, vt vulneratus moriens, vel mentiatur, vel aberret. Nec omnis qui moritur est S. Ioannes Baptista, vt nostri Glossatorea sæpè dicunt.

Ad tertium, negatur in arbitrio Iudicis esse, vt pœnam reus euadat: Nam reus tormentis subiectus iterum fateri posset: At cur quæstionibus subiecit reum confitentem vel conuictum? Quia *si quis vltro de maleficio fateatur, non semper ei fidem habendam esse.* Vlpianus monet in l. 1. §. Si quis vltro, ff. de quæst. Ad probationes quod attinet notum est, Rescriptum Diui Adriani, ad Valerium Verum: *Quæ argumenta ad quẽ modum probanda, cuiq; rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest*, l. 3. §. 1. ff. de Testib. Et rursus ibi. *Te ex sententia animi tui existimare oportere quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.*

Ergo Iudex subijciens reum quæstionibus, non videtur habere fidem confessioni; Videtur probationes

A suspectas habere. Si Imperitè agat, iniustè, imprudenter, ipse rationem reddat. Respub. quę eum elegit, puniat, vel aliter prospiciat, aut sibi imputet, quod imperitum elegerit & constituerit iudicem. Reo tormentis iam afflicto, noua afflictio addenda non est, vt perinde condemnetur, ac si in priori confessione perseuerasset. Non habetur ratio hac in re, quòd ex iudicis imperitia Respub. lædatur nocentis hominis liberatione. Quid enim si reum absoluisset nocentissimum? Nonne autoritas rei iudicatæ eum defenderet? Igitur & tortura illata, licet imperitè, eum defendere debet.

Ad l. 1. C. de quæst. & Glos. ibi respondeo, nihil ad rem facere. Nã nõ loquitur de reo ipso quæstionibus subiecto, postquam probationibus conuictus est, sed de seruis ipsius rei quæstionibus subiectis, cùm opus non esset. Sic enim ait textus: *In cæteris autem quanquam ea quæ seruus contra dominum dixit, iudicaturi sen-*

B *tentiam formare non debeant: tamen si alijs quoque probationibus fides veritatis inuestigetur: præscriptionis inuidia euanescit.* Glossa autem sic: *Sed hic de facto fuerunt torti* (scilicet serui) *sufficienter tamen aliàs* probatũ est. Vnde licet dominus dicat non *debuisse torqueri* (scilicet seruos) *& benè dicat, non tamen per hoc absoluitur, cùm aliàs sit plenè probatum, & sic suum dictum pro nihilo est, cùm & seruorum dictum sit nullum.*

Autor sum studiosis, & veritatis amatoribus, vt semper legum fontes inspiciant, ex quibus argumenta ducuntur: Sic enim facilè quantum habeant momenti dijudicabunt.

CAPVT VII.

Actio iniuriarum ex lege Cornelia, an sit annalis vel perpetua.

C ACtionem Iniuriarum descẽdentem ex lege Cornelia perpetuam esse (quæ fuit olim sententia Martini Glossatoris) frequentissimis Doctorum suffragijs receptum est, vt perspicere licet ex Balbo de præscript. 4. parte 4. partis princ. quæst. 2. nu. 6. Claro in §. Iniuria, vers. Tollitur autẽ, Rolãdo à Valle, cõs. 39. nu. 15. li. 2. Mynsingero Cẽt. 1. Obseru. 84. Prospero Farinacio q. crimin. tit. de inquisitione, q. 10. nu. 23.

Fundamentum est, quia actiones quæ ex legibus proficiscuntur sunt perpetuæ, hoc est, non minore quàm 30. vel 40. annorum spatio extinguuntur, Instit. de perpetuis, & tempo. actio. in principio, l. Sicut, l. Omnes, C. de præscript. 30. vel 40. annor.

Sed contrariam sententiã amplexus fuit olim Azo in Sũma, tit. de iniurijs, quẽ multi alij secuti sunt, nimirũ, annalẽ esse actionẽ istam, Antonius Gomesius Variar. resolut. tit. de iniurijs, c. 6. nu. 15. vers. Dubiũ

D tamen est. Plotus inter cõs. criminalia, lib. 1. cons. 13 t. nu. 19. Rota, decis. 240. tit. de iniurijs in nouiss.

Fundamentum est, quia odiosa est hæc actio, ob infamiam quam irrogat: & quia generaliter & absolutè dicitur in l. Si non conuitij, C. de iniurijs, actionẽ iniuriarum annuo tempore præscribi, quare hæc actio excipienda esse videtur à reliquis actionibus ciuilibus, quæ sunt perpetuæ.

Equidem negari non potest, quin prior sententia firmiori nitatur fundamento, quia l. Si non conuitij, loquitur de actione prætoria, vt patet ex iniuria, de qua ibi agitur illis verbis expressa, *homicidij conuitium obiecisti.* Veruntamen optandum esset, Constitutionibus Principum tam odiosas actiones Christianæ religioni minimè consentaneas coarctari ad breuissimum tempus, ne in Repub. tam sæpe obstreperent; Cuius rei autores legum nostrarum studiosissimos fuisse constat: quoniam actionem iniuriarum dissimu-

latione

A lationę aboleri, Iureiurando, Pacto, nec hæredi, nec in hæredem dari statuerunt. Rectè, neque enim iniuriarum actio ad rem pecuniariam seu familiarem spectat, sed ad vindictam. Sed dicit Dominus noster: *Mihi vindictam, & ego retribuam.* Et Lucæ cap. 6. *Diligite inimicos vestros,* &c. Et Leuit. 19. *Non quæras vltionem, nec memor eris iniuriæ ciuium tuorum.* Et Eccles. 10. *Iniuria proximi ne memineris.* Non est tamen prohibitum Christiano accusare alterum, si ea seruentur, quæ Prę ceptor meus Decianus explicat tract. crimin. lib. 3. c. 4. ex D. Thoma, & alijs.

CAPVT VIII.

Annus quo iniuriarum actio finitur quando incipiat.

B ANnum quo iniuriarum actio finitur ex die irrogatę iniuriæ initium sumere, Accursius, Cynus & Albericus docuerunt, in l. Si non conuitij, C. de iniurijs, Rota Romana decis. 240. tit. de iniurijs, in nouiss, & Clarus §. Iniuria, vers. Tollitur autem.

Fundamentum est, quia iniuria fit tam præsenti, quàm absenti, l. Item apud Labeonem, §. Conuitium, ff. de iniur. Ergo actio iniuriarum siue absenti competat, siue præsenti, semper anno finitur: & currit etiam absenti & ignoranti, consequenter ex die, quo illata est iniuria, non autem ex die scientiæ. Pręsertim, si iniuria publicè nota est: nec enim probabilis aut iusta ignorantia est eorum, quæ publicè nota sunt. Et cùm actio ista odiosa sit, hæc interpretatio æquior existimari debet, quia per eam magis coarctatur & restringitur.

C Contrariam sententiam habuerunt Baldus in d. l. Si non conuitij. Bartolus in Instit. de iniurijs, num. 3. Hieron. Schurff. consi. 61. nu. 6. Cent. 1. quos Andræas Geyll, secutus est lib. 2. Obseruat. 105. nimirum annū incipere ex die scientiæ, quia est annus vtilis, non autem continuus, cùm à Prętore constitutus fuerit, vt notat Glos. in §. 1. Instit. de perpetuis & tempo. actio. & quia currit tantùm ob moram & negligentiam nō agentium. Ignorans autem non videtur esse negligens.

Hanc posteriorem sententiam ego sequor, & hanc ei lucem adfero. Annus plerumq; vtilis est, cuius fit mentio à Iurisconsultis, præsertim verò à Prætore cō stitutus, l. Si cum exceptione, §. Post annum, ff. de eo, quod met. caussa, §. Rursus, Instit. de action. in l. vlt. C. de tempo. in integ. restit. in l. Interdum, ff. de minor. l. 1. ff. Quando de peculio actio, l. 1. ff. Si quis testa. liber. &c. notat Antonius Goueanus lib. 1. Variar. lectio. ca. 10. Brisonius lib. 1. de verb. sig. in uerbo *Annus.* Cuia- D cius de diuersis & tempor. pręscript. cap. 20. non procul à principio. Francisc. Marcus decis. 26. Bardus de tempore vtili & continuo, c. 8. num. 2. in terminis nostris. Cuiacius ad l. Si cum exceptione, §. Post annum, ff. quod metus caussa, vbi textus hanc sententiam probare videtur, illis verbis; *Et sanè cùm per metum facta anno quidem vtili exoleuerit,*

Annus autem vtilis dicitur, quo experiendi potestas datur. l. 1. ff. quę in fraudem credito. l. 1. ff. de diuers. & tempor. pręscript. Qui verò *nescit is videtur experiundi potestatem non habere,* ut respondit Caius, in l. 6. ff. de Calumniat. Et Papinianus; *Cùm sex mēses vtiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoria actio præstetur, non videtur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitiui latens ignorauit,* l. Cùm sex, 55. ff. de ędil. edicto. Idem prę clarè Vlpianus docet, in l. 2. ff. Quis ordo in bonor. pos sess. seruet. Continuum autem tempus, siue annus cō tinuus currit etiam ignoranti, l. Genero, ff. de his qui notant. infam.

A Igitur annus à Pretore constitutus non currit ignoranti: cùm utilis sit, & non continuus.

Ad argumentum contrarię sententię respondeo, fatendo iniuriam fieri etiam ignoranti, sed non inde efficitur etiam ignoranti currere annum qui ad agendū constitutus est. Illud uerissimum censeo, quod & Papinianus monet in d. l. Cùm sex, dissolutam ignorantiam non excusare, ut puta si quis nescierit, quod populus sciebat. Dissoluta ignorantia non est ferenda, l. 6. ff. de iuris & facti ignor. Dissoluta negligentia propè dolum est, l. Si fideiussor, ff. Mandati.

CAPVT IX.

Iniuria per Scripturam facta an post annum actione proposita vindicari possit?

B INiuriam per Scripturam seu libellum famosum illatam, similem esse iniuriæ uerbis factę, rectè Ludouicus Romanus mihi respondisse uidetur consi. 378. num. 1. quem refert & sequit Aufrerius ad Capellam Tholosanam, decis. 127. circa finem. Quamobrem, eius actionem anno expirare respondit Plotus cons. 131. nu. 19. inter cons. criminalia, vol. 1.

Fundamentum est in l. Item apud Labeonem, 15. §. Ait Pretor, ff. de iniur. vbi ęquo iure censetur iniuria verbis facta, uel scripto, dum ait Iurisconsultus; *Hæc autem ferè sunt, quæ ad infamiam alicuius fiunt,* &c. *aut si carmen scribas, vel proponas, vel cantes aliquid, quod pudorem alicuius lędas,* iunctis uerbis pręcedentibus, quibus dicitur edictum ne quid infamandi caussa fiat superfluum videri, *cùm ex generali Clausula iniuriarum agere possimus.* Constat autem actionem iniuriarum uerbis C factam anno finiri, ex l. Si non conuitij, C. de iniurijs. Ergò & iniuria per libellum famosum illata, anno extinguetur.

Quæ cùm ita sint, assentiri non possum Zasio in l. Cùm lex, num. 12. ff. de legibus, & Andr. Geyll. cum sequenti, lib. 2. Obseruat. 104. asserentibus, iniuriam scriptam aut pictam realem censeri: ac proinde anno nō extingui, quia Scriptura est perpetua & semper manet: quod nego: lex quidem perpetua est, l. Ariani, C. de hæreticis, non autem eiusmodi Scripturæ, quas iubet lex corrumpi, atque igne cōsumi, l. Vnica, C. de famos. libellis. Quid ergo est in caussa, ut ī re dubia & odiosa actiones annales perpetuas faciamus? Sanè ubi ita receptum sit, & cautum, uel Constitutionibus Principum, uel Consuetudine Prouinciæ, ut scriptæ iniuriæ pro realibus habeantur, & earum actio sit perpetua, quò magis homines deterreantur, & abstineant a famosis libellis, id non improbo, quia res pes- D simi exempli est, & seuerissimè uindicāda; sed uersabar in iure nostro Iustinianęo interpretando, quod eā actionem anno mihi concludere uidetur.

CAPVT X.

An veritas conuitij excuset iniuriantem à pęna.

MAxima olim fuit controuersia hac de re, ut cognosci potest ex consilio Boerij 4. ubi septem diuersæ sententiæ referūtur; nunc uerò in hanc distinctionē est conuentum, quam etiam Imperialis Iudicij Assessores sequuntur, teste Andrea Geyll, lib. 2. Obseruat. 99. ut si quidem conuitium crimē cōtineat, quod Reipublicæ intersit sciri atq; innotescere, ut puniatur nocens, tunc nulla pęna afficiatur, secus autem si non sit tale crimen.

Fundamentum est in l. 18. ff. de iniurijs. Paulus; *Eum*

Eum qui nocentem infamauit, non esse bonum & æquum ob eam rem condemnari. Peccata enim nocentium nota esse & oportere & expedire.

Verùm Couuar. lib. 1. Variar. resol. cap. 11. num. 6. aliter existimat, quando praua intentione atque iniuriandi animo huiusmodi conuitium profertur. Idem sensit Austerius ad Capellam Tholosanã, decis. 127. & Don Ludouicus à Peguera, in decis. Consilij Cathaloniæ, quæst. 13. nu. 15. & 16. Menochius consil. 42. nu. 29. & 30. lib. 1.

Fundamentum est: quia etsi bonum sit ac Reipublicæ vtile, nocentium crimina nota esse: & ea manifestari; tamẽ prauus animus reuelãtis, rem efficit iniquam, cap. Cùm minister, c. Relegentes, 23. quæst. 5.

Adseritur quoque l. Si non conuitij, C. de iniur. l. Illud, §. Iniuria, ff. de iniur. l. Iustissimos, C. de off. rector. prouinciæ, l. 2. C. quãdo & quib. quarta pars, lib. 10.

Verùm istis non obstantibus communem illam distinctionem & veram esse censeo, & locum sibi vendicare, licet animo iniuriãdi & praua intentione crimen obijciatur: & hoc intelligo quantum ad forum externum, vt scilicet is qui talem iniuriam fecit, & cõuitium dixit, non teneatur iniuriarum actione, neque puniri possit. Nam quantum ad forum internum sine dubio peccaris, qui prauam habuit intentionem, & animum iniuriandi.

In hanc sententiam venio motus autoritate d. l. 18. Certum est enim Paulum in ea lege loqui de eo, qui animum habuit infamandi, atque adeò iniuriandi. Nam si non haberet quis animum iniuriãdi, nulla esset ratio dubitandi, quin cessaret actio iniuriarum, & eo nomine condemnatio, l. Si non conuitij, C. de iniur. arg. l. Illud, §. Iniuria, ff. eod. Ratio dubitandi erat illa, quia is qui aliquem infamauit, tenetur actione iniuriarum, l. Item apud Labeonem, §. Ait Prætor, ff. de iniur. Ratio autem decidẽdi est, quia crimina proferri in lucem publicè expedit. Hæc ratio publicę vtilitatis rigori iuris præfertur, secundùm quem puniẽdus est, qui alium infamauit, hoc semper supposito, quod animum iniuriandi habuerit; nam si desit iniuriandi animus, etiam cessante ratione publicæ vtilitatis, non est locus iniuriarum actioni. Est enim accipiendum Pauli responsum de eo; qui tenebatur aliàs actione iniuriarum, consequenter de eo, qui animum iniuriandi habuit, nam sine animo iniuriandi non teneretur.

Ad argumentum sic respondeo, prauum animum infamantis efficere quidem rem iniquam, & eum peccare, sed quia expedit vt nocentium crimina detegantur, æquum non esse eam ob caussam eùm cõdemnari, vt respondit Paulus in d. l. 18. Nec ad rem faciunt, c. Cùm minister, & c. Relegentes, tantùm abest, vt huic sententiæ aduersentur.

Ad l. Si non conuitij, C. de iniur. & l. Illud, §. Iniuria, respondeo, fateor iniuriarum actione teneri eum, qui animum iniuriandi habuit, sed hoc in casu iuris rigor remittitur propter publicam vtilitatem, quę hoc exigit, vt delicta puniantur, l. Ita vulneratus, ff. ad l. Aquil.

Sed dices, l. Si non conuitij, loquitur de eo, qui crimen homicidij obiecerat, quod enunciari & puniri expedit. Respondeo, non constare, an nocens esset is, cui obijciebatur, nec constare, an ille fuisset, vel punitus, vel restitutus ac liberatus. Ergo, cùm res in obscuro sit, ita accipiendum erit illud Rescriptum, vt Pauli responso non aduersetur, quod est in d. l. 18. ff. de iniur.

Quod attinet ad l. Iustissimas, nihil ad rem facit, nihil continet, ex quo argumentum sumi possit, esse puniendum eum, qui iniuriandi animo infamauerit nocentem, cuius crimina esse nota publicè expediat. Non credis? Non grauabor ego tibi verba ad-

A scribere: *Iustissimos & vigilantissimos Iudices publicis acclamationibus collaudandi damus omnibus potestatem, vt honoris eis auctiores proferamus processus: & è contrario iniustos & maleficos querelarum vocibus accusandi, vt censuræ nostræ vigor eos absumat. Nam si veræ voces sint, nec ad libidinem per clientelas effusæ, diligenter inuestigabimus, Præfectis Prætorio & Comitibus, cui per prouincias cõstituti sunt, prouincialiũ nostrorũ voces ad nostrã sciẽtiã referẽtibus.*

Nullũ verbũ puto obseruare potuisti, quo lex indicaret puniendũ esse eũ, qui nocentẽ animo prauo infamauerit: Etsi enim Imperator inuestigaturũ se dicat, an veræ sint voces, vel ad libidinem per clientelas effusæ, sequitur ne, eundem velle vt ij puniantur, qui nocentem infamarunt aduersus responsum?

Porrò l. 2. C. quando & quib. quarta pars, lib. 10. adducitur propter illa verba: *Quid enim tam durum, tamq; inhumanum est, quam publicatione pompaq; rerum familiarium, & paupertatis detegi vilitatem, & inuidiæ* B *exponere diuitias?* quæ sanè verba neque cominus, neque eminus sententiam nostram oppugnant, tantùm abest, vt eam expugnent.

CAPVT XI.

Quid si libello famoso crimen alicui verum obijciatur, quod publicè expediat notum esse, an is qui libellum infamandi caussa scripsit, pœna condemnandus sit capitali.



Vod Paulus scribit in l. 18. ff. de iniurijs: *Eum qui nocentem infamauit, non esse bonũ & æquum ob eam rem condemnari. Peccata enim nocentium nota esse, & oportere & expedire.* Arbitror etiam ad eos pertinere, qui libellum famosum scripserint, & moueor, quia Paulus loquitur de eo, *qui nocentem infamauit.* Is autẽ C dicitur infamare, qui *quodcunque dixerit vel fecerit, vt aliquem infamet,* &c. *aut si carmen conscribat, vel proponat,* &c. l. Item apud Labeonem, 15. §. Ait Prætor, ff. de iniurijs. Idem habetur in l. 5. §. Si quis librum, ff. eo. tit. & in §. Iniuria, Instit. eodem Autores habeo huius sententiæ Petrum & Cynum, in l. Vnica, C. de libellis famosis, Angelum, in l. Lex Cornelia, §. vlt. ff. de iniurijs, Syluestrũ Prieriũ in Sũma, in verbo, Libellus.

Contrarium docuerunt Glos. in d. l. 18. ff. de iniur. in verbo, *infamauit.* Couuaru. lib. 1. Variar. resol. ca. 11. ante nu. 7. Petrus Placa, lib. 1. Epitome delictorũ, ca. 1. nu. 5. 6. Fulgosius, in d. l. Vnica, C. de libellis famosis, ad quos refert se Menochius, de arbitr. iudicum, Casu 263. ad finem. Addo ego Steph. Aufrerium, in addit. ad Capellam Tholosanam, decis. 127. & Antoniũ Gomez. tit. de delictis, cap. 6. nu. 1.

Fundamentum ponunt in d. l. Vnica, C. de libellis famosis, vbi est edictum Valentiniani, & Valentis, in D hæc verba: *Si quis famosum libellum siue domi, siue in publico, vel quocũque loco ignarus reppererit, aut corrũpat prius quàm alter inueniat, aut nulli confiteatur inuentum. Si verò non statim easdem chartulas vel corruperit, vel igni consumpserit; sed vim earum manifestauerit sciat se quasi autorem eiusmodi delicti capitali sententiæ subiugandum.* Hucusque non facit ad rem nostram, sed in ijs sequentibus verbis: *Sanè si quis deuotionis suæ ac salutis publicæ custodiam gerit, nomen suum profiteatur: & ea quæ per famosum libellum persequenda putauit, ore proprio edicat, ita, vt absque vlla trepidatione accedat. Sciẽs quod si assertionibus suis veri fides fuerit opitulata: laudem maximam & præmium à nostra Clementia consequetur. Sin verò minimè hæc vera esse ostenderit: capitali pœna plectetur. Huiusmodi autem libellus alterius opinionem non lædat.*

Respondeo, non dicitur in hoc edicto, pœna capitali plectendum eum fore, qui vera crimina libello famoso complexus fuerit. Apparet quidem ex verbis

edicti

edicti non placere Imperatoribus eorum audaciam, qui libellis famosis vitam alterius carpunt, & non accusationibus in iudicio, licet vera crimina obijciant, nec alicui etiam placere debet, sed non dicunt, tales licet vera dixerint, plectendos esse. Erit ergo edictum ita accipiendum in dubio, vt Pauli responso in d. l. 18. non aduersetur. Et tanto magis hæc interpretatio mihi vero similis videtur; quandoquidem ex Codice Theodosiano sumpta est lex illa Vnica, C. de famosis libellis, vt patet ex l. 7. & 9. eiusdem tit. in Cod. Theodosiano, in Codice autem Theod. sub eod. tit. est lex prima Imperatoris Constantini, quæ apertè statuit eos qui libellos famosos conscribunt, comprobare oportere crimina obiecta, nec tamen supplicio etiam si aliquid ostenderint subtrahendos esse. Cur Tribonianus alijque Compilatores hanc Clausulam non adiecerunt, quæ in d. l. 1. C. Theodos. continetur; *Nec tamen supplicio etiamsi aliquid ostenderint subtrahantur?* Ego sic existimo, non adiecisse, ne contraria esset lex Pauli responso, in dicta l. 18.

At edictum monet omnes, vt accusent potius, & probent crimina præmium & laudem relaturi. Concedo, & rectè facit, nos quoque suademus & approbamus; sed non adijcit pœnam facienti contra admonitionem.

Dices, immò adijcit tacitè, quia supra dixit capitali pœnæ subiugandum eum, qui libellum non statim corruperit, Ergò multò magis subiugandus erit is, qui composuit libellum famosum. Concedo, si falsa dixerit. Si crimina non probauerit vera esse, nam si nocentem infamauerit, æquum bonum non est condemnari eum, atque ita ex Pauli responso edicti sumendam interpretationem statuo. Scio Constitutionibus ac legibus municipalibus nonnullis pœnam statui, etiamsi quis nocentem infamauerit libello famoso, sed quæro nunc ex Iustinianæo iure articuli huius definitioné, non ex aliorum sanctionibus & decretis, quæ nec improbanda sunt, quò magis petulantia detractorum & maleuolorum hominum coerceatur.

CAPVT XII.

An liceat verbis prouocato respondere conuitium falsò dicenti: Tu mentiris.

NOn licere verbis iniuriosis prouocato dicere: *Tu mentiris*, licet verum dicat, & conuitium falsum sit, docet Iulius Clarus, dicere communem esse opinionem in §. Iniuria, vers. Quæro etiam, & Villalobus in lib. commun. opinionum, vers. Actione iniuriarum tenetur, nu. 27. Lancellotus Corradus tract. de Duello, parte 1. quæst. 19. nu. 11.

Fundamentum est, quia is qui dicit alicui; *Tu mentiris*, primò illatam iniuriam repellit. Deinde nouam ei infert. Facit enim eum calumniatorem; quoniam dicere, *Mentiris*, idem est, ac si dicatur; Tu scienter falsum dicis, quod calumniatoris est proprium, l. 1. §. 1. ff. ad Turpilian. vt notat Alciatus in consi. 248. nu. 5. Consequenter prouocatus excedit terminos moderatæ defensionis: quare licet mitius puniendus sit, nó tamen prorsus impunè id ferre debet, quia secundùm communem Doctorum sententiam, prouocatio delinquentem non excusat, licet hoc efficiat, vt mitius puniatur, teste Boerio, consil. 4. nu. 28. & Claro, q. 60. vers. Nunc quæro.

Contrarium responderunt Speculator tit. de Aduocato, §. Iam nunc videndum, nu. 3. Bartolus nu. 2. Castrensis, nu. 3. in l. Quæ omnia, §. 1. ff. de procurat. Albericus in 2. parte, statutorum, quæst. 42. Abbas & Felynus, in cap. Cùm te, de re iudic. Baldus, in consi. 46. lib. 3. Decius, consi. 487. nu. 5. & 686. num. 14. Lucas de

A Penna, in l. Erat, nu. 5. C. de peculio Castren. militis, lib. 12. Bertachinus in Repertorio, in verbo, Iniuriosa, num. 63. in fine. Lancellottus Corradus, de officio Prætoris in caussis criminalibus, Rubr. de iniuriantibus, num. 4. Capycius decis. 58. num. 2. Alciatus, consi. 363. nu. 2. & 368. nu. 4. Iason, in l. Vt vim, nu. 36. ff. de iust. & iure. Socinus iunior, cós. 153. nu. 21. lib. 2. Menochius, consi. 42. num. 20. lib. 1. Io. Vaudus, lib. 2. quæst. 28. Andræas Geyll, lib. 2. Obseruat. 100.

Argumẽta sunt ista. Primum ex l. Quæ omnia, §. 1. ff. de procurat. in illis verbis: *Sed si aduersarius vel ipse procurator dicat dominum mentiri, apud Prætorem hoc fieri oportet*, hæc enim verba pertinẽt ad purgationem conuitij, vt infrà sequitur ibi: *Nisi fortè purgare magis conuitium, quàm procurationem exequi maluerit.* Et paulò inferius, ait Vlpianus: *Cæterùm ferendus est pudorem suum purgans.*

Secundum est ex l. 14. §. Si libertus, ff. de bonis li- B bert. in illis verbis: *Idem puto & si ab eo retorsit in eum penitus crimina. Ignoscendum est enim ei, si voluit se vlcisci prouocatus.*

Tertium sumitur ex sacris literis Hierem. cap. 37. *Ad Chaldæos transfugis, respondit Hieremias, falsum est.* & lib. 3. Regum, cap. 3. dixit meretrix, cuius filius viuebat, alteri meretrici: *Mentiris.*

Quartum ex l. Deuotum, C. de Metatis & Epidemeticis, lib. 12. in illis verbis: *Nec crimẽ aliquod pertimescat, cùm sibi arbitrium vltionis suæ sciat esse concessum.*

Quintum est, quia dicens: *Tu mentiris*, non habet animum iniuriandi, sed se purgandi, eo quod falsò crimẽ obijciatur. Constat autem iniuriarum actione non teneri eum qui animum iniuriandi non habuit, l. Si non conuitij, C. de iniur. l. Illud, ff. eod. tit.

Sextum est, quia si licet vim vi repellere facto & re ipsa illatam, l. Vt vim, ff. de iust. & iure. Videtur etiam licere verbis iniuriam illatam repellere, quia est ea- C dem ratio.

Septimum, paria delicta mutua compensatione tolluntur, l. Viro, ff. sol. matr. l. Si ambo, C. de compensat. Sed in proposita facti specie deliquit is, qui iniuriam & conuitium intulit, Ergo compensari debet cum altero delicto prouocati, qui respondit: *Tu mentiris.*

Octauum, Iniuriarum actio ex bono & æquo est, l. Non solùm, §. ff. de iniur. Bonum autem & æquum nó videtur, vt in eum quis actionem intẽdat iniuriarum, quem prius ipse iniustè prouocauit. Culpa enim penes eum residere intelligitur, quia adortus est prior, & quæ inde subsequuntur, non offensioni sed defensioni imputari debent, argum. l. Si ex plagis, §. Tabernarias, ff. ad leg. Aquil. l. 1. §. Cùm arietes, ff. si quadrupes paupe. fecisse dicatur.

Hanc sententiam posteriorem tot suffultam argumentorum præsidijs, tanta & tam euidenti æquitate D subnixam, tot autoritatibus munitam, & ipse lubens sequor: Et pro eius confirmatione addo hanc rationé. Si in proposita facti specie prouocatus verbis iniuriosis, incideret in pœnam propter illa verba: *Tu mentiris*, illud esset, quia videntur iniuriam quandam continere, quasi calumniator sit is, & scienter falsum dixerit, qui prior conuitium dixit. Sed hoc genus iniuriæ (posita veritate, hoc est, verum esse eum qui conuitiũ prius dixit mentiri) non meretur pœnam. Ergo dicẽs: *Tu mentiris*, ei qui falsum crimen exprobrauit, pœnam non meretur.

Assumptio argumenti probatur ex l. 18. ff. de iniur. vbi Paulus respondit, eum qui nocentem infamauit, *æquum non esse ob eam caussam condemnari, Crimina enim nota esse & oportere, & expedire.* Expedit ergo & oportet notam esse calumniam eius, qui verba iniuriosa dixit, expedit sciri, eum calumniatorem esse, vt puniatur, vt caueant cæteri, Ergò pœnam non meretur

tus

tur is, qui coarguit eum mendacij, & tacitè calumniatorem dixit.

Quo argumento responsio elucet ad argumentum contrariæ sententiæ. Dato enim quod ea esset significatio verbi, *Tu mentiris*, saltem ex moribus & loquendi vsu communi (nam nec natura verbi, nec ius nostrum talem agnoscit significationem) tamen id non obstat, quia supponimus verum esse quod illo verbo continetur, scilicet iniuriantem falsùm dixisse, & consequenter calumniatorem præsumendum. Nec enim ignorantia eum excusatione dignum facit, quia antequam obijceret crimen, inuestigare veritatem rei debuerat, nec temerè ad iniuriam desilire, quemadmodum leges dicunt, eum qui agit certum esse debere, & prius diligenter rem explorare, & tunc ad agendum procedere, l. Qui in alterius, 42. de reg. iuris.

Quòd verò dicebatur, prouocatum non penitus esse absoluendum, quanquam mitius puniendus sit, ex communi Doctorum sententia, locum habere potest in eo, qui factis prouocatus excessit modum inculpatæ tutelæ, vel in eo qui alias intulit iniurias, & conuitia prouocanti, non autem in eo, qui crimina sibi obiecta purgauit, dicens ad iniuriantem, *Tu mentiris*. Hic enim ita dicit purgandi se gratia, & ea est præcipua intentio eius, non autem alterum lædendi. Quod si ea purgatio continet tacitè quandam iniuriam, id spectandum non videtur. Nec aliter loquitur text. in c. Veniens, de iureiur. quo potissimùm nititur illa communis sententia, ibi. *Alternatim conuitia inferendo*. Nec desunt qui prouocatum etiam absolutè, ac in totum venia dignum putent apud Tiraquellum de pœnis legum, causa 1. num. 12. quorum sententiam in terminis quæstionis nostræ verissimam esse non dubito.

CAPVT XIII.

Excipiens contra testes in iudicio quod sint falsarij, improbi, criminosi, &c. & non probans, an teneatur actione iniuriarum.

Grauis quoque controuersia est, an actione iniuriarum teneatur excipiens in iudicio contra testes eò quod falsarios eos esse dicat infames & improbos, &c. Et hæc non probans. Aliquibus affirmantibus teneri, aliquibus verò id negantibus. Vide Angelum Salyc. Iasonem & Baldum in l. vlt. ff. quod quisque iuris, Oldradum cons. 53. Boerium cons. 4. nu. 21 & 22. Aufrer. ad Capellam Tholosanam decis. 409. Bossiú tit. de iniurijs, nu. 21. Clarú q. 53. vers. Caueát. Andr. Geyll, lib. 2. Obseru. 101. nu. 7. vbi alios citat.

Affirmantis sententiæ fundamentum est in l. Si nō conuinj, & l. Si quidem, C. de iniur. in l. Si tibi, C. de lib. causa, in l. Si verò, §. 1. ff. qui satisd. cogan. in c. 1. de elect. lib. 6. &c. Super his, de accusat. in l. 1. C. de Aduocatis diuersor. iudicio.

Negātis autē sententiæ fundamentū est in l. vlt. ff. quod quisque iuris, & in l. Deferre, §. Si cōmunem, ff. de iure fisci, in l. Nulla, C. de delator. lib. 10. in l. Qui eū natur. 14. §. Si patris, ff. de bonis libertor. in l. Qui ex libertate, ff. de lib. causa. in l. Si libertus, ff. de in ius vocan. Et quia excipiēs non videtur testibus crimina obijcere animo iniuriandi, sed iuris sui ac se defendēdi gratia. Nemini autem iniuriam facit qui suo iure vtitur, l. Nullus, de reg. iur. & iuris executio non habet iniuriam, l. Iniuriarum, §. 1. ff. de iniur.

Obseruaui ego bis in collegio inclyto facultatis Iuridicæ almæ Vniuersitatis Ingolstadiensis pronunciatum fuisse, non teneri actione iniuriarum eum, qui talia crimina aduersus testes opposuerit, quia

A scilicet animum iniuriandi non habet, sed defendendi sei. Perpendi ego aliàs pro huius sententiæ confirmatione tex. in l. Si quis de libertate, 12. ff. de iniurijs, vbi Caius: *Si quis de libertate aliquem in seruitutem petat, quem sciat liberum esse, neque id propter euictionem, vt eā sibi conseruet, faciat, actione iniuriarum tenetur*. Et l. Deferre, ff. de iure fisci, in illis verbis: *Sed communem causam sibi cum fisco quiuis deferre potest, nec per hoc famosus est, licet in causa sua non obtinuerit*. Sic & in l. Delator 44. ff. eodem, *Delator non est qui protegenda sua causa gratia aliquid ad fiscum nunciat*. Quibus legibus difficilem esse responsionem dicebat Oldradus in dicto consilio 53. in fine, nec se videre rationem diuersitatis.

Ad leges pro contraria sententia allatas ita respondeo. Ad l. Si non conuitij, nihil ad rem facere, quia loquitur de eo qui in rixa cōuitium dixit, Ad l. Si quidē, respondeo, eam legem non loqui de eo, qui sui iuris B asserendi aut defendēdi gratia auiam suam ancillā esse dixit, sed infamandi causa, vt patet ex illis verbis: *Si auiam tuam ancillam infamandi causa reipub. Ciuitatis Comanensium dixit*, &c.

Ad l. Si tibi, C. de lib. caus. respondeo, eam loqui de eo, qui improbè seruitutis quæstionem mouit, id est, *per calumniam*, vt exponit Glo. ibi, at non loquimur de eo qui se defendendi gratia exceptiones opposuit.

Ad l. Si verò, §. 1. ff. qui satisd. cogan. respondeo, non facere ad rem nostram, nam loquitur de eo qui euidentissimè locupletem, aut approbatum fideiussorem non accepit, *quia sanè non sine qualibet iniuria est*, inquit, *duci in ius eum qui satis idoneum fideiussorem det*.

Ad c. 1. de elect. lib. 6. respondeo, loqui de eo, qui crimina obiecit aduersus electum, & non dicit eum teneri actione iniuriarum, sed Ecclesiasticis beneficijs suspensum esse, &c. Idem dicitur in d. c. Super his, de ac C cusa. vbi dicitur puniendum esse talem excipientem, & crimina obijcientem secundum arbitrium Iudicis discreti. De eo autem qui excipiendo crimina opposuit, vt quis a testificatione vel accusatione repellatur, & non probauit, nihil ibi decreuit S. Pontifex an sit puniendus, nec ne.

Ad l. 1. C. de aduoc. diuersor. iudicior. respondeo, loqui de eo qui instituit accusationem, contra patronū causæ, quia præuaricatus fuisset: & ait, *si non docueris præuaricatum calumnia notaberis*, quod nil commune cum quæstione nostra habet.

CAPVT XIV.

In accusatione vel inquisitione de crimine falsi, an sit necesse locum & tempus adijcere commissi delicti?

D *Paulus. Libellorum inscriptionis conceptio talis est, Consul & dies. Apud illum Prætorem vel Proconsulem Lucius Titius professus est, se Mæuiam Lege Iulia, de adulterijs ream deferre, quod dicat eam cum Caio Seio in Ciuitate illa, domo illius, mense illo, Consulibus illis adulterium commisisse. Vtique enim & locus designandus est, in quo adulterium commissum est, & persona cum qua admissum dicitur, & mensis. Hoc enim lege Iulia publicorum cauetur, & generaliter præcipitur omnibus, qui reum aliquem deferunt*. l. 3. ff. de Accusat. Idem ferè habetur in l. In causis, C. eodem tit.

Sed controuersia est, an hęc solennia quæ ad locum & tempus pertinent commissi delicti adhibenda sint, etiam in accusatione vel inquisitione criminis falsi. Negat Glos. i Instit. de publicis iud. in prin. in verbo, *& in instituendo*, Baldus in cap. 1. nume. 20. quibus mod. feud. amittatur. Angelus de Maleficijs, i ver. Falsario, nu. 37. Marsil. Sing. 163. Ferātes Gatzarcus inter consil.

conſ. crimin. vol. 1. conſ. 125. D. meus Cephalus, conſ. 304. num. 114. lib. 3. Menochius conſ. 100. nu. 88. lib. 1.

Fundamentum ſi requiras, nullum aliud inuenio quàm illud, quod falſum occultè committatur, & idcirco acerrimam indaginem fieri oporteat, *argumentis, teſtibus, ſcripturarum collatione, alijsq. veſtigijs veritatis, nec accuſatori tantùm quaeſtionem incumbere, nec probationis eidem totam neceſſitatem iniungi, ſed inter vtramque perſonam iudicem eſſe medium*, vt in l. Vbi, C. ad l. Cornel. de Falſis.

Sed profectò ſi verum amamus, non eſt hoc fundamentum tanti roboris, vt à generali iuris regula falſi crimen excipiendum perſuaderi cuiquam poſſit. Nam quod crimen magis occultè perpetratur quàm adulterium? Tamen locus & menſis in eius accuſatione deſignandus eſt, vt in d. l. 3.

Quod verò crimen falſi diligenter ex omnibus inditijs perquirendum ſit, nec vno probationis genere, & quod tota inquirendi de crimine, & illud probandi neceſſitas accuſatori non incumbat; ſed etiam iudex medius eſſe debeat, & laborare, vt detegatur, hæc, inquam, non eximunt accuſatorem ab impendiis iuſtis ac ſolennibus accuſationis. quia hæc optimè cohærent ſimul, vt accuſationis libellus contineat locum & tempus, & poſtea & accuſator & iudex diligenter probationes omnes & argumenta, veritatis inquirant.

Contrarium igitur rectè docuit Ægidius Boſſius in tit. de Inquiſitione, nu. 90. quem ſequitur Iulius Scarlatinus conſ. 418. nu. 2. inter conſ. crim. vol. 2.

His adſtipulatur d. l. 3. ff. de accuſat. etenim crimen falſi nulla lege excipitur, nullaque ratione euidenti, aut ſaltem probabili excipiendum eſſe oſtenditur. Maneat ergo ſub generali legis præcepto, cuius mentio fit in d. l. 3.

CAPVT XV.

Quæ ſint legitima inditia ad inquiſitionem ſpecialem, de crimine contra aliquem inſtituendam.



GRauis diſputatio eſt, quæ ſint inditia legitima ad formandam ſpecialem inquiſitionem de crimine contra aliquem, variæque ac diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ. Aliqui dixerunt Iudici verè vel præſumptiuè (ſic loquuntur) conſtare oportere eum deliquiſſe, de quo inquiritur. Ita Angelus de Maleficijs, in verſ. Hæc eſt quædam inquiſitio, §. 2. Alij ſufficere leuia inditia & leuiora quàm ad torturam. Ita Brunus de Inditijs, 2. parte, quæſt. 6. nu. 4. Boſſius de Inquiſitione, nu. 61. Alij dixerunt, inditia quę ſufficiunt ad capturam, multò magis ſufficere ad inquiſitionem. Conrad. Lancellotus, Pract. criminali, tit. de Inquiſitione, num. 34. Alij docuerunt eadem inditia requiri quę ad torturam requiruntur. Clarus, §. 20. verſ. Ad formandam. Poſt hos Menochius, lib. 1. Præſumpt. 88. inter inditia ad inquiſitionem enumerat famam, graues inimicitias, fugam, teſtimonium ſocij criminis, aſſertionem offenſi in articulo mortis, & denũciationem Officialis publici.

Nouiſſimè doctiſſimus Farinacius, arbitrio Iudicis id remittendum cenſet, tit. de Inquiſitione, quæſt. 1. poſt nu. 45. verſ. Propterea crederem.

Ego harum opinionum nullam in iure fundamentum inuenio, quod dignum relatu ſit: & meritò id accidit, quia ſecundum rectam iuris rationem, nulla ex dictis ſententijs conſiſtere poteſt.

Exiſtimo igitur inquiſitionem ſpecialem de delicto contra aliquem fieri non poſſe, niſi præcedente legitima diffamatione, & ideo cùm quæritur, quæ inditia ſint legitima, ex quibus inquiſitio formari poſſit, reſpondendum eſſe, diffamationem legitimam, legitimum inditium eſſe, non quia ſi modo diffamatio præcedat, cætera inditia & argumenta nihil valeant, ſed quia ſi legitima non præcedat diffamatio, non poteſt inquiſitio de iure formari, etiamſi alia ſint inditia & probationes delicti commiſſi. Confeſſionem rei ſemper excipio, quia ſi adſit, inquiſitio non poteſt impugnari, c. 1. de accuſat. lib. 6. Scio quoque, non reclamãte reo inquiſitionem factam valere, omiſſa diffamatione, ex c. . . . eod. tit. Fateor quoque, reum interrogari poſſe à Iudice an delictum commiſerit; ſi grauibus inditijs & argumentis, vel ſemiplena probatione ſuſpectus ſit, ex ijs quæ tradit S. Thomas 2. 2. q. 69. art. 2. ſed non inde inferri poteſt, inquiſitionẽ ex dictis inditijs formari poſſe, ex D. Thomæ ſententia, vt animaduertit Nauarrus ad Rubr. de Inditijs, nu. 78. quamobrem hoc determinatè requiri, vt inditia orta fuerint ex infamia publica, qua reus laborauerit, circa crimen quod inquiritur, ad hoc, vt alij de ipſo reo interrogari poſſint, an delictum commiſerit, notauit quoque Reuerendus Pater Gregorius de Valentia, in 3. tomo Diſput. 6. q. 13. puncto 4. vbi multa de hac materia præclarè diſputat.

Sed iam confirmanda eſt hæc ſententia noſtra, quę inditia ex ſola infamia publica orta requirit ad inquiſitionem formandam. Eam igitur confirmo textu Iuris Canonici, ex quo hæc inquiſitionis materia potiſſimum deſcendit, & ratione quoque euidenti.

Textus eſt in c. Inquiſitionis, 21. de accuſ. & inquiſ. vbi ſic legitur: *Tertiæ dubitationis articulus continebat, vtrum cùm duo vel plures iurati affirmant aliquem crimen aliquod eiſdem videntibus commiſiſſe: de quo aliqua infamia non laborat, aliquam illi pœnam infligere debeatis.* Et paulò infrà: *Ad hæc reſpondemus, nullum eſſe pro crimine, ſuper quo aliqua non laborat infamia, ſeu clamoſa inſinuatio non præceſſerit, propter dicta huiuſmodi puniendum; quinimò ſuper hoc depoſitiones contra eum recipi non debere: cùm inquiſitio fieri debeat ſolummodo ſuper illis, de quibus clamores aliqui præceſſerunt.*

Habemus textum clarum Innocentij III. apertè reſpondentis infamiam requiri, & ſuper illis ſolummodo inquiſitionem fieri oportere, de quibus infamia præceſſit. Et loquitur S. Pontifex in ea facti ſpecie, qua duo pluresve iurati teſtes affirmant aliquem eis videntibus deliquiſſe, quæ ſanè depoſitio, non ſolum ad torturam ſufficit, verùm etiam ad condemnationem, ſi teſtes ſint omni exceptione maiores: Nihilominus ait Pontifex Maxim. oportere vt reus infamia laboret, & clamoſa inſinuatione, qua ceſſante, nec teſtes recipi poſſe, nec inquiſitionem fieri debere: Vbi ſunt ergò qui dicunt alia inditia ſufficere ad inquiſitionem, cùm duo vel plures iurati teſtes de viſu, vt loquuntur, non ſufficiant?

Ratio autem his accedit euidentiſſima, ſumpta ex c. Qualiter & quando, 24. eod. tit. de accuſ. & inquiſ. Nam cùm obijci poſſet aduerſus iudicem inquirentem, eundem eſſe non poſſe accuſatorem & iudicem. Videri autem iudicem fungi accuſatoris vice, dum inquirit delictum, reſpondet huic tacitæ obiectioni S. Pontifex his verbis: *Non tanquam idem ſit accuſator & Iudex, ſed quaſi denunciante fama, vel deferente clamore officij ſui debitum exequatur.* Ergò ſi nulla fama Iudici maleficium denunciauerit, ſi nullus clamor ad aures eius peruenerit, nulla erit iuſta inquirendi cauſa: nulla ratio eum defendet; quò minus & Iudicis, & accuſatoris officio perſungatur, neceſſaria igitur diffamatio, *non quidem a maleuolis & maledicis, ſed à prouidis & honeſtis*, vt monet S. Pontifex in d. cap. Qualiter & quando, 24.

CAPVT XVI.

Sitne reus definitiuè absoluendus, quando crimen ab eo commissum fuisse Iudici non est probatum.



IRrepsit in Iudicijs criminalibus consuetudo, vt rei de crimine accusati, vel inquisiti, nunquam definitiuè absoluantur, nisi suam probent innocentiam. Nam si crimen non probetur, absoluuntur ab obseruatione iudicij: quò fit, vt nouis indicijs superuenientibus iterum accusari ac deferri possint, quasi Reipublicæ expediat ita fieri, ad punienda scelera, & effugiendas delatorum præuaricationes. Vide Iodocum Damhouderium pract. crim. c. 40. Clarum q. 62. vers, Forma. Bossium tit. de sent. nu. 68. Couuar. lib. 1. Variar. resolut. c. 1. nu. 8. Farinacium nouissimè, titulo de Inquisitione, q. 4. nu. 27.

Sed contra leges & iustitiam hæc fieri rectè aliqui monuerunt, Iodocus vbi suprà, Antonius Gomes. tit. de Tortura reorum, nu. 28. Hieronym. Magonius decis. Lucensi 89. num. 11. in 1. parte, quibus ego facilè consentio.

Nam regula iuris docet, actore non probante reum esse absoluendum, l. Qui accusare, C. de Edendo. & hæc absolutio definitiua sententia est, quæ prætextu probationum postea repertarum restaurari non debet, l. Sub specie, C. de re iudic. Habet autem actor appellationis remedium, quo nouas apud iudicem probationes adferre potest, l. Per hanc, C. de temp. appel, si eo non vtatur, sed acquiescat rebus iudicatis, non potest reus eandem ob causam accusari; quod & indicat l. Qui de crimine, C. de accus. Et expressè declarat Summus Pontifex, dum ait: *De his criminibus de quibus absolutus est accusatus, non potest accusatio replicari.* c. De his, de accusat.

Expedit quidem Reip. vt crimina non remaneant impunita: sed expedit quoque vt sarta tecta sit rerum iudicatarum autoritas.

Non huc pertinet l. Si qui adulterij, C. ad l. Iul. de adult. quia non fuit ibi lata sententia, & dato quod lata fuisset, ratio quædam specialis fuit, vt delinquens puniretur, qui falso consanguinitatis colore crimina depulerat. Sunt & alij speciales casus, quibus semel absolutus iterum accusari ob eandem criminis causam potest, quos eleganter explicat Couuar. lib. 2. Variar. resolut. cap. 10. sed regula est in contrarium, quæ nostræ sententiæ optimè suffragatur: quia non loquimur de casibus, quibus specialiter à regula recessum sit.

Dices, *Graue* (inquit S. Gregorius) *satis est, & indecens, vt in re dubia certa detur sententia.* c. Graue, 11. quæst. 3. Respondeo, si res sit dubia, laborandum esse vt clara reddatur. Torquendum reum si adsint inditia ad eruendam veritatem. Si non id patiatur personæ conditio; non est culpa Iudicis: qui cùm de qua re cognouit pronunciare quoque cogendus sit, l. De qua re, ff. de iud. absoluere reum debet, memor eius quod Vlpianus scribit, ex suspicionibus neminem damnandum, & satius esse, nocentem absoluere, quàm innocentē condemnare, l. Absentem, ff. de pœnis. Item eius quod alibi scriptum est, probationes criminum luce meridiana clariores exigi, l. vlt. C. de probatio. Delicta non esse præsumenda, l. Meritò, ff. pro socio.

CAPVT XVII.

Gratia delinquenti à Principe concessa, an ad bona extendatur confiscata?



SI Princeps delinquenti gratiam fecerit, plenè restitutum videri, & ideirco bona confiscata recuperare, communis est sententia Doctorum, si credendum est Claro, quæst. 59. vers. Quæro nunquid, & Bossio, de remedijs ex lo-
A la clementia Principis, nu. 5. Bonacosse, lib. 1. Commun. opin. vers. Gratia seu remissio ex doctrina Bartoli, in l. vlt. circa finem, C. de sent. passis, cuius mentionem facit Iason, in l. Beneficium, col. 4. vers. Perpetuò nota, ff. de constit. Princip.

Fundamentum verò est, quia beneficia Principum latissimè accipienda sunt, d. l. Beneficium, ff. de const. Princ. Huc accedit l. 1. §. Si quis vltrò, ff. de quæst. Ibi: *Potes itaque decreti gratiam facere.* Et rursus ibi: *Hac epistola significatur, quasi seruus damnatus si fuisset restitutus, &c.*

Verùm si consulamus legum autores & interpretes, nec veram esse dictam sententiam comperiemus, neque communem. Etenim, veram non esse, palam est ex eo, quod leges discrimen constituant inter gratiam, siue indulgentiam, & restitutionem: Restituere in integrum, est honoribus, ordini, & cæteris omnibus restituere, l. 1. C. de sent. passis; *Indulgentia restitutio, bonorum ac dignitatis vno nomine amissorum omnium est re-*
B *cuperatio.* l. vlt. C. eod. tit. Indulgentia verò siue gratia simplex, liberat tantùm à pœna, nisi specialiter bonorum restitutionem quis impetrauerit, l. 2. C. de senten. passis. l. 4. §. eod. tit. l. 3. C. de Generali abol. l. 2. ff. eo. tit.

Communem verò non esse, perspicuum mihi videtur quia contrarium docuerunt Cynus & Salycetus, in l. vlt. C. de sent. passis, Angelus inter cons. crimin. vol. 1. consi. 70. num. 15. Antonius Gomes. de tortura reorum, nu. 38. Berous cons. 76. nu. 104. 107. lib. 1. Bursatus alios citans, consi. 84. nu. 10. lib. 2. Rolandus à Valle, alios similiter adducens, cons. 45. nu. 2. lib. 4. Farinacius tit. de Inquisitione, q. 6. nu. 28. Peregrinus, de iure fisci, lib. 5. tit. 2. nu. 17.

Ad l. Beneficium, respondeo, illam esse regulam generalem, sed hanc esse legem specialem quæ declarat quid sit gratia & indulgentia: & quid restitutio. Specialis hæc constitutio in terminis nostris derogat re-
C gulæ generali, quia generi per speciem derogatur.

Nec mirum, quia strictè accipienda sunt Rescripta fisco damnosa, argum. l. Nec damnosa, C. de precib. Imp. offeren.

Ad rem non pertinet l. 1. §. Si quis vltrò, quia loquitur de reo innocente: Gratia decreti procul dubio plenissima est, vt & bonorum restitutionem contineat, si quæ ablata essent, quia iniquum est, innocentem puniri amissione bonorum.

Nec Bartoli dictū suffragatur contrariæ sententiæ, nō enim dicit gratiam esse eandem cum restitutione, sed ait, in dubio si non constet an Princeps restituere vel gratiam facere voluerit, beneficium principis latissimè interpretandum, vt contineat restitutionem: at nos loquimur in claris terminis gratiæ concessæ. Verba Bartoli hæc sunt: *Ciuitas statuit, quod banniti rebanniantur, an istud rebannire habeat vim indulgentiæ an restitutionis? &c. Breuiter dico, quod de hoc est casus, quod*
D *verba dubia debēt intelligi, quod sonent restitutionem magis quàm indulgentiam, l. 1. §. pen. ff. de quæst. &c.*

CAPVT XVIII.

Restitutus in integrum ex gratia Principis, an recuperet precium bonorum à fisco alienatorum?



COmmunis est & vera Doctorum sententia, restitutum in integrum à Principe ex gratia, licet bona alienata à fisco non recuperet, tamen precium quod ad fiscum peruenit recuperare, ita Bartolus, in l. vlt. nu. 7. C. de sent. passis. Iason, in l. Gallus, §. Et quid si tm̄, nu. 57. ff. de lib. & posthumis. Sfortia Odd. alios citans, de restitutione in integrum, parte 2. quæst. 99. art. 5. adde Peregrinum, de iure fisci, lib. 5. tit. 2. num. 27.

Fun-

Fundamentum est in l. Sed & si lege, §. Item si rem A distraxit, ff. de petit. hæred. vbi patet bonæ fidei possessorem teneri quatenus ex precio rei hæreditariæ quam vendidit, locupletior factus est. Nam cùm bona confiscata sunt, fiscus bonæ fidei possessor est, & loco hæredis habetur, l. Tutoris, C. ad l. Iul. de vi.

Sed ualde infirmum est hoc fundamentum. Respondet enim Nellus in tract. de Bannitis, in prima parte tertij temporis, quæst. 6. dictum §. Item si rem distraxit, ad casum hunc non pertinere, quia loquitur de restitutione, quæ iure communi fit ex iustitia, cùm scilicet hæres uerus omnia hæreditatis iura recuperat, quo casu bonæ fidei possessor, in quantum locupletior factus est, tenetur ex Senatusconsulto quod recensetur in l. Et non tantùm, §. Præter hæc, ff. eod. tit. At in quæstione nostra de restitutione agitur, quæ fit ex gratia Principis, ac proinde non tã fauorabilis esse debet, sicut quæ ex iustitia fit.

Existimo tamen iuri consentaneam esse communẽ B sententiam, quia in integrũ restituere nihil aliud est, quàm honoribus, ordini, cæterisque omnibus restituere, l. 1. C. de sentent. passis. Item *Indulgentia restitutio, bonorum ac dignitatis vno nomine amissorum omnium recuperatio est.* l. vlt. C. eod. tit. Et licet ad bona alienata nõ extendatur, quia gratia vni concessa, non debet alteri præiudicare, l. 2. §. Meritò, ff. Ne quid in loco publ. nihil tamen proponitur, cur ad precium bonorum venditorum, quod ad fiscum peruenit, porrigi nõ debeat. Nam si bona fiscus haberet, inter omnes constat, restituenda esse, cur igitur precium restituere fiscus nõ debeat? Certè, est eadem ratio in precio, quæ in bonis ipsis: Et leges non verbis, sed rebus conditæ sunt, l. 2. C. commu. de leg.

Contraria sententia magis placuit Alciato in d. l. Gallus, §. Et quid si tãtùm, nu. 122. ff. de lib. & postum. Et Antonio Gomes. tit. de Delictis, c. 13. nu 39. necnõ C Nello superiùs citato, qui testatur in Italia non seruari eorum sententiam, qui restituendum à fisco preciũ voluerunt. Idem restantur Clarus, q. 59. vers. Item quæro, & Farinacius tit. de Inquisitione, quæst. 6. post nu. 43. Sed nec in Germania seruari testis est Andræas Geyll, qui & in hanc contrariam sententiam propendet lib. 2. de pace publica, c. 19. nu. 21.

Fundamentum est primò in l. vlt. C. de repud. hæred. Secundò, quia gratiæ istæ ac dispensationes odiosæ sunt, & restringendæ, ne fisco præiudicent, & vt delinquentes aliquam pœnam sustineant, quò magis homines à criminibus abstineant.

Sed quod attinet ad d. l. ult. illa ad rem non facit. Nã cùm filius abstinuit ab hæreditate, potestatem habet rursus eam adeundi, si res non sint uenditæ, hoc ibi constitutum est, nec quicquam habet affinitatis cum quæstione nostra, quia cùm nos dicimus, restitutionẽ ex gratia Principis operari, ut precium restitutus recu D peret, nemini præiudicatum uolumus, præterquam ipsi Principi, hoc est, fisco eius. At in d. leg. ult. fieret præiudicium alijs, si filius post res uenditas admitteretur.

Ad generalia uerò pronunciata quod attinet, respõdeo, locum non habere, quandoquidem specialis decisio totum occupauit, dum interpretatur, quid sit in integrum restituere: & ait, Esse honoribus, ordini, cæterisque omnibus restituere, l. 1. C. de sent. passis. & bonorum recuperationem esse, l. ult. C. eod. Recuperabit igitur restitutus non bona, quia fiscus ea non habet, sed precium eorum quod habet: Pecuniam loco rei. Possibile est enim omnes res in pecuniam conuerti, inquit l. 2. C. de const. pecun. Si nec rem, nec pecuniã habeat, quo modo honoribus, ordini, cæterisque omnibus restitutus intelligetur?

CAPVT XIX.

Vtrum fur puniri possit alibi quàm in loco delicti, si reperiatur cum rebus subtractis, an verò remittendus ad locum delicti.

Dicam quid sentiam de sententia Bartoli, olim & nũc etiam controuersa circa furem, qui cum rebus subtractis ad alium locum se recepit, an possit vbicunque reperitur, puniri, si prius quid alij sentiãt retulero, & argumenta cuiusque sententiæ pro more meo adiunxero. Existimauit Bartolus in l. Si dominium, ff. de furtis. eum qui in vno loco vel prouincia furatus est, si ad alium locum prouinciamve se receperit, cum rebus furto subtractis, ibi posse puniri, licet subditus illius loci vel prouinciæ non sit. Bartolum secuti sunt, aut certè eandem sententiam habuerunt Paulus Castr. in l. Siue manifestus, §. 1. ff. de cõd. furt. Angelus de Maleficijs, in ver. Et vestẽ celestem, vers. Quid si fur, nu. 16. Boerius decis. 218. nu. 2. Follerius Pract. crimin. vers. Audiantur excusatores, num. 64. Capycius decis. 104. Plotus cons. 133. num. 11. lib. 1. Duenas Regula 378. in 5. limitatione, Marinus Laudensis, cons. Criminali diuersorum, 61. nu. 5. lib. 1. Marianus Socinus, in c. 1. nu. 5. de raptorib. Afflictus, in §. Iniuria, in 3. not. nu. 7. de pace iuramento firman. Vsuius Commu. opin. lib. 1. verbo, Iudex domicilij, in fi. nu. 11. Vilalobos Commu. opin. verbo, Reus, nu. 65.

Fundamẽtum est in contrectatione, nam cùm fur ipsas res contrectet, & iniustè detineat, videtur quodammodo nouum furtum committere, aut certè delinquere, quamobrem eo in loco puniri potest, quia ibi quoque delinquere videtur.

Sicut hæc noua & assidua contrectatio facit, vt actio furti etiam mutato rei dominio competat, vt habetur in d. l. Si dominium, ff. de furtis; & in l. Interdũ, 58. ff. eod. tit. ibi: *Sed & si persona domini mutata esset altera pœna obligata*, licet non mutato domino furti pœna non crescat assidua contrectatione, quæ sententia est l. 9. ff. eod. tit. Vbi notandum est, obiter aliter constitutum de condictione furtiua; illa enim ei tantùm competit, qui dominus fuit tempore furti commissi; quæ caussa est, vt legatario non competat, l. Sed nec legatarius, ff. de condict. furt. Actio furti facilius datur, quàm condictio furtiua, quia contra regulas iuris est, ut quis rem suam condicere possit, §. Sic itaque, in Instit. de action.

Contrariam sententiam aduersus Bartolum secuti sunt Fulgosius cons. 149. Baldus cons. 471. lib. 3. Mãtua latè & diligenter Apophtegmate 603. Cepolla cons. crimin. 58. num. 26. Bossius tit. de furtis, num. 18. Pract. Papiensis in forma Inquisitionis, uer. Contrectãdo, nu. 3. Clarus q. 38. uers. Tu scis, Couuar. Pract. quæst. cap. 11. nu. 9. Farinacius, qui alios adducit, tit. de Inquisitione, quæst. 7. post nu. 7.

Fundamentum est, quia delinquens puniendus est in loco, ubi deliquit, & ad eum remittendus est, l. Si cui §. ult. ff. de accusat. §. Si quis uerò comprehensorũ, in Authen. Vt nulli iudicum. Igitur is qui furtum cõmisit in aliqua prouincia, ibi puniendus est, non alibi, & ad eam prouinciam remittendus est.

Ego hanc posteriorem sententiam sequor, quia ex contrectatione rei furtiuæ, non nascitur noua actio, l. Ei qui, 9. ff. de furt. nec nouum furtum, l. Inficiando, §. Infans, ff. eod. Ergò non uidetur in loco, ad quem fur se recipit, nouum furtum committere. Sed unum est furtum tantum quod alibi commisit: & id solùm spectandum est, ut puniatur.

Non obstat, quod actio furti competat nouo domino propter rei contrectationem, *veluti heredi, &*

bonorum possessori, & patri adoptiuo, & legatario, vt in d.l. Si dominium. Nam summa ratione id constitutum est, quia is qui fuit olim dominus non agit, nec agere potest: & is qui in eius locum successit, actionem habet ex persona sui autoris, quia scilicet ius autoris translatum in successorem est. Itaque actio bonum habet fundamentum ex parte actoris, quia dominus est rerum furto ablatarum. At nullum est in quæstione nostra fundamentum ratione Magistratus loci, vbi fur inuenitur, quia delictum alibi commissum est: Et consequenter puniendum ab eo Magistratu & iudice, in cuius territorio ac iurisdictione commissum est. Non huc applicari potest l. Congruit, de off. Præsid. quia de generali inquisitione loquitur, nos de particulari coercendo delicto disputamus.

CAPVT XX.

Possitne Magistratus inquirere de crimine eius, qui subditus est ratione originis, vel domicilij, alibi tamen commisso?



Onabor etiam lucem aliquam adferre, non minus controuersæ quàm obscuræ quæstioni. Vtrum Magistratus ex officio inquirere possit in subditum delinquentem extra territorium. Affirmat multis allatis rationibus, & autoritatibus Frãciscus Becius, consil. 93. Negat & rationes adducit simulque autoritates, Rolãdus à Valle, in consi. 19. lib. 2. Estque hæc res omnino dubia & controuersia valde, vt videre licet ex Claro, quæst. 39. vers. Sed quæro, Antonio Gomesio, de delictis, ca. 1. nu. 87. Bursato, consil. 77. lib. 1. Couuar. Pract. quæst. cap. 11. nu. 6. vers. His equidem autoribus, Farinacio, alios plurimos citante, de Inquisitione, quæst. 7. nu. 19.

Fundamentum affirmantis sententiæ est, quia interest Reipublicæ, & illius Rectores prouinciam suã malis hominibus expurgare, eiusque ciues & originarios etiam ob scelera alibi commissa puniri, ne obtenta impunitate maiora probantur vitia, neve aliorũ ciuium benè institutos animos corrumpant.

Fundamentum negantis est, quia inquisitio pertinet ad publicam vindictam, quæ minimè videtur cõpetere Iudici domicilij, vel originis, ex eo, quod nulla iniuria illi Reipub. facta est ex delicto, sed potius ea Respub. offensa sit, intra cuius territorium delictum commissum est.

Sed hoc tam affirmantis, quàm negantis sententiæ fundamentum nimis generale & remotum videtur. Alia magis arcta ingrediendum est via, vt ad agnitionem huius rei perueniamus.

Impp. Seuerus & Antoninus: *Quæstiones eorum criminum, quæ legibus, aut extra ordinem coercentur, vbi cõmissa vel inchoata sunt, vel vbi reperiuntur, qui rei esse perhibentur criminis perfici debere, satis notum est.* l. 1. C. vbi de crimine agi oporteat.

Fauet hæc lex affirmanti sententiæ, sed dices, accipiendam esse, cùm is qui crimen commisit accusatur, secus cùm de inquisitione ex officio agitur.

Respondeo, eandem esse rationem in Iudice inquirente, quia non inquirit, nisi fama publica præcedat: non inquirit, nisi fama publica præcedat, quæ loco accusatoris est, vt in c. Qualiter, & quando, de accusatio. & suprà dixi hoc lib. cap. 35.

Inquisitio loco accusationis est, ideo recepta, ne grauiora facinora deficientibus accusatoribus impunita remaneant, argum. l. Ea quidem, C. de Accus. l. 1. §. Quies, ff. de off. præfect. vrb. l. Diuus, ff. de custod. reor. l. 1. C. eod. l. Congruit, ff. de off. Præsid. l. 4. ff. ad l. Iul. pecul. l. Si quis in hoc, C. de Episcop. & Cleri. §. vlt. Nouella de collatorib. & dixi aliàs lib. 1. cap. 34.

A Addo nunc eiusdem sententiæ Duaren. lib. 1. Anniuers. cap. 38.

Dices rursus, reos esse remittendos ad Magistratũ eius prouinciæ, in qua delictum commissum est, §. Si quis verò comprehensorum, in Auth. Vt nulli iud. & §. Hoc considerantur, in Auth. Vt omnes obediant iudi. l. Si cui, §. vlt. l. vlt. ff. de Accusat. cui⁹ rei quatuor insignes adfert rationes Couuar. d. c. 11. Pract. quæst. nu. 3. sed ante eum Iurisc. in l. Capitalium, §. Famosos, ff. de pœnis.

Respondeo, si petatur remissio, argumentum esse verissimum, sic enim Imperator loquitur in d. §. *Si* quis verò comprehensorum. Ergò sententia nostra locum habebit, si non fuerit petita remissio.

Deniq; obijcies: Extra territorium iurisdictionem non extendi, l. vlt. ff. de iurisd. om. iud. & ideo Statuta loci non ligant furem delinquentem extra territoriũ, vt in c. 2. de Constit. lib. 6.

B Respondeo, nil obstare, quia quæstio nostra est de subdito, qui reperitur in territorio Iudicis inquirentis, licet alibi crimen commiserit, quo casu potest puniri in loco domicilij, vt in d. l. 1. C. vbi de crim. agi oporteat, secus si non requiratur in territorio, tunc locum sibi vindicare potest l. vlt. Quod verò de Statuto pœnali dicitur, ad rem non facit: sufficit nobis delinquentem puniri posse à Iudice domicilij, non dicimus pœna statuti afficiendum, quia statuta pœnam imponunt delinquentibus in territorio statuentis, nõ extra eius territorium. At lex generalis ligat vbique, & potestatem tribuit Iudici ac Magistratui subditum suum puniendi, licet alibi crimen perpetrauerit: quia persona eius spectanda est, quę Magistratui subiecta est, propter domicilium. Rectè ergò vulgò dicitur, forum sortiri quempiam ratione contractus, delicti, & domicilij, ut in c. vlt. de foro competen. & in c. 1. de priuileg. lib. 6.

C

CAPVT XXI.

Vtrum Magistratus loci domicilij, qui reum criminis condemnauit, remittere eum teneatur ad Magistratum eius loci, in quo delictum commissum fuit, vt ab eo puniatur.



Ed rursus controuersia est. Magistratus subditum suum qui alia in prouincia crimen commisit, uel inquisitione facta uel accusatione instituta condemnauit, an teneatur eundem remittere ad Magistratũ eius prouinciæ, in qua crimen commissum est? & remittendum esse censuit Alex. in l. A Diuo Pio, §. Sẽtentiam Romæ, nu. 4. ff. de re iud. Imola in l. pen. ff. de pub. iud. Fulgosius in l. 1. C. vbi de crim. agi opor. Bossius tit. de foro comp. nu. 48.

D Fundamentum est primò in §. Si quis verò comprehensorum, in Auth. Vt nulli iud. quatenus ibi sancitũ est generaliter, & indistinctè reum esse remittendum *ad Iudicem prouinciæ, in qua peccauit legitimis supplicijs subijciendum.* Secundò in l. Solent, & in l. Non dubiũ, ff. de custodia, & exhib. reor. quæ nihil ad rem faciũt, quia in istis terminis nõ loquuntur. Tertiò in l. Capitaliũ, §. Famosos, ff. de pœnis. Callistratus: *Famosos latrones in ijs locis, vbi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit: vt & conspectu deterreantur alij ab eisdem facinoribus, & solatio sit cognatis & affinibus interemptorum, eodẽ loco pœna reddita, in quo latrones homicidium fecissent.*

Sed contrarium docuerunt Salycet. in l. 1. C. Vbi de crimine agi opor. Bal. in l. Executorem, num. 27. C. de execu. rei iud. Fely. in c. vlt. nu. 11. de foro comp. Grammaticus decis. 26. nu. 5. Couuar. Pract. q. ca. 11. num. 6. vers. Contraria sententia. Farinacius de Inquisitione, q. 7. nu. 24. quibus & ipse assentior.

Fun-

Fundamentum est solidum in l. 1. C. Vbi de crimine agi opor. vbi textus dicit, quæstiones criminũ perfici debere, *vbi commissa sunt, vel inchoata, vel vbi reperiuntur qui rei esse perhibentur*. Ergo si iudex domicilij cognoscere incepit, & pronunciauerit, nihil proponi video, cur non & exequi sententiam possit, vbi enim iudicium cœptum est, ibi perfici debet, l. Vbi cœptum, ff. de iudic.

Argumentum contrariæ sententiæ locum habet, quando Iudex loci delicti petijt sibi reum mitti, vt eum puniat, tunc remittẽdus est, vt in d. §. Si quis verò comprehensorum. At si id nõ petijt, & ideo iudex domicilij cognouit & condemnauit reum, magis expedire videtur, vt ipse curet suam sententiã executioni mandari, quam vt ad Iudicem loqui delicti reum mittat. Aut enim ille petijt antequam quæstio criminis esset inchoata, aut non petijt sibi remitti delinquentem: Si petijt, certè remittendus fuit: si non petijt, iam res integra non est, ideoque ibi finem accipere debet, vbi cœpta est.

Non obstat quod dicit Callistratus in §. Famosos, quia expediret quidem delinquentem puniri in loco delicti commissi ob eas caussas, quas ille adfert. Sed quid si Iudex loci tempestiuè non admoneat iudicem loci domicilij, vt reum ad se remittat? Nunquid caussa incœpta desistere eum oportebit, aut finitam non exequi? contra l. 1. C. Vbi de crim. agi opor. dicentem, ibi *perfici* debere, vbi quæstio *inchoata est*?

CAPVT XXII.

Remissio delinquentis ad Iudicem loci, vbi delictum cõmisit, possitne fieri ac peti à Iudice, qui nullam in reum iurisdictionem habet, vbi omnes Iudices sunt sub eodem Principe.

FActi species hæc sit. Delictum quia commisit Mediolani, & Papiam confugit, vbi aliàs nec ratione domicilij, nec ratione originis subditus est, quæritur an iudex Papiensis requisitus teneatur reum remittere ad iudicem Mediolani. Negant Antonius Butrius, Aretinus & Felynus, num. 9. in c. vlt. de foro competen. & hanc sententiam communem esse testatur Bossius, tit. de foro competen. num. 52.

Fundamentum est in cap. 1. de priuilegijs, lib. 6. vbi patet exemptum, qui alioqui ad locum delicti remittendus est, non posse tamen remitti ab ordinario, à quo exemptus est, qui in eum nullam habet iurisdictionem.

Cæterùm affirmant Calderinus & Panorm. in d. c. vlt. nu. 16. de foro compet. & alij, quos refert & sequitur Couuar. pract. quæst. cap. 11. nu. 6. & in terminis, in quibus hanc quæstionem proposuimus, cõsentit etiam Bossius loco suprà annotato.

Fundamẽtum est in §. Audient, in Auth. de defensorib. Ciuitatum, vbi Imperator: *Audient quoque leuiora crimina, & castigationi competenti contradent, & eos qui in maioribus criminibus capiuntur, detrudent in carcerem, & mittent ad Prouinciæ Præsidem.*

Ad c. 1. de priuil. lib. 6. respondent, exemptum ab ordinario remittẽdum non esse, sed à Iudice proprio, cui iure exemptionis subijcitur: quia ordinarius nullam habet in eum iurisdictionem, nisi ratione contractus, vel delicti, vt ibi dicitur.

Ego ijs consentio, atq; ita statuo, nõ à quolibet incõpetente Iudice fieri debere remissionẽ, ac peti, v. g. Clericus delinquens remittendus est ad locum delicti: certè remissio fit non a Magistratu laico, qui nullam prorsus in Clericum iurisdictionem habet, sed à Iudice Ecclesiastico. Rursus, si duo sint Iudices

A Ecclesiastici, vnus competens alter incompetens, fieri debet à Iudice competente: & in ijs terminis accipiendum est c. 1. de priuileg. lib. 6.

Cæterùm in ea facti specie, quam proposui, iudex Papiensis remittet delinquentem Mediolanum literis subsidialibus requisitus. Licet enim iurisdictionẽ non habeat in delinquentem, nec ratione originis, nec ratione domicilij, nec ratione delicti. Potest tamẽ ac debet requisitus eum mittere ad iudicem Mediolanensem puniendum: quia sic iuris ordo postulat, l. Si cui, l. vlt. ff. de accusat. §. Si quis verò comprehensorũ, in Auth. Vt nulli iudi. Vnus iudex ac Magistratus alterum iuuare debet, ne delictum remaneat impunitum, vt iuris ordo seruetur, in puniendo reo, & vnicuique ius suum tribuatur.

CAPVT XXIII.

B *Sitne remissio delinquentis facienda tùm Iudex requirens petensque fieri remissionem, & Iudex requisitus diuersi sunt Imperij & Principatus.*

SIt hæc facti species. Delictum commissum est Mantuæ, reus criminis Ferrariam cõfugit, vbi aliàs nec originem habet, nec domicilium. Quæritur an Ferrariensis Iudex teneatur requisitus remittere delinquentem ad Iudicem Mantuæ. Et non teneri, communior sententia est. Vide Clarum, q. 38. versic. Sed certè. & vers. Hoc tamen. Couuar. Pract. quæst. ca. 11. num. 10. Rolandum à Valle, consi. 60. num. 3. 22. & 23. lib. 2. nouissimè Farinacium tit. de Inquisitione, q. 7. num. 27.

Fundamentũ est in consuetudine Vniuersali: Scribit enim Couuar. hanc sententiam communi totius orbis Christiani vsu, & praxi receptam esse, vt non
C fiat remissio, quando Iudex requirens & requisitus sunt diuersi Principatus & Imperij. Sed hæc requiruntur, vt locum habeat hæc consuetudo. Primò, vt sit legitimè præscripta, quoties tam requirentis Iudicis Princeps, quàm requisiti subsunt Imperialibus legibus, quæ remissionem præcipiunt. Nam tunc esset consuetudo contra legem, ideo non valet, nisi sit legitimè præscripta, c. vlt. de cõsuet. Remissionem fieri debere ex legum præcepto, constat ex l. Si cui, & l. vlt. ff. de Accus. ex §. Si quis verò comprehensorum, in Authen. Vt nulli iudicum, & ex alijs locis.

Secundò, vt Iudex reum delinquentem non remittit, eum puniat; nam si punire eum non possit, consuetudo hæc non valeret: quia delicta remanerent impunita contra publicam vtilitatem & iustitiam; ita docet & hanc rem explicat ex sua & aliorum sententia Couuar. loco proximè citato, cui Farinacius consentit.

D Sed ex hac opinione nascuntur duo non parui momenti incommoda. Primum est, quia non est hæc rationabilis consuetudo, quod tamen requiritur, vt legẽ vincat, c. vlt. de Consuet. Nam contra omnem iuris rationem est, vt delinquentes non puniantur; aut puniãtur ab alijs quam proprijs Iudicibus. Alterum incommodum est, quia Doctores plerique volunt hoc in casu delinquentem puniri à Iudice, qui negat remissionem. Atqui hoc fieri non potest. Si enim Iudex, qui remissionem negat, nullam in reum iurisdictionem habeat, nec ratione originis, nec domicilij, nec delicti, quomodo in reum poterit animaduertere?

Respondet Farinacius, absurdũ non esse, licet reus hoc in casu non puniatur, *quia non deficit ius sed iurisdictio*. Non rectè, quia iurisdictio non deficit iudicis, qui remissionem petit, sed fit contra ius, cùm remissio denegatur.

Melius Couuar. loco suprà citato: *Igitur, inquit, si eius non valeret consuetudo impediens remissionem, vbi Iudex requisitus delictū punire non potest, eaque non valebit, vbi iudex requirens & requisitus sunt sub diuersis Principibus, quoties non potest delictum puniri à Iudice qui remissionem negat. Etenim vtroque casu delictum manet impunitum contra rationem naturalem, & quā nulla tēporis vsu tolli potest.*

Hæc cùm ita sint, ac certum expressumque ius sit, quo remissio delinquentium ad locum delicti præcipitur, magis est, vt credam consuetudinem, quæ allegatur, nullius esse momenti, si præsertim agatur de homicidio, vel graui aliquo facinore, cuius impunitas propter exemplum & scandalum Reipub. perniciosa foret, vt latè respondit Bernardus Plotus inter cons. criminalia, vol. 1. cons. 133. quem refert & sequitur Ioseph. Ludouicus, decis. Lucensi 16. num. 26. in 1. parte.

Porrò his adijciendum est quod scribit Andreas Gaill, lib. 1. de pace publica, cap. 16. num. 30. 31. ex cōsuetudine Germaniæ, reos non remitti ad locum delicti, sed in loco captiuitatis, forum, & iudicium sortiri, & ibidem supplicium subire, solere tamen in B atrocioribus delictis, propter exemplum ad locum delicti precario & iure amicitiæ, & viciniatis, atque beneuolentiæ fieri remissionem, idque sub Antigrapho, siue litteris reuersalibus, vt uocant, ipsius Magistratus ac Domini remissionem petentis, remissionem iurisdictioni remittentis, non futuram nocumento.

CAPVT XXIV.

De vagabundo an debeat remitti ad locum delicti.

Est etiam controuersia an vagabūdus, qui nullam habet certam domicilij sedem, remittendus sit ad locum delicti, vt videre licet ex Petro Duena, Regula 378. in 4. limit. Didaco Couuar. pract. quæst. ca. 11. num. 7. Prospero Farinacio, tit. de Inquisitione, quæst. 7. num. 13. Pro remissione facit regula generalis, quæ habetur in §. Si quis verò in comprehensorum, in Authen. Vt nulli iudicum. Contra remissionem l. 1. cum expositione Glossæ, C. Vbi de crimine agi oporteat. Nam cum lex dicat, criminum quæstiones perfici debere, vbi crimina commissa sunt, uel res inchoata, vel vbi reperiuntur qui commiserunt Gloss. exemplum adfert in vagabundo, dicens, eum posse vbilibet conueniri.

Sed promptum est iura iuribus concordare. Potest vagabundus vbique puniri, qui certum non habet forum. Verùm ad locum, vbi facinus admisit, remittendus est vt ibi puniatur, si hoc petatur à Iudice loci delicti. Sic delictū nō est impunitū, sic crimina puniuntur vbi sunt admissa, quod legibus tā serio præcipitur, l. Desertorem, ff. de re militari, l. Capitalium, §. Famosos, ff. de pœnis, l. Sicut, l. vlt. ff. de accus. Si non petatur remissio puniri debet vbi reperitur d. l. 1.

CAPVT XXV.

Mandans delictum fieri, an sit puniendus in loco in quo mandatum dedit, an in loco in quo delictum est commissum à mandatario.

Communis est Doctorum sentētia, quam & ipse amplector, mandantem delicti committi, esse puniendum in loco, in quo delictum commissum est à mandatario, & ad eum locum remittendum esse. Vide Albericum, in l. Hæres absens, §. Apud La-A beonem, ff. de iudicijs, Paulum Castrensem, in l. Sicut proponitur, ff. de fideiussor. Marsilium, sing. 404. Forum. Petr. Duenam, Reg. 378. nu. 3. Bossium, de foro cōpetenti, num. 109. & num. 147. Clarum, quæst. 38. vers. Item quæro nunquid mandans.

Fundamentum est in d. l. Hæres absens, §. Apud Labeonem, ff. de iudicijs. Vlpianus: *Apud Labeonem quæritur, quid si homo prouincialis seruum institorem vendendarum mercium gratia Romæ habeat? quod cum eo seruo contractum est ita habendum, ac si cum domino contractum sit, quare ibi se debebit defendere.*

His postremis verbis apparet mandatorem sortiri forum in loco contractus idem probatur in l. Si vt proponitur. ff. de fideiussor. illis verbis: *Ita cōuenit vt in Italia solueretur intelligendum mandatorem quoque similiter modo contraxisse.* Eadem ratio est in loco delicti.

Huc accedit, quia qui per alium facit, per se ipsum facere uidetur, c. Qui per alium, de reg. iur. lib. 6. Hinc Vlpianus: *Deiecisse etiam is videtur, qui mandauit vel iussit, vt aliquis deijceretur. Parui enim referre visum est, suis manibus quis deijcit, an vero per alium.* l. 1. §. Deiecisse, ff. de ui & ui arma.

Hoc argumentum uidetur mihi fortius ac firmius, quàm alia quæ adferri solent ex brocardicis petita, quia scilicet causa mandantis & mandatarij connexa est, non est diuidenda; ne diuersæ sententiæ una & eadem in re proferantur, & similia: quia non magnoperè urgent.

Contrariam sententiam habuerunt Bal. in l. Non ideo minus, C. de accus. Farinacius alios citans, tit. de Inquisitione, q. 7. post nu. 48.

Fundamentum est, quia ex hoc delicto mandantis & mandatarij diuersæ oriuntur obligationes, quarum vna non accedit alteri, ac propterea cessat ratio, ne continentia causæ diuidatur. Item connexitatis ratio cessat.

Sed non cessant aliæ rationes ex legibus petitæ, quibus probatur mandatorem sortiri forum in loco delicti, sicut sortitur in loco contractus, atque ipsum man-C datorem crimen commisisse videri in loco, in quo à mandatario commissum est, quia is qui per alium facit, per se ipsum facere videtur.

CAPVT XXVI.

Possitne quilibet Iudex punire testem coram se falsum deponentem.

Imperator Zeno; *Nullū prorsus cùm semel ad Iudicem quemlibet licet nō suum dicendi gratia testimonium fuerit ingressus, armatam fortè militiam: vel quamlibet aliam fori præscriptionem ad euadendū Iudicis motum, quę vel testimonij verborū improbitas, vel rei qualitas flagitauerit, posse prætendere præcipimus.* Et paulo infrà: *Data cūctis Iudicibus absque vllo præscriptionis obstaculo in te-*D *stes, quorum voces falsitate vel fraude non carere perspexerint, pro qualitate videlicet delicti animaduertendi licentia.* l. Nullum, C. de Testibus.

At contra Callistratus: *Diuus Pius Claudio rescripsit pro mensura cuiusque delicti constituendum in eos, qui apud Iudices instrumenta protulerunt, quæ probari non possint; aut si plus eos intrasse iudicatur, quam ex forma iurisdictionis pati possint, vt Imperatori describatur; estimaturo quatenus coercere debeamus.* l. 31. ff. ad l. Cor. de falsis.

Conciliationis gratia itum in hanc distinctionem est; Iudicem ordinarium, & etiā à Principe delegatū, punire falsum testem posse, licet nullam alioqui in eū iurisdictionem habeat, Delegatum autem inferioris non posse. Vide Bartolum vtrobique, Bossium tit. de falsis, nu. 103. Clarum q. 38. vers. Sed quæro nunquid. Didacum Couuar. pract. quæst. cap. 18. num. 8.

Sed

Sed nullum in ijs legibus huius distinctionis vestigium inspicere licet, nulla diuersitas inter hunc & illum delegatum adserri potest. A

Rectè igitur illi docuerunt, & dictis legibus conuenienter, qui dixerunt, quemlibet Iudicem, qui de crimine cognoscendi potestatem habet, illudque puniendi, animaduertere posse in testem, qui coram se falsum testificatus sit, licet testis ille fori præscriptioné habeat, hoc est, Iudicem habeat proprium, apud qué conueniri, & à quo puniri debeat, & non ab alijs: Exceptio hæc incompetentiæ, vt loquuntur nostri, non valet hoc in casu: non prodest excipienti; quia iudex punire eum potest: præsupposito scilicet fundaméto, quod crimina coercere & punire possit; ita vt nulla sit exceptio, nisi propter personam, quæ alterius iurisdictioni subiecta sit. Ita disertè loquitur Zeno in d. l. Nullum.

Cæterùm, si talis sit Iudex, qui vel de crimine cognoscere nequeat, vel non possit grauem pœnam irrogare, vti delicti grauitas postularet: & vt Doctores loquuntur, restrictam habeat Iurisdictionem circa crimina coercenda, tunc non possit in testem animaduertere, qui coram ipso falsum dixerit testimonium. Sic enim disertè Callistratus loquitur in d. l. 31.

CAPVT XXVII.

An Clericus falsum testimonium dicens coram seculari Iudice, puniri ab eodem possit.

TRiplex Doctorum sententia est. Vna, Clericum falsum testimonium dicentem coram Iudice seculari, puniri ab eodem posse. Ita Gloss. in l. Nullum, C. de testib. in vers. *Præscriptionem* dum ait: *Quia sit Clericus*. Cynus & Baldus ibidem, & Marsilius ad l. vlt. nu. 152. ff. de iurisd. om. iud.

Fundamentum est in d. l. Nullum, vbi Zeno statuit, non licere cuiquam testi allegare vllam fori præscriptionem, quo minus à Iudice puniatur, apud quem falsum deposuerit.

Altera sententia est, puniri quidem Clericum posse à Iudice seculari, sed pecuniaria pœna, quia eius persona nó est Iudici seculari subiecta, sed res ipsius; sicut aliàs si temerè coram Iudice seculari Clericus litigauerit, in expensas condemnatur, ita respondit Federicus Senensis, cons. 93. Factum tale est Gulielmus de Bened. in 1. parte repet. c. Raynucius, in verbo, & vxorem, nu. 434.

Tertia verior & communior sententia est, non posse à Iudice seculari Clericum puniri, nec in persona, nec in ęre. Vide Couuar. Pract. quæst. cap. 18. num. 8. Afflictum decis. 230. Clarum quæst. 38. vers. Sed hic quæro, Farinacium, plurimos alios citantem, de Inquisitione quæst. 8. num. 26.

Fundamentum solidum ac firmum est, *quia nullus* Clericus distringi & condemnari debet à Iudice seculari, c. Si diligenti, de foro competen. c. 1. de clericis coniug. lib. 6. Authen. Statuimus, C. de Episcopis & Clericis.

Ad l. Nullum, respondeo, de alijs fori præscriptionem habentibus eam accipiendam esse, quia Clerici exempti sunt à Iurisdictione laicorum, tam Iure Canonico quàm Ciuili; quod exemptionis priuilegium non abstulit, nec auferre voluit Imperator Zeno.

Non obstat quod de rebus Clericorum dicitur, quia nec iure id probatur: Et hic personę delictum spectari debet, quia Clericus etiamsi pœna mulcetur pecuniaria; tamen infamiam incurrit propter condemnationem, & grauem pœnam, quam infligere Iudex secularis non potest, cùm Clerici personam distringere & condemnare non possit.

CAPVT XXVIII.

An Clericus, qui dimisso habitu Clericali immiscet se enormitantibus puniri possit à seculari Iudice, etiamsi à Prælato suo non fuerit ter monitus.

CLericum amittere priuilegium fori, atque adeò puniri posse à Iudice seculari, si dimisso Clericali habitu immiscuerit se enormitatibus (sic loquuntur nostri, id est, homicidia, furta, vel alia grauia crimina commiserit) licet trina monitio non præcessent Ordinarij siue Prælati ipsius, respondit latè Alexander de Neuo, in cons. 59. & hanc esse magis communem sententiam, & consuetudine approbatá B testatur Clarus quæst. 36. vers. Quæro modo, Bossius de foro competenti, num. 139. Cassaneus in Consuetudine Burgundiæ, Rubr. §. 5. num. 53. & alij quos Farinácius citat tit. de Inquisitione, q. 8. nu. 54.

Argumenta sunt ista. Primum ex ca. Perpendimus, de sentent. excommunicat. vbi, *quidam Sacerdos pro eo quod se filium Regis falsò nominare præsumpsit, & armis acceptis seditionem fecit, a Comite iussus est fustigari, qui postea eius mandato traditus patibulo, expirauit.* Et S. Pontifex respondit, quia talis Sacerdos *non propulsando, sed inferendo iniuriam fuit occisus, non videtur nobis quod inter fectores eius propter hoc ad absoluendam absolutionem. Apostolicam sedem adire cogantur*, &c.

Et licet videatur S. Pontifex loqui de Excommunicatione Canonis, *Si quis suadente diabolo*, 17. q. 4. tamen Respondent huius sententiæ autores, illud Rescriptum pertinere etiam ad priuilegium fori, primò, ex illis verbis quibus dicitur, eum Clericum à Comi- C te iussum fuisse fustigari, & mandato eiusdem patibulo traditum, expirasse. Hæc enim iudicialiter fiunt: Ergò ille Clericus amiserat fori priuilegium, quia Comes erat laicus. Secundò, quia si permissum est laicis, talem Clericum occidere citrà pœnam excommunicationis, multò magis permissum Iudici videtur eum legitimè, & causa cognita per sententiam, morti adiudicare.

Secundum argumentum est ex c. 1. de Apostatis, vbi Alexander III. *Præterea Clerici qui relicto ordine Clericali & habitu suo, in apostasia tanquam laici conuersantur, si in criminibus comprehensi teneantur, per censurã Ecclesiasticam non præcipimus liberari.* Hoc in loco nulla fit mentio trinæ monitionis quæ præcedere debeat, sicut nec in d. c. Perpendimus.

Tertium est ex c. Ex parte, 27. de priuileg. vbi Honorius III. Anglorum Reginæ ita rescripsit: *Ex parte tua fuit propositum, quod nonnulli literati qui nec habitum,* D *nec tonsura Clericos profitentur, in terra tua iurisdictioni sub secta degentes, cùm deprehenduntur in aliquibus foris factis, vt iurisdictionem tuam eludant, & debitam pro delictis vltionem euadant, assumunt, seu etiam resumunt tonsuram ab se ectam, seu habitum Clericalem, licet antè pro laicis ab omnibus haberentur. Ne igitur tonsura vel habitus sic resumpto malitia foueatur: si tuam iurisdictionem exerceas in eiusmodi delinquentes, qui sine tonsura & habitu in delicto fuerint deprehensi, æquanimiter duximus tolerandum: cùm malitijs hominum indulgere non debeamus, sed potius obuiare.*

Sed contrariam sententiam, nimirum trinam monitionem requiri, vt priuilegium clericale in proposita facti specie amittatur, secuti sunt Io. Andr. & Antonius Butrius in d. ca. Perpendimus, de sent. excomm. Couuar. Pract. q. cap. 32. nu. 2. Alexander cons. 8. lib. 4. Rolandus à Valle, cons. 4. nu. 31. li. 1. Follerius pract. crim. vers. Audiantur excusatores, nu. 47. Alios citat Farinacius loco annotato.

Argu-

Argumenta sunt ista, Primùm ex c. In audientia, 25. de senten. excommun. ibi. *Huiusmodi clerici si à prælatis suis tertiò commoniti militaria noluerint arma deponere de priuilegio clericorum, subsidium aliquod habere non possunt.*

Secundùm ex cap. vlt. de vita & honest. cleric. ibi. *Mandamus quatenus si tales tertiò à te commoniti ab huiusmodi non resipuerint, sed prætermissis diuinis officijs negociationibus institerint supradictis, cum eo facto priuilegium abijciant clericale,* &c.

Tertium argumentum est ex cap. Contingit 45. de senten. excommun. in illis verbis: *Verùm quia priuilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate, ac frustrà legis auxilium inuocat, qui committit in legē: volumus & mandamus, vt tales si tertiò à te commoniti se ipsos contempserint emendare, illius efficiantur immunitatis extorres,* &c.

Quartum est ex c. 1. de vita & honestate clericorū, lib. 6. ibi. *Et tertiò moniti non resipuerint, careant omni priuilegio Clericali.*

2 Alij distinctionem adhibent inter Clericos in sacris constitutos, & Clericos in minoribus ordinibus positos, istos priuilegium Clericale amittere absque trina monitione dicunt, illos non item, vt tradit Couuar. loco superius annotato.

Sed prætorquam quod nullo iuris testimonio confirmari hæc distinctio potest, repugnat quoque verbū, *Sacerdos*, quod habetur in d. c. Perpendimus.

Ego, vt paucis me expediam, posteriorem sententiam, quæ trinam requirit monitionem, probabiliorē esse iudico: quia nimis clara sunt testimonia, quę pro eius confirmatione allata sunt.

Ad argumenta prioris sententiæ ita respondeo. Qđ attinet ad c. Perpendimus, de sent. excom. respondeo, rescriptum S. Pontificis ibi hoc tantùm velle, quod in interfectores Sacerdotis & Apostolicam sedem adire non cogantur, ad obtinendā absolutionem: Sic enim verba expressè sonant, & rationem adfert textus, quia *talis Sacerdos non propulsando, sed inferendo iniuriam fuit occisus.*

Non obstat illa verba, quibus dicitur, Sacerdotem illum à Comite iussum fuisse fustigari: & in patibulo expirasse: quoniam hæc non fuerunt iudicialiter, & iudiciorum ordine seruato acta: neque ratio dubitandi in eo pósita erat, quod Comes qui laicus erat, de crimine Sacerdotis cognoscere, illudque punire voluerit: sed an propter violentas manus in Clericum iniectas in excommunicationem incidisset, à qua non nisi per Sedem Apostolicam absolui posset, iuxta c. Si quis suadente diabolo, 17. q. 4. & respondit S. Pontifex non incidisse, nec propter hoc cogi Sedem Apostolicam adire.

Non obstat quod dicebatur, eandem immò etiam maiorem rationem esse in Iudice, qui secundùm Iuris ordinem de tali crimine Sacerdotis cognoscit: quia id meritò negari potest. Etenim cùm Clericus iniuriam infert, seditionem excitando, & bellum contra Principem vel dominum alium secularem (sicut accidit in illa facti specie) non est tempus, nec occasio remittendi Clericum ad suum Iudicem, ut ibi puniatur, sed si dominus eū occiderit, excusatione aliqua dignus est: quantum ad hoc saltem, ut non incidat in excommunicationem, c. Si quis suadente. Sed Iudex & Magistratus secularis commodè & facilè potest Clericum delinquentem ad suum ordinarium Iudicem remittere: nec enim ipse Iudex in ullo discrimine uitæ & bonorum suorum est constitutus, ex Clerici delictis & criminibus. Sicut in altero casu supradicto, quare eū remittere debet ad suum Iudicem puniendum, nisi à priuilegio Clericali ceciderit: Cadit autem à priuilegio Clericali cùm tertiò monitus à prælato suo non emendat se.

Ad c. 1. de Apostatis, respondeo, non hoc in eo textu contineri, quod nunc in controuersiam uenit: nimirum, Clericum amittere priuilegium Clericale, sine ulla monitione, si fuerit in criminibus comprehensus sine habitu & tonsura Clericali. Sed ait S. Pontifex, eos *per censuram Ecclesiasticam non præcipimus liberari.* Non uult S. Pontifex ei succurrere ut liberetur: *Indignum est enim eis ab Ecclesia subueniri, per quos constat in Ecclesia scandalum generari,* cap. 2. Ne Clerici uel Monachi, &c.

Vtrum autem ij, qui talem Clericum comprehendunt, & manus violentas in eum inijciunt, excommunicationem incurrant, non decidit eo in loco S. Pontifex. Non vult tales Clericos iuuare, non tamen permittit ibi secularibus eos apprehendere tanquam exutos omni priuilegio Clericali. Nam si exuti essent omni Clericali priuilegio, hoc dixisset S. Pontifex, & nulla fuisset ratio dubitandi, an per censuram Ecclesiasticam essent liberandi. Ratio autem dubitandi erat, quia retinebant adhuc priuilegium Clericale, cùm fortè ter moniti non fuissent, sed tamen S. Pontifex respondit, *per censuram Ecclesiasticā non præcipimus eos liberari,* quia scilicet indigni sunt, quibus ab Ecclesia subueniatur: si nō potuisset Ecclesia eis subuenire propter amissionē priuilegij, quia scilicet Iudicis secularis potestati prorsus subiecti essent, id S. Pontifex dixisset: & nulla fuisset ratio dubitandi, atque implorandi Ecclesiasticæ censuræ.

Ad c. ex parte, de priuilegijs respondeo, nulla ibi monitione opus fuisse, propter malitiam Clericorū, qui vt delictorum pœnas euaderent, habitum & tonsuram Clericalem sumebant, & resumebant, Eos à Regina puniri æquo animo S. Pontifex tulit, vt non videretur malitiæ Clericorum indulgere, sed potius vt par erat obuiare, quod proinde non temerè trahendum erit ad alios casus diuersos.

CAPVT XXIX.

Clericus propter enormissimum crimen an sit degradandus, & tradendus Curiæ seculari, licet incorrigibilis non sit.



Clemens III. Pontifex Max. *A nobis fuit ex parte tua quæsitum, vtrum liceat Regi vel alicui seculari personæ iudicare Clericos cuiuscunque ordinis, siue in furto, siue in homicidio, vel periurio, seu quibuscunque fuerint criminibus deprehensi: Consultationi tuæ taliter respōdemus, quòd si Clericus in quocunque ordine constitutus in furto, vel homicidio, vel periurio, seu alio crimine fuerit deprehensus, legitimè, atque conuictus, ab Ecclesiastico Iudice deponendus est. Quod si depositus incorrigibilis fuerit, excommunicari debet, deinde contumacia crescente anathematis mucrone feriri: Postmodum verò si in profundum malorum veniens contempserit, cùm Ecclesia non habeat, vltra quid faciat, ne possit esse vltra perditio plurimorum, per secularē comprimendus est potestatem, ita quod ei deputetur exilium, vel alia legitima pœna inferatur,* ca. 10. de Iudicijs.

Antequam ergò tradatur Curiæ seculari, hoc requiritur, vt sit incorrigibilis. Sed excipiuntur aliqui casus, in quibus Clericus tradi potest curiæ seculari; licet incorrigibilis non sit; vt in crimine hæresis, c. Ad abolendam, de hæret. in falsante litteras Apostolicas, cap. Ad falsariorum, de crim. falsi. & in crimine assassinij, cap. 1. de homicidio, lib. 6. de quo respondit D. Tib. Decianus consil. 82. lib. 2. Rectè ergo & Iuri Canonico conuenienter ij mihi dicere videntur, qui dicunt extra casus exceptos Clericum non esse tradendum Curiæ seculari, nisi sit incorrigibilis, quamuis enormissimum crimen admiserit. Ita docuerunt Decius, in c. At si Clerici, circa finem, de iudicijs. Berous ibidem,

ibidem, num. 181. Diaz pract. crim. cap. 90. Bossius tit. de foro competenti, num. 136. Placa, in Epitome delictor. lib. 1. cap. 12. num. 43. Couuar. lib. 2. Variar. resolu. cap. 20. nu. 7. Villalobos, uer. Clericus, nu. 82. Bonacossa Commu. opin. lib. 1. uer. Clericus si per insidias.

Sed contrarium docuerunt Abbas Panor. in d. c. At si Clerici, num. 39. de iud. Ancharanus consi. 158. Felin. in c. 1. num. 49. de constit. Guido Papæ q. 121. alios citat Farinacius, tit. de Inquisitione, q. 8. num. 81. ubi post Clarum, & quosdam alios remittit hanc rem arbitrio Iudicis: quod mihi non placet, cùm à iure id decisum sit, ut patet ex d. c. 10. de Iudicijs, & ex alijs textibus allegatis.

Huius contrariæ sententiæ argumenta sunt ista. Primùm est, Clericus tradendus est Curiæ seculari, quãdo Ecclesia non habet ultrà quid faciat, ut inquit S. Pontifex in d. cap. 10. de iud. Sed Ecclesia nihil habet, quid faciat in tam enormi crimine, quia non habet ullam pœnam dignam, Ergò Clericus tradendus est Curiæ seculari.

Respondeo, tunc dicitur Ecclesia non habere quid ultrà faciat, quando adhibuit omnia remedia, ut corrigeretur, & Clericus incorrigibilis est, ita loquitur d. c. 10. Hoc igitur in casu habet Ecclesia quod faciat, nimirum, ut Clericũ in carcerem conijciat, c. Vt famæ, de sent. excom. c. Nouissimus, §. 1. de uerb. sig. Item, ut eum deponat, ut in d. c. 10. postea si erit incorrigibilis, tradetur Curiæ seculari puniendus.

Secũdùm argumentum est, quia tunc traditur Curiæ seculari, cùm periculum est, ne sit perditio plurimorum, ut dicit textus in d. ca. 10. Sed quando Clericus iam graue scelus committit, periculum tale est, Igitur tradendus est Curiæ seculari.

Respondeo, negando maiorem, quia non est tantùm periculum, sicut quando Clericus est incorrigibilis. Nam potest fieri ut post facinus admissum pœnitentiam agat & resipiscat: quæ spes non ita affulget; ubi in profundum malorum uenit, & factus est incorrigibilis.

Tertiùm argumentum, quia ob crimen falsi tradi potest Curiæ seculari, ut in d. cap. Ad falsariorum, de crimine falsi, Ergò multò magis ob aliud crimen grauius.

Respondeo, negando consequentiam: licet enim alia crimina multa sint grauiora quàm falsi crimen, non tamen in eis quicquam speciale constitutum est: nec licet nobis constituere; quia odia sunt restringenda potiùs quàm amplianda, c. Odia, de reg. iuris, lib. 6. & interpretatione leniendæ sunt pœnæ, quàm exasperandæ, l. Interpretatione, ff. de pœnis.

Quartùm argumentum sumitur ex cap. Nouimus, de uerborum signif. ibi: *Propter hoc uel aliud flagitium graue*, &c.

Respondetur, accipienda esse illa uerba de flagitio graui, propter quod aliàs iure constitutum est, Clericum esse degradandum, & Curiæ seculari tradendũ: Neque enim ibi noui aliquid statuitur: sed tantùm explicatur, quomodo tradendus sit Clericus Curiæ seculari & degradandus. Aut certè illa uerba accipienda sunt, data incorrigibilitate, secundùm tex. in d. cap. 10. de iudic.

Quintùm argumentum sumitur ex cap. Si quis laicus, 22. q. 5. sed intelligitur, si Clericus sit incorrigibilis, ut indicant illa uerba: *Nisi per dignam pœnitentiæ satisfactionem emendauerit*, quæ proculdubio etiam ad Clericos, de quibus postea fit mentio, extendenda sunt, ne melioris sint conditionis Laici, quam Clerici.

Cætera argumenta pauca sunt & leuia, quæ rectè refellit Decius in d. c. At si Clerici.

D. Præceptor meus Tiberius Decianus in cons. 82. lib. 2. mentionem facit Constitutionis cuiusdam Pau-

A li III. Pontificis Maximi, qua concedit licentiam Iudicibus secularibus (assistente tamen etiam Iudice Ecclesiastico) cognoscendi crimina Clericorum atrociora. Sed eam Constitutionem non uidi, quæ procul dubio seruanda erit, si extat.

CAPVT XXX.

Vsurarum crimen, an sit merè Ecclesiasticum, an verò mixti fori?



Vm quæritur, an vsurarum crimen sit merè Ecclesiasticum, an verò mixti fori, tam videlicet Ecclesiastici, quàm Secularis; tres præcipuæ sunt Doctorum sententiæ. Vna, merè Ecclesiasticum esse. Altera, mixti fori esse. Tertia, distinguendum fore inter quæstionem iuris & facti, nam quæstionem iuris à solo Ecclesiastico Iu-
B dice decidendã, quæstionem verò facti decidi posse etiam à Iudice Seculari. Vide Glos. & Doctores, in c. Cùm sit generale, de foro competen. & in Clem. Dispendiosam, de iudic. Natiam cons. 198. nu. 25. Rolandum à Valle, cons. 75. lib. 1. Beroum cons. 107. nu. 19. li. 3. Federicum Senensem cons. 96. Decium cons. 18. Lapum Allegatione 56. & 70. Clarum §. Vsura, vers. Infertur, & vers. Hoc crimen, & q. 37. vers. Quæro igitur, Couuar. in Epitome de sponsalib. 2. parte, cap. 8. num. 5. & lib. 2. Variar. resol. cap. 3. Cacheranum decis. Pedemontana 137. Lupum in tract. de Vsuris, Comment. 4. §. 4. num. 66. Menochium de arbitr. Casu 398. nu. 41. Nauarrum ad c. Nouit, de Iudicijs, not. 6. Corolario 12. plurimos alios citat Farinacius diligentissimus autor tit. de Inquisitione, q. 8. num. 134. 135.

Fundamentum eorum qui docent, merè Ecclesiasticum esse, primò est in Clem. Dispendiosam, de Iud. vbi cognitio & caussa vsurarum connumeratur inter
C alias caussas Ecclesiasticas. Secundò, in quibusdam textib. Iuris Canonici, quibus hæc res mandatur Iudicib. Eccles. ca. 1. & 2. & c. Præterea, de vsuris. Tertiò, quia Iure Ciuili vsuræ non sunt prohibitæ; nisi modus à lege præscriptus excedatur, l. Eos, & toto tit. C. de vsuris.

Alterius autem sententiæ, quæ defendit crimen istud esse communis fori, fundamentum est in c. Post miserabilem, de vsuris, vbi S. Pontifex Secularibus Iudicibus mandat, vt de vsuris iudicent. Secundò, quia nullus textus Iuris Canonici proferri potest, quo eiusmodi cognitio Secularibus Iudicibus fuerit interdicta: nec vlla suppetit ratio, cur interdici debeat. Tertiò, quia nouo iure Iustiniani videntur etiam prohibitæ vsuræ, ex Nouella de Ecclesiasticis titulis, Quatenus, ibi Iustinianus quatuor Concilia approbauit, quibus vsuræ prohibentur.

D Tertiæ porrò sententiæ fundamentum est, quia vbi quæstio facti est, ibi nihil impedit Iudicem secularem, quò minus cognoscat, cùm longè remotum sit factum ab Ecclesiastico iure ac spirituali, secus vbi quæstio iuris vertitur, quia illa Ecclesiastica est, & ad animæ salutem pertinet, quamobrem uidetur etiam ab Ecclesiastico iudice desinienda.

Ego magis probo sententiam eorum, qui dixerunt, quæstionem hanc mixti fori esse, eamque seruari uidi in locis, in quibus uersatus sum: quia etiam Principes seculares puniunt usurarios, & meritissimo iure. Rectè enim S. Gregorius Nissenus hom. 4. in Ecclesiasten: *Fœnus qui aliud latrocinium & parricidium nominauerit, non procul ab eo, quod decet, aberrauerit. Quid enim refert an clanculum perfossis muris prædonis more aliena habeas, & prætereuntes cæde te eorum, quæ habent dominum constituas: an fœnoris necessitate acquiras ea, quæ ad te non pertinent?*

Monet autem me potissimùm, quod etiam iure

ciuili

ciuili saltem tacitè prohibitæ sunt usuræ, quia Iustinianus in Nouella de Ecclesiasticis titulis, seruari instit decreta Concilij Nicæni, in quo usuræ prohibitæ fuerunt, ut refertur in cap. Quoniam, 47. dist. Si enim prohibentur Iure Ciuili, cur non & Magistratus secularis, qui iuris ciuilis custos est, & executor, punire inobedientes poterit, atque adeò cognoscere caussam usurariæ prauitatis?

Non obstat quod dicitur quæstionem usurarum referri inter Ecclesiasticas caussas & quæstiones: & iudices Ecclesiasticos de eis cognoscere, quoniam nō negamus, etiam ad iudices Ecclesiasticos cognitionē istam pertinere, quia dicimus mixti fori esse: Non est Iure Canonico huius tei cognitio prohibita secularibus iudicibus. Non est merè Ecclesiastica quæstio, & hoc sufficit, ut & ad seculares iudices pertinere quoque uideatur.

CAPVT XXXI.

De Clerico & Laico simul crimen committentibus, an ab Ecclesiastico iudice ambo puniendi sint & iudicandi, an quilibet à suo iudice.

Antiqua, celebris, & sæpè agitata controuersia est, an si Clericus & Laicus simul commiserint aliquod delictum, ambo à iudice Ecclesiastico iudicandi sint, atque puniendi, an uerò quilibet à suo iudice.

Ad Ecclesiasticum iudicem duntaxat totam huius caussæ cognitionem pertinere, docuisse dicitur olim Antonius de Prato, quem non legi, in l. 1. ff. quæ senté. sine appell. rescind. & hanc sententiam secuti sunt cōplures alij, quos commemorat Menochius de arbitr. Casu 371. num. 13. Illustrissimus Cardinalis Albanus consi. 13. & alij à Farinacio nouissimè citati, tit. de Inquisitione, q. 8. num. 151.

Sed contrariam sententiam plurimi alij habuerūt, ut percipere licet ex Didaco Couuar. Pract. Quæst. ca. 34. Aymone Crauetta, consi. 232. Osasco decis. Pedemontana 103. num. 10. Anton. Gomes. tit. de Delictis, cap. 10. num. 6.

Prioris sententiæ fundamentum est, quià iudex Ecclesiasticus est dignior: & ideo trahit ad se iudicem laicum, tanquam minus dignum: Et quia ratione communionis multa sunt constituta, quia aliàs non permitterentur, cap. Per tuas, de arbitris. cap. Quanto, de iudic. c. Quod in dubijs, de consecratio. Eccles. cap. Sacris, de sepult. cap. Non eximemus, 1. q. 2. l. Quæ religiosis, ff. de rei uind. l. Si alieni, ff. de solut. l. Si communem, ff. Quemadmodum seruit. amittat. l. Eum qui ædes, ff. de usucap.

Huc accedit continentiam caussæ diuidendam non esse, l. Nulli, C. de iud. Quod fieri uidetur, si iudex Ecclesiasticus & secularis separatim cognoscant.

Denique fieri posset, ut diuersæ proferantur sententiæ in uno eodemque negotio, si diuersi iudices constituantur: Quod absurdum uidetur.

Sed profectò, fundamentum hoc non uidetur satis firmum. Primò, quia text. in cap. Per tuas, de arbitr. nihil aliud dicit, nisi caussæ spiritualis arbitrum constitui posse Laicum simul cū Clerico. Cætera iuris Canonici loca nihil prorsus ad hanc quæstionem conferunt. Iuris ciuilis loca loquuntur de rebus indiuiduis: de quibus hic non agitur. Consequentia illa bona nō est. Dignior est iudex Ecclesiasticus, Ergò tantum ipse cognoscere debet. Bona esset collectio, si unus tātum iudex hac in re constituendus esset, uel Ecclesiasticus, uel secularis, tunc potius Ecclesiasticus, tanquam dignior, eligendus foret: sed non uersamur in his terminis: Nihil enim prohibet, quò minus uterque iudex cognoscat: Ecclesiasticus quantum ad personam Clerici: secularis quantum ad personam Laici.

Continentia caussæ hic nulla est: quia diuersæ sunt personæ delinquentes, l. Item Mella, §. Sed & plures, l. Ita uulneratus, in fine, ff. ad l. Aquil. nec alterius caussa & persona alteri annexa est: Neque de his rebus agitur, de quibus ad eundem iudicem eundum sit, secundum l. 1. & 2. ff. de quibus rebus ad eundem iudicem eatur.

Absurdum verò nullum est, diuersas proferri sententias, cùm de caussa agatur diuersarum personarum, ut patet ex cap. Interrogatum, 2. q. 5. ex l. Si quis uxori, in principio. ff. de furtis, ex l. Probius, ff. de incendio, ruina, naufragio.

Fundamentum posterioris sententiæ est in Iuris Regula notissima, quæ mandat Ecclesiastico iudici cognitionem caussarum Clericorum, & seculari iudici Laicorum. c. Clerici, c. Cùm ab homine, de iudic. cap. 2. c. Si diligenti, de foro compet. c. Si Clericus, cap. Licet, eodem tit.

Hoc fundamentum uidetur mihi firmissimum: quare nihil proponi uideo, cur à Iuris Regula in hac facti specie recedamus, quam posterior sententia pro se habet apertam.

CAPVT XXXII.

Pœnæ constitutæ in l. Quisquis, C. ad legem Iuliam Maiestatis, an locum habeant in eis qui Principes inferiores offendunt.

De crimine læsæ Maiestatis quinque sunt præcipuæ atque celebriores controuersiæ quas totidem capitibus expediam, Iustinianæum ius, non cuiusque Principis leges sequendo, vel mores. Prima est, an pœnæ constitutæ in l. Quisquis, C. ad legem Iuliam Maiestatis, locum habeant in eis qui Principes inferiores lædere conantur, aut etiam offendunt. Sunt quatuor Doctorum sententiæ diuersæ. Prima est, locum habere. Secunda, locum non habere. Tertia, distinguendū inter inferiores Principes, qui superiorem recognoscunt, & eos qui non recognoscunt. Quarta, distinguēdum esse inter ipsum delinquentē, & filios eius: Quo ad ipsum delinquentem, pœnæ locum fore, secus autem quoad filios eius. Videas Clarum, in §. læsæ Maiestatis. Rolandum à Valle, consi. 88. lib. 2. Petrum Gregorium Tholosanum Syntagmate Iuris, par. 3. lib. 35. cap. 3. celebre consilium Socini senioris 275. lib. 2. Gomes. tit. de Delictis, cap. 2. Gigantem in suo tractatu in 5. pat. q. 29. & q. 65. Cepolam consil. 17. Menochium consi. 99. Marcum Antonium Peregrinum, de iure fisci, lib. 4. tit. 5. nu. 24. isti plurimos alios citant, ex quibus autorum catalogum conficere quis potetit pro suo arbitratu.

Qui putant locum habere easdem pœnas in proposita facti specie, in hanc sententiam adducuntur duobus potissimum argumentis. Primum est, quia huiusmodi pœnæ constitutæ sunt aduersus eos, *qui de nece virorum illustrium, qui consilijs & consistorio Imperatoris intersunt: Senatorum etiam vel cogitauerit.* d. l. Quisquis. Ergò multò magis locū habere debent aduersus eos qui de nece Principum inferiorum cogitauerint, quia isti digniores ac nobiliores esse uidentur, quàm Senatores & Consiliarij Cæsaris.

Verùm hoc argumentum nihil mouet. Nam dato quod sint digniores, pœna tamen extendi non debet ad eos, qui lege non sunt comprehensi. Lex enim eam pœnam statuit, quia is qui de nece talium virorum cogitat, Imperatorem ipsum offendit. *nam & ipsi*, inquit,

pars

pars corporis nostri sunt, in d.l. Quisquis. Hæc autem ratio locum non habet in alijs Principibus, qui Consistorio Imperatoris non intersunt, nec Imperatori militant: Neq; enim ij pars corporis eius dici possunt.

Alterum argumentum est, quia Principes inferiores in sua ditione idem ius eandemque potestatem habere videntur, quam Imperator in suo Imperio. Ergò, si quis eos offenderit idem crimen committit, ideoque eandem pœnam subire tenetur.

Sed vt antecedens concedatur, negari meritò consequens potest: quia lex clara est: de crimine læsę Maiestatis loquitur commisso aduersus Imperatorem, & Consiliarios, & Senatores eius, eosque qui ipsi militant Imperatori: Isti autem nec tantam habent dignitatem, quantam Imperator habet: nec ipsius Maiestati æquiparandi sunt: nec Imperatoris sunt Consiliarij, vel Senatores, nec ei militant.

Fundamentum eorum qui distinguunt inter Principes Superiorem recognoscentes & non recognoscentes, in eo est positum, quod in Principibus qui Superiorem non recognoscunt, argumenta iam allata locum habere videntur, non autem in eis qui Superiorem recognoscunt, quia horum status & maiestas longè minor est.

Sed vt maximè sit verum, quod asseritur discrimẽ, non tamen rectè infertur easdem pœnas locum habere, cùm agitur de crimine commisso in Principes qui Superiorem agnoscunt: quia vt iam dictum est, argumenta illa facilè possunt confutari.

Eorum autem qui distinguunt inter ipsum delinquentem & liberos eius, firmamentum est: quia quantum ad filios attinet, seuera valdè ac rigoris plena est lex, cùm filij non deliquerint: & pœna suos autores tenere debeat, l. Sancimus, C. de pœnis (qua lege corrigi, l. Quisquis, docuit Budæus, & malè, sicut ostendit Duarenus lib. 2. Disputationum, cap. 24.) Quam ob rem non videtur ad alios casus extendenda, qui eadem lege comprehensi non sint.

Hæc sententia in hac parte summam habet rationem: sed in altera parte, quæ ad personam delinquentis pertinet, nullo satis firmo nititur argumento.

Ergò eorum sententia probabilior videtur, qui negant pœnas dictæ l. Quisquis, locum habere in eis, qui crimen committunt aduersus inferiores Principes. Hanc sententiam ego amplector, & secutus sum, cùm ex facto res proponeretur. Fundamentum est solidum, quia d.l. Quisquis, non loquitur de his Principibus: Nostrum non est leges extendere ad diuersas personas & casus: presertim in odiosis & pœnalibus. Huc que maximè adferri potest vulgatum illud: *Quod lex non dicit, nec nos dicere debemus*. Nouam legem condere, non veterem interpretari videbimur, si eam sic nostra interpretatione ad alios producamus, de quibus ea non statuit. Ita iuri consentaneum puto, saluo melius ac æquius sentientium iudicio.

CAPVT XXXIII.

Quando ob Crimen læsæ Maiestatis, memoria defuncti damnari possit?



Lpianus: Extinguitur enim crimen mortalitate, nisi quis forte Maiestatis crimine reus fuerit, &c. Planè non quisquis legis Iuliæ Maiestatis reus est, in eadem conditione est, sed qui perduellionis reus est, hostili animo aduersus Rempub. vel Principem animatus. Cæterùm, si quis ex alia caussa legis Iuliæ Maiestatis *reus sit, morte crimine liberatur.* l. vlt. ff. ad l. Iul. Maiest. Idem in §. Publica, in Instit. de pub. iudic.

Igitur non rectè docuerunt, qui defuncti memoriam damnari responderunt, ob crimen commissum

A in alios Principes inferiores, veluti Cepolla consi. 17. Berous consi. 61. lib. 1. & alij, quos refert Peregrinus, de iure fisci, lib. 4. tit. 5. post nu. 26. quia nulla est Lex, ita se aliquid dicens. Nulla ratio suppetit. Iuris regula obstat. Nec odia extendi oportet, sed potius restringi.

Non rectè etiam illi, qui id locum habere voluerũt eos, qui crimen admiserunt in Principem vel Rempub. nemini subiectam, quorum mentionem facit Peregrinus vbi suprà, num. 24. quia nulla Lex est, nulla ratio hoc suadet.

Non etiam rectè qui dixerunt, defuncti posse memoriam damnari, qui aduersus Officiales Cæsaris deliquit, eiusque Magistratus: quia non est Lex hoc statuens. Non enim hoc euincit l. Quisquis, C. ad l. Iul. Maiestat. quia non rectè infertur. Alias & grauiores pœnas statuit, Ergò & defuncti memoriam posse damnari. Notanda enim est l. pen. eodem titulo: *Meminisse oportebit, si quid contra Maiestatem Imperatoris*

B *commissum dicatur, etiam post rei mortem id crimen instaurari solere*. Idem in l. vlt. Nullum verbum de offendentibus Officiales & Magistratus, ibi: *sed de his qui contra Maiestatem Imperatoris crimen committunt.*

Non mouet Henrici Constitutio in Extrauag. Qui sint rebelles, quia hoc tantùm vult, rebelles esse qui contra Officiales in his quæ ad commissum eis officium pertinent, aliquid moliuntur. Sed nihil dicitur de memoriæ damnatione.

Rectè igitur docuerunt & iuri conuenienter qui dixerunt, in istis duobus casibus tantùm defuncti memoriam damnari posse, cum quis contra Imperatorem, vel Remp. hoc est, Romanum Imperium, hostili animo fuerit animatus, vel aliquid machinatus. Bartolus in Extrauag. Qui sint rebelles, in verbo Rebellando. Angelus consil. 213. Socinus senior consil. 275. li. 2. Decius consil. 410. num. 26. alios citat Pere-

C grinus, lib. 4. de iure fisci, tit. 5. num. 27. quibus adde Andream Geyll, lib. 1. de Pace publica, cap. 20. num. 10. & cap. 19. num. 14. eod. lib. D. meum Decianum tract. criminali, lib. 7. cap. 39. num. 38.

CAPVT XXXIV.

In casibus in quibus ob Crimen læsæ Maiestatis, defuncti memoria damnari non potest, an publicari bona possint?



Eperit hanc Controuersiam Vlpianus, in l. vlt. ff. ad leg. Iul. Maiestat. sic dicens: *Extinguitur enim crimen mortalitate, nisi quis fortè Maiestatis crimine reus fuerit. Nã nisi hoc crimen a successorib. purgetur, hæreditas fisco vindicatur. Planè non quisque legis Iuliæ Maiestatis reus est in eadem conditione: sed qui perduellionis reus est ho-*

D *stili animo aduersus Rempub. vel Principem animatus. Cæterùm, si quis ex alia caussa legis Iuliæ Maiestatis reus sit, morte crimine liberatur*, iuncta l. vlt. C. eod. tit. dum ibi dicitur, *memoria eius damnetur, & eius bona successoribus eripiantur.*

Videntur his legibus hæc duo coniungi, defuncti memoriæ damnatio, & bonorum publicatio. Consequenter si defuncti memoria damnari non possit: nec eiusdem bona confiscari poterunt: hoc est, post delinquentis mortem confiscari non poterunt; ita hanc rem intellexisse videntur Angelus in cons. 223. Ruinus cons. 3. num. 12. lib. 5. Angelus Aretinus in §. Publica, num. 3. Instit. de pub. iud. Isernia in c. 1. tit. quæ sint regalia, in verbo, *Commutentium*, col. pen. vers. Quæri consueuit. Cepolla cons. 17. col. 2. vers. Et ideo videtur. Hieron. Gigas de Crimine læsę Maiestatis, lib. 1. tit. Qualiter, in crimine læsæ Maiestatis procedatur, q. 10. nu. 5. Rolandus à Valle cons. 1. nu. 22. lib. 3.

Con-

Contrarium Menochius respondit in consil. 99. num. 52. cum multis sequentibus, lib. 1. dicens, hæc, simul connexa non esse. Damnare memoriam scribit nihil aliud esse, quàm nomini perpetuam infamiæ notam inurere, plus esse damnare memoriam, quàm bona publicare, ideo non rectè sic inferri. Memoria damnari non potest, igitur nec bona publicari possunt: quia à maiori ad minus valet argumentum affirmatiuè, non autem negatiuè.

Sed pace tanti viri, Vlpianus loquitur de solâ bonorum publicatione, & ait, *non quisquis legis Iuliæ Maiestatis reus est, in eadem conditione est, sed qui perduellionis reus est*, &c. vt scilicet hæreditas fisco vindicetur, vt suprà dixerat. Sic & in l. 20. ff. de Accusat. Modestinus scribit, pœnam ademptionis bonorum non transire aduersus hæredes, *excepto Repetundarum & Maiestatis iudicio, quæ etiam mortuis reis quibuscum nihil actum est, adhuc exerceri placuit, vt bona eorum fisco vindicentur.* Exercetur iudicium contra defunctum, non vt condemnetur (nec enim mortuus damnari potest) sed vt pronuncietur eum delictum commisisse: vt scilicet bona eius publicentur. Et hæc est procul dubio damnatio memoriæ defuncti, cuius fit mentio in l. vlt. C. ad l. Iul. Maiestatis, vt post alios quos citat, declarat Peregrinus de iure fisci lib. 4. tit. 5. num. 43.

Cùm igitur Vlpianus in d. l. vlt. ff. ad legem Iuliam Maiestat. nullam aliam faciat mentionem damnationis memoriæ defuncti, quàm ratione confiscationis bonorum: Et expressè dicat, bona confiscari tantummodo eius, qui perduellionis reus est: nec contrarium dicatur in d. l. vlt. C. eodem tit. non satis perspici potest, quo pacto bona confiscari possint, post mortem committentis crimen læsæ Maiestatis in alio capite, quàm perduellionis, quia in aliis capitibus morte crimen extinguitur: nec hæreditas fisco vindicari potest ex mente Vlpiani. Non video quid ad hæc responderi possit. Non enim nitimur eo argumento. Memoria defuncti damnari non potest: igitur nec bona confiscari possunt. Sed alio argumento vtimur. Morte crimen extinguitur, excepto crimine læsæ Maiestatis, &c. ob quod etiam post mortem delinquentis iudicium inchoari potest, vt reo conuicto (vel vt Vlpianus loquitur, nisi hoc crimen à successoribus purgetur) hæreditas fisco vindicatur. Hoc autem accipiendum est in perduellionis reo, qui aduersus Principem vel Remp. hostili animo fuerit animatus: *Cæterum, si quis ex alia caussa reus legis Iuliæ Maiestatis sit, morte crimine liberatur.* Ergo extra crimen perduellionis, bona confiscari post mortem delinquentis non possunt. Ita mihi sanè videtur.

CAPVT XXXV.

Controuersia inter Dynum & Bartolum, an ob Crimen læsæ Maiestatis, ipso iure bona confiscentur?

IPso iure confiscari bona, in Crimine læsæ Maiestatis, olim docuit Dynus ad l. Imperator, ff. de iure fisci, cuius sententiam multi probarunt, Lucas de penna, in l. 1. C. de petitio. bonor. sublatis, Boerius decis. 277. num. 12. Iulius Clarus in §. Læsæ Maiestatis. Menochius cons. 99. nu. 160. lib. 1. D. meus Decianus in tractatu criminali, lib. 7. capit. 40. num. 6.

Fundamentum est in l. Ex iudiciorum 20. ff. de Accus. illis verbis: *Adeò vt Diuus Seuerus & Antoninus rescripserunt, ex quo quis aliquid ex his caussis crimen contraxit, nihil ex bonis suis alienare aut manumittere eum posse.* Et in l. vlt. C. ad l. Iul. Maiest. in illis verbis *Nam ex quo sceleratissimum quis consilium cœpit, exinde quodammodo sua mente punitus est. Sic & Diuus Seuerus & Antoninus constituerunt, ex quo quis tale crimen contraxit,*
A *neque alienare, neque manumittere eum posse: nec ei soluere iure debitorem magnus etiam Antoninus rescripsit.* Et in l. Quisquis, C. eodem tit. ibi. *Bonis eius omnibus fisco nostro addictis.*

Sed contrarium docuit Bartolus in d. l. Imperator. ff. de iure fisci, quem secuti sunt Paulus, Castrensis, Ludouicus Romanus, Baldus, Imolensis, Aretinus, Isernia, Bossius, Grammaticus, & Gigas, quos refert & sequitur Peregrinus de iure fisci, lib. 5. tit. 1. nu. 171. Addo ego doctissimum iuxta & elegantissimum Doctorem Antonium Fabrum Coniecturarum Iuris libro septimo, cap. 20. Isti docent huiusmodi crimen committentem amittere bonorum suorum administrationem, quia nec ea alienare, nec donare potest: nec seruos manumittere, sed dominium retinere, & ideo ipso iure bona ipsius non confiscari, sed condemnatoriam sententiam requiri: legesque pro confirmatione prioris sententiæ allatas de tali amis-
B sione administrationis loqui, non autem de amissione dominij.

Fundamentum ponunt in l. Quæsitum, 15. ff. qui, & à quibus manumiss. Paulus: *Quæsitum est, an is qui Maiestatis criminis reus factus sit, manumittere possit, quoniam ante damnationem dominus est? Et Imperator Antoninus Calpurnio Critoni rescripsit, ex eo tempore, quo quis propter facinorum suorum cogitationem, iam de pœna sua certus esse poterit, multò prius cogitatione & scientia deliberum, quam damnatione ius dandæ libertatis eum amisisse.*

Respondet D. Decianus, rationem quidem dubitandi fuisse, quia delinquens dominus est ante damnationem, sed rationem decidendi fuisse, *quia si post damnationem non poterat manumittere, quia scilicet non erat dominus, ergo multò plus post cogitationem & conscientiam delicti, quia voluit inferre: si ideo per sententiam amittit dominium, quia iam certus est, quod est priuatus, quia sententia*
C *facit notorium, ergo multò magis certum est ex propria sua conscientia, quæ falli non potest: Et sic coniungendo rationem dubitandi cum ratione decidendi, & decisione ipsa fateri necesse est, quòd sicut per damnationem amittit dominium, ita & amittit antè postquam cogitauit delinquere: aliàs non fuisset soluta ratio dubitandi, quæ erat, quod ante condemnationem dominus est. Nam si voluisset dicere rationem decisionis esse, quia aliud est amittere dominium, aliud amittere administrationem, simpliciter dixisset manumittere non potest, licet dominus remaneat vsque ad sententiam.* Sic D. Decianus.

Mihi probabilior videtur posterior sententia. Primò, quia disertè Paulus scribit in d. l. Quæsitum, reum læsæ Maiestatis dominum esse ante damnationem. Ergò non sunt ipso iure bona confiscata, quia tunc dominus esset fiscus, non ipse reus læsæ Maiestatis.

Secùdò, quia si ipso iure dominium bonorum reus
D læsæ Maiestatis amitteret: inanis esset dubitatio, an posset alienare, vel manumittere; nec erat opus ei bonorum administrationem interdicere.

Tertiò, nam sciendum est, post contractum crimen capitale, irritas fieri alienationes bonorum, si postea secuta sit condemnatio, quasi videantur factæ in fraudem fisci, cùm non sine suspicione pœnæ fieri possint: Et istud est quod Martianus scribit in l. 8. ff. de Manumissio. Ex Rescripto diui Pij, *Libertates ab eo qui iam lege Cornelia damnatus esset, aut futurum prospiceret vt damnaretur, seruis datas non competere*, quia videlicet in fraudem fisci datæ videntur, condemnatione scilicet postea secuta: nam si condemnatio secuta non sit, donationes factæ valent, quæ est sententia, l. Post contractum, ff. de donation.

Hæc autem distinctio an secuta sit condemnatio, nec ne, locum non habet in Crimine læsæ Maiestatis: quia condemnatio semper fit etiam mortuo delinquente, cùm cætera crimina morte extinguantur,

&

& hæc est sententia l.20. ff. de Accus. & l. vlt. C. ad l. Iul. Maiest. Hinc Papinianus: *Perfecta donationes esse nõ possunt post crimen perduellionis contractum, cùm hæredes quoque teneat.* l. Donationes, 32. §. vlt. ff. de donatio. Ex quibus perspici potest, eas leges non hoc velle, reum Criminis læsæ Maiestatis, ipso iure dominium bonorum suorum amittere: sed administrationem, quia bona sua donare non potest: nec alienare: nec seruis libertatem dare. Ratio est: quia iam conscientia delinquentis eum certum facit, fore vt condemnetur: nec morte condemnationem euadere possit. Ergò in fraudem fisci bona sua alienare non potest, l. In fraudem, ff. de iure fisci, in terminis nostris text. expressus in l. Quisquis, §. Emancipationes, C. ad l. Iul. Maiestat. ibi: *Quas ex eodem tempore qualibet fraude*, &c.

Ex quibus responsio patet, tam ad leges pro sententia priore allegatas (nam earum sensus est quem dixi) quàm ad argumentum D. Deciani. Nam quod scribit Paulus in d. l. Quæsitum, 15. ff. qui, & à quibus manumissi, &c. *Ex eo tempore quo quis propter facinorum suorum cogitationem, tam de pœna sua certus esse poterat, multò plus cogitatione & scientia delictorum, quam damnatione ius danda libertatis eum amisisse*, hoc, inquam, Pauli responsum ex Imperatoris Antonini Rescripto, congruit cum eo Rescripto, cuius mentio fit in d. l. 8. ff. de manumissio. *Libertates ab eo qui iam lege Cornelia damnatus esset, aut futurum prospiceret, vt damnaretur, seruis datas non competere.* In Crimine verò læsæ Maiestatis, reus prospicere semper potest se condemnatum iri, quia etiam post mortem condemnatur memoria eius, & bona hæredibus auferuntur, vt in d. l. vlt. C. ad l. Iul. Maiest. in l. vlt. ff. eodem tit. & in d. l. 20. ff. de Accus. Amittit enim reus bonorum suorum administrationem, ne in fraudem fisci ad quem peruentura sunt, aliquid agat, l. In fraudem, ff. de iure fisci. Sed antequam condemnatus sit, dominus est, vt in d. l. Quæsitum. Ratio enim dubitandi in ea lege est, quã dixi, non autem quia dominium reus criminis amiserit ante damnationem: quia si amisisset, nulla ratio dubitandi erat, cur ei interdicta esset bonorum suorum administratio, ac serui manumissio.

Porrò, quòd Menochius d. cons. 99. num. 160. scribit ex d. l. 20. ff. de Accus. non requiri sententiam condemnatoriam in Crimine læsæ Maiestatis, quia textus dicit: *Non aliàs transeunt aduersus hæredes pœna bonorum ademptionis, quam si lis contestata, & condemnatio fuerit secuta, excepto Repetundarum & Maiestatis iudicio.* Id, inquam, parum obstat, quia non rectè infertur, condemnationem non requiri in Crimine læsæ Maiestatis; nam requiri probat text. in d. l. Quæsitum, ff. Qui, & à quib. manumissi, &c. sententia legis est, post mortem rei perduellionis iudicium exerceri posse aduersus hæredes, vt bona fisco vindicentur. Eo iudicio conuinci reum oportere, & damnari eius memoriam, indicat l. vlt. C. ad l. Iul. Maiestat. ibi: *vt conuicto reo, memoria eius damnetur, & eius bona successorib. eripiantur.* Eripiuntur igitur bona successoribus, & fisco vindicantur reo conuicto, & sententia damnationis memoriæ eius secuta: secus si ab hæredibus crimen purgetur, vt in l. vlt. ff. eod. tit. Quod si reus criminis non sit mortuus, procul dubio condemnandus erit: nec de eo loquitur d. l. 20. ff. de Accusat.

Sic etiam interpretor verba l. Quisquis, C. ad l. Iul. Maiestat. *Bonis eius omnibus fisco nostro addictis*, vt non ipso iure publicationem bonorum inducant; sed post condemnationem, quia ante damnationem Dominus est, d. l. Quæsitum.

CAPVT XXXVI.

Vtrum hæreditates, quæ filijs rebellium deferuntur, fisco applicentur.

IMperator Arcadius, in l. Quisquis, §. Filij, C. ad legem Iuliam Maiestatis, sic ait: *Filij verò eorum quibus vitam Imperatoria specialiter lenitate concedimus (paterno enim deberent perire supplicio in quibus paternum, hoc est, hæreditarij criminis exempla metuuntur) à materna vel auita omnium etiam proximorum hæreditate ac successione habeantur alieni: testamentis extraneorum nihil capiant: sint perpetuò egentes & pauperes. Infamia eos paterna semper comitetur: Ad nullos vnquam honores, ad nulla prorsus Sacramenta perueniant. Sint postremò tales, vt his perpetua egestate sordescentibus, sit & mors solatium, & vita supplicium.*

Ex facto proponebatur, an hæreditas eiusmodi filijs delata, fisco sit applicanda, an verò proximioribus ab intestato venientibus. Fisco applicandam esse censuerunt Cynus, Petrus, Albericus & Salycetus in Commentarijs illius loci, Iacobus Butrigarius, quem vidi & habeo, in l. 1. C. de hæred. instit. Parisius cons. 69. nu. 192. lib. 3. Idem sentit Imola in cap. 2. num. 44. 45. de testam. nec non Bossius de Crimine læsæ Maiestatis, num. 138. ibi: *Magna tamen est autoritas Salycet.*

Fundamentum præcipuum est in d. l. Quisquis, §. Vxores, vbi fiscus aufert ab his filijs, quod à matre habituri sunt: Cætera leuissima sunt argumenta ex Brocardicis petita.

Contrariam sententiam habuerũt Socinus senior, in cons. 275. num. 12. lib. 2. Fulgosius in d. l. Quisquis, in fine, & ibidem Angelus. Idem sensit Angelus de Maleficijs, in vers. *Hunc tradito.* num. 14. Menochius cons. 275. num. 26. lib. 3. Peregrinus, qui alios citat de iure fisci lib. 3. tit. 9. nu. 1. quibus & ipse consentio.

Fundamentum est solidum: quia nulla est lex quæ fisco applicet hæreditates filijs rebellium delatas. Cur igitur nos fisco ita fauere volumus, vt etiam alijs legitimis hæredibus iniuriam faciamus? Non sunt indigni, sed incapaces tales filij hæreditatum. Ait enim lex: *Ab hæreditate & successione habeantur alieni.* Et rursus: *Testamentis extraneorum nihil capiant*, non ergò eis fiscus auferre potest tanquam indignis: sed cùm incapaces sint, ad alios hæreditates deferuntur, vt in casu l. 1. C. de secundis nupt. Videntur quidem filij esse aliquo modo indigni: sed tamen id ex paterna culpa accidit.

Non obstat textus in d. §. Vxores. Primò, quia loquitur de bonis quæ mariti rebellis fuerunt: vnde meritò ad fiscum pertinent, non autem ad filios rebellium. Omnia enim bona rebellis confiscantur, exclusis filijs. Et licet ea bona vxoribus donata fuerint vel relicta: tamen non fuerunt eis pleno iure, & vt nostri loquuntur, irreuocabiliter acquisita, sed reuocabiliter: scilicet, si ad secundas nuptias conuolauerint, tunc enim ea tenentur filijs primi matrimonij reseruare, iuxta l. Fœminæ, C. de secund. nupt. Hoc igitur ius filiorum occupat fiscus, sicut & cætera bona ac iura patris perduellis. Hæc est igitur ratio cur bona eo in casu ad fiscum transeant, quæ specialis est, nec locum habere potest in alijs hæreditatibus maternis & auitis.

Secundò, non obstat, quia dato quod eadem ratio etiam in alijs casibus militaret: non tamen liceret nobis interpretatione tam graues pœnas in filios, qui nihil peccauerunt, constitutas, extendere atque ampliare, sed potius eas restringere debemus, l. Interpretatione, ff. de pœnis, c. Odia, de reg. iur. lib. 6.

CAPVT XXXVII.

Defuncto delinquente ante sententiam, confesso vel conuicto de crimine, an contra successores eius bona confiscari possint.



Odestinus: *Ex iudiciorum publicorum admissis non aliàs transeunt aduersus heredes pœnæ ademptionis bonorum, quàm si lis contestata & condemnatio fuerit secuta*, l. 20. ff. de accusatio.

Sed vtrum idem iuris sit, si reus decesserit cõfessus vel conuictus, nondum tamen condemnatus per sententiam? Variatum sententijs est, Bartolus affirmat, in l. 1. nu. 8. ff. de priuatis delict. Baldus ad l. 1. C. ex delicto defunctor. num. 3. vers. *Sed hoc dubitatur.* Senatus Pedemontanus apud Osascum decis. 149. Bossius titulo, Quomodo procedendum sit in crimine notorio, nu. 21. Vasquius Controuers. illustrium cap. 96. nu. 19. & multi alij, quos commemorat nouissimè Prosper Farinacius, tit. de Inquisitione, q. 10. nu. 56.

Fundamentum est, quia pari a hæc videntur esse, reum conuictum, vel confessum, vel condemnatum esse, l. Qui sententiam, C. de pœnis, quæ lex hoc non dicit, sed dicit neminem condemnandum, nisi confessus uel conuictus sit. Probabilius argumentum est ex l. vlt. C. de iure fisci, lib. 10. Vbi Theodosius: *Eorum patrimonia mortuorum, qui vita sua tempore diuersis conscientiam suam dicuntur polluisse criminibus, fisci rationibus nequaquam competere, vel ab eo alienari censemus, nisi post publicam accusationem eos constiterit fuisse conuictos.*

Sed tamen hoc argumentum non est satis firmum, quia illud verbũ, (*conuictos*,) nihil aliud ibi significat, quàm condẽnatos: nec enim antè conuicti videntur, quàm condemnati fuerint, ut rectè monuit Cujacius in Commentarijs dictæ legis, & ante eum Glossa ibi. C

Contrariã igitur sententiam habuit Antonius Gomes. de delictis, cap. 1. nu. 82. & Bursatus, qui alios citat, in cons. 77. nu. 24. lib. 1. in eandem sententiam procliuior est Peregrinus, de iure fisci, lib. 4. tit. 5. nu. 36. usque ad nu. 39.

Fundamentum est, quia licet confessio æquipolleat sententiæ, non tamen æquiualet rei iudicatæ, hoc est, sententiæ quæ nulla appellatione suspensa sit. Vt autem pœna confiscationis locum habeat aduersus successores defuncti, etiam condemnati, necesse est, ut sententia appellatione suspensa non fuerit: nam si appellationem reus interposuerit, & ea pendente mortuus fuerit, confiscationis quæstio cessat iuxta distinctionem, l. 3. C. si pend. appellat. mors. interuenerit.

Atque ex distinctione d. l. 3. Prosper Farinacius loco annotato existimat in proposita quæstione, locum esse bonorum confiscationi, reo confesso uel conuicto, si de crimine agatur, propter quod bona confiscãtur expresse, secùs autem si tacitè & in consequentiã bona confiscentur: Nam eo casu quo etiam post condemnationem rei quæstio bonorum publicationis extinguitur, morte ipsius rei appellatione pendente, multò magis extingui debet ante sententiam siue condemnationem, licet reus fuerit confessus, uel conuictus. D

Ego uerò absque distinctione ista, & omisso etiam argumento Gomesij, existimo, non esse locum confiscationi bonorum aduersus heredes reo defuncto ante sententiam, licet reus confessus fuerit uel conuictus: Mouet me ratio ista quia nulla est Lex hoc dicens; nec satis mirari possum, cur in re tam graui & odiosa (sicut confiscatio bonorum est) legibus sententiam requirentibus, ut ademptioni bonorum locus sit aduersus hæredes rei delinquentis, nos interpreta-

A tione nostra quasi nouam quandam legem inducere tentemus, si non expresse, saltem tacitè legibus contrariam, idem iuris eum reus confessus vel conuictus est; At lex ait, *si condemnatio fuerit secuta*. Hic non est condemnatio secuta, ergo morte crimen extinguitur, & confiscatio bonorum cessat, lex requirit condemnationem, quia per eam ius fisco acquisitum est, in bonis damnati. Reo ipso audito, & defensionibus eius, totaque re diligenter cognita ab eo, qui sententiam tulit; sed si ante condemnationem is moriatur, pœna est extincta, l. Defuncto, ff. de pub. iud. Rectè, nam ipse condemnari non potest, quia sententia non potest in mortuum ferri, l. vlt. ff. quæ sentent. sine appellat. rescindan. Damnari eius memoria non potest, nisi reus fuerit perduellionis, l. vlt. ff. ad l. Iul. Maiest. Iustum non videtur aduersus hæredes pronunciare, defunctum crimen commisisse, vt eis bona auferantur: quia non possunt hæredes tam facilè innocentiam rei demonstrare B aduersus confessionem eius vel testes, sicut reus ipse potuisset. Expectanda igitur sententia condemnationis est, vt bona hæredibus adimantur in publicis criminibus, exceptis ijs, quæ à Modestino commemorantur in d. l. 20. ff. de accusa. etsi quæ alia alijs legibus excepta sunt.

CAPVT XXXVIII.

Ad l. Si diutino, ff. de pœnis, vtrum pœna sit minuenda, vbi à patrato scelere multum tempus intercessit.



Odestinus, Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit: aliquatenus pœna eius subleuanda erit, l. 25. ff. de pœnis.

C Hic triumphabunt, qui Accursio, Bartolo, & sequacibus bellum indixerunt: quia non intellexerunt quid sit *in reatu esse longo tempore*. Docuerunt enim huius legis autoritate minuendam esse pœnam ei, qui crimen admisit, si longum tempus præterierit. Vide Tiraquellum de pœnis legum temperandis, Caussa 39. Antonium Gomes. tit. de Delictis, cap. primo, num. septimo, Clarum quæstio. 60. vers. Præterea potest, Afflict. decis. 287. Rolandum à Valle cons. 63. num. 10. libro tertio, Grammaticum cons. 39. num. 1.

Contra Alciatus lib. 2. Parergon. cap. 19. Corasius lib. 2. Miscellaneorum, cap. 20. Budæus in Adnurationibus ad hanc legem, quos secutus est Couuar. lib. 2. Variar. resol. cap. 9. nu. 2. *Reatus esse statum & conditionem, in qua rei erant, donec vel absoluerentur vel condemnarentur, olim inter eos relati in conspicua & miseranda calamitate erant capillo submisso, quem non antea fas erat rescindere,* D *quàm omnium sententijs absoluerentur squallore, & illuuie confecti, promissa barba, habitu sordido, pannoso, & (vt Budæus ait,) misericordiam aucupatere.*

Rectè hoc sanè recentiores docuerunt. Illud non rectè, mea quidem sententia; *Grauius vlciscenda crimina, quæ diu impunita fuerunt, tarditatemque vltionis grauitate compensandam esse.* Non rectè, inquam, contra Accursium, Bartolum & cæteros antiquiores, ita recentiores docuerunt, quia sic antiquiores dicunt minuendam esse pœnam ob temporis diuturnitatem in delictis momentaneis, quæ scilicet semel perpetrata sunt, secus in criminibus *successiuis*, id est, in quibus quis diu perstiterit, veluti est, hæresis, adulterium, & similia, in quibus quo diutius quis perstiterit, eò grauius coercendus est, quia diuturnitas temporis non minuit peccatum, sed auget, *tantoque sunt grauiora crimina, quantò diutius infelicem animam detinent alligatam*. cap. Non debet de consang.

&

& affinit. cap. vlt. de Consuet. c. Cùm haberet, de eo qui duxit in matrim. c. non satis, & cap. Cùm in Ecclesiæ, de Simonia. cap. Sicut nobis, in fine, de regula. rib. cap. Schisma, 24. quæstione prima. Præclarè Celsus in l. Inficiando, §. Infans, ff. de furtis: *Et quid tam ridiculum est, quàm meliorem furis conditionem esse propter continuationem furti existimare?* Atque huc spectant, quæ recentiores attulerunt, ad probandum grauius esse puniendà crimina, quò diutius impunita manserunt, eamdemque vindictæ grauitatem compensandam.

In delictis autem semel commissis, quæ in hoc proposito nostro Doctores momentanea appellarunt, dixerunt veteres, minuendam esse pœnam, summa quidem ratione & æquitate, si videlicet ex eo tempore, quo crimen quis admiserit, vitam suam ac mores correxerit, & virtutis argumentum præbuerit. Nam *pœna constituitur in emendationem hominum*, vt inquit Paulus in l. Si pœna, ff. de pœnis. Ergò si emendatio conspicitur, non videtur pœna esse necessaria; sed ne iustitia offendatur, statui poterit, veruntamen mitior & clementior ob specimen virtutis editum. Ergò recentiores verba legis fideliter & rectè explicarunt. Veteres autem veram solidamque doctrinam attulerunt. Tam hos quàm illos conuenit imitari, ne verba negligamus, & ne verbis nimium intenti, veras præclarasque sententias contemnamus.

CAPVT XXXIX.

Condemnatus in contumaciam vigore Statutorum, quibus contumax pro confesso & conuicto habetur, an sit admittendus ad nouas defensiones?

DVæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ hac de re. Prima, condemnatū hunc non esse audiendum, sed sententiam exequendam, ita Bartolus ad l. Diuus Adrianus, num. 4. ff. de custodia & exhibit. reor. & in l. 1. ff. de requireo. reis. Bossius titulo, Banniti quid amittant, num. 19. & 20. Clarus quæst. 40. vers. Quarto autem.

Fundamentum est: quia lata sententia Iudex functus est officio suo, nec potest eam retractare, l. Quod iussit, ff. de re indic. & quia contumax pro confesso & conuicto habetur ex forma statuti; ideo probatio in contrarium non admittitur, quasi hoc certum sit contumacem delictum commisisse. Et huic sententiæ in in terris Ecclesiæ adstipulatur expressè constitutio Pij V. Pont. Max.

Altera est sententia, audiendum esse condemnatum hunc, si velit suam innocentiam demonstrare. Ita Angelus, Salycetus, Castrensis, Alexander, Iason, & Decius, in l. Si is qui, C. qui testam. facere possunt, sequitur Menochius de arbitrar. Casu 416. num. 37. Rolandus à Valle consil. 60. lib. 2. Natta in consi. 444. lib. 2. Mynsingerus Centuria 2. Obseruat. 88. & quàm plurimi alij, quos refert & sequitur Prosper Farinacius, tit. de Inquisitione, quæstio. 11. num. 6. quibus addo Andræã Gevll, de Arestis Imperij, ca. 10. nu. 23. & Marcum Antonium Eugenium, in consl. 20.

Sed nullum video satis solidum fundamentum huius sententiæ ex Iustinianæo iure (licet Caroli V. Cōstitutio criminalis, art. 155. huic sententiæ adstipuletur) etenim adfertur primò l. 2. C. qui testam. facere poss. in illis verbis: *Eiusq; innocentia liquidis probationibus commendari potest à te*, quod sanè argumentum nullius est momenti, quia non ibi agitur de reo iam condemnato sententiam Iudicis.

Secundò adfertur l. Diuus Adrianus, ff. de custodia & exhib. reor. & l. Annus, ff. de requirend. reis, quibus

A similiter responderi potest, eas non loqui de reo condemnato, sed annotato.

Tertium argumentum, quia Iudex debet de innocentia rei quærere, l. Si non defendantur, ff. de pœnis, sed responderi potest, id esse accipiendum ante sententiam, non postea.

Quartum argumētum est, quia vera confessio prætextu erroris reuocari potest, l. 1. §. Si quis vltrò, ff. de quæst. Ergò multò magis ficta, quæ vigore statuti inducitur.

Responderi potest, argumentum locum habere ante sententiam, non post.

Quintum argumentum est, quia sententia hoc in casu lata, est ex probationibus non veris, sed fictis, quia scilicet contumax habetur pro confesso & conuicto. Ergò retractari potest, argum. l. Si qui adulterij, C. ad l. Iul. de adulter.

B Respondeo, in ea lege ita specialiter constitutam fuisse in odium eius, qui cognationis prætextu crimē depulerat ac proinde ad alios casus diuersos non facilè trahendum est.

Sextum, quia exceptio innocentiæ nunquam videtur exclusa. Respondeo, id verum esse ante condemnationem.

Septimum argumentum est: quia sententia retractatur, quæ lata est ex falsis probationibus, toto tit. C. si ex falsis instr. & c. Sed probationes falsæ fuere, si reus probet innocentiam suam, Ergo, & c. Respondeo, si falsi testes vel instrumenta proponerentur, argumentum militaret: sed hic non loquimur in ijs terminis, sed quando contumax vigore Statuti pro confesso & conuicto habetur.

Octauum argumentum est, quia si non admittatur reus, ad nouas defensiones accidere potest, vt innocēs puniatur, quod absurdū & iniquum est, l. Absentem, ff. de pœnis.

C Respondeo, absurdum quidem esse, vt innocens damnetur & puniatur: sed autoritas rei iudicatæ rescindi non debet.

Quid ergò concludendum? Respondeo, in ditione S. Pontificis seruandam esse super hac latam Constitutionem Pij V. addita interpretatione M. Antonij Eugenij, d. consil. 20. quia S. Pontifex illam admisit, vt nimirum ex Rescripto ipsius Principis condemnatus audiatur, & ad nouas defensiones admittatur.

In Imperio autem Romano seruanda erit Caroli V. Constitutio, cuius mentionem facit Mynsingerus d. Centur. 2. Obseruat. 88. vt nimirum condemnatus audiatur, si uelit innocentiam suam probare.

Quod si hæc quæstio ex Iustinianæo iure decidenda sit, non erit opus multum laborare, quia decisionē habemus ex l. 1. §. Si quis vltrò, ff. de quæstio. in illis

D uerbis: *Sed Præses pronuncia eum quem damnauit, restituere non potest, cùm nec pecuniariam sententiam suam reuocare possit: Quid igitur? Principi eum scribere oportet, si quando ex quo nocens videbatur, postea ratio innocentia cōstiterit.* Idem docet l. Diui fratres, ff. de pœnis, l. Moris est, §. Sed enim, ff. eod. & in l. Acta, 45. §. 1. ff. de re iudicata.

Ergò si condemnatus petat se admitti ad nouas defensiones, non debet Iudex exequi sententiam, sed tantisper differre, donec Principi scripserit, & ab eo Rescriptum acceperit, an velit eum admittere ad nouas defensiones.

CAPVT XL.

Stante statuto, vt contumax in delictis pro confesso & conuicto habeatur, vt condemnari possit, quæ requirantur probationes?

TRes animaduerti Doctorum sentẽtias hac de re. Vna est, requiri veras & legitimas probationes, ex quibus contumax conuincatur, ita Marsilius in practic. crimin. in §. Postquam, nu. 48. & in l. Vnica num. 129. C. de raptu virginum. Bossius tit. de requiren. reis, num. 1. & tit. Banniti, quid amittant. nu. 18. plurimos alios citat Farinacius, tit. de Inquisitione, q. 11. nu. 16.

Fundamentum est in l. Raptores, C. de Episcop. & Cleric. & in l. Vnica, C. de rapta virgin. in illis verbis: *Post legitimas & iure cognitas probationes*. & in ea. Deus B omnipotens, 2. q. 1. vbi S. Pontifex ait: *Nullum ante veram iustamq; probationem iudicare aut damnare debemus.*

Sed hoc fundamentum nullius planè momenti est: quia dictæ leges non loquuntur in ijs terminis, cùm videlicet contumax habetur pro confesso & conuicto: sed loquuntur secundùm iuris communis regulas. quibus procul dubio legitimæ probationes requiruntur.

Secunda opinio est, requiri saltem indicia, quæ ad torturam sufficiant, ita visus est sentire Natta consil. 594. nu. 14. lib. 3. Franciscus Becius cons. 11. num. 7. 8.

Sed nullum hæc sententia solidum fundamentum habet, quia si contumax vigore statuti pro confesso & conuicto habetur, non video cur opus sit alia quærere indicia, quæ ad torturam sufficiant.

Tertia igitur sententia est vera, & approbata, sufficere hoc in casu indicia legitima ad inquirendum; Nã inquisitione legitimè formata, si reus citatus non compareat, & contumax sit, pro confesso & conuicto habebitur, ac proinde condemnari poterit. Ita Io. Plotus cons. 72. nu. 16. inter cons. crimin. lib. 2. & ita decisum fuisse à Rotæ Romanæ Auditoribus Farinacius testatur loco annotato. Huicque sententiæ adstipulari videtur Pij V. Constitutio, contra contumaces edita, anno VI. sui Pontificatus, Idibus Septembris, in illis verbis: *Si tamen legitimis præcedentibus indicijs ad inquirendum promulgata fuerint*, &c. Atque ita sentio.

CAPVT XLI.

Vtrum etiam minor 25. annis comprehendatur in Statuto, quo cauetur, ut contumax in delictis habeatur pro confesso & conuicto, & condemnari possit.

DE Statuto quo constitutum est contumaces pro confessis & conuictis haberi, ac proinde cõdemnari posse per sentẽtiam definitiuam, nihil dicam amplius, si unà hanc controuersiam explicauero, an & minores 25. annis eo Statuto teneantur. Non teneri scribit Albericus, ad l. Cùm & minores, nu. 7. C. si aduersus rem iudic. & in tract. Statutorum, parte 3. q. 84. Augustinus Ariminensis ad Angelum de Maleficijs, in vers. *Quis dominus Iudex videns inquisitos*, &c. num. 3. Rolandus à Valle cons. 68. nu. 31. lib. 2. & cons. 94. nu. 32. lib. 4. & multi alij, quos refert & sequitur Farinaceus tit. de Inquisitione, q. 11. 26.

Argumenta sunt ista. Primum, quia minores 25. annis excusantur à dolo præsumpto, l. 1. §. vlt. ff. de eden. Ergò non incidunt in pœnam Statuti, de quo agitur,

A nisi sint in dolo vero, vt puta, si citati dixerint se comparere nolle.

Secundum argumentum est, quia minores 25. annis excusantur in delictis commissis in omittendo, l. 2. C. si aduersus delictum, l. Minoribus, C. de his quib. vt indignis. Sed tale est hoc delictũ contumaciæ, quia peccant minores non comparendo, Ergò excusandi sunt, nec incidunt in pœnam Statuti.

Tertium argumentum est, quia Statuta, quę pęnam statuunt cõtra, vel præter ius commune, minores 25. annis nõ comprehendunt, c. 2. de delictis puer. Sed tale est Statutum, de quo agitur, quia contra ius commune est, vt absens condemnetur, licet contumax sit vltrà relegationem, l. Absentem, ff. de pœnis. Ergò minores non tenentur eiusmodi Statuto.

Quartum argumentum est, quia etiam in criminalibus minores 25. annis non habent legitimam personam standi in Iudicio sine Curatoribus. l. 4. C. de au-
B tor. præstan. Ergò saltem eo casu, quo Curator interuenerit, condemnari non possunt. Nec obstat Statutũ hoc, quia interpretationem ex iure communi recipit, l. 2. de Noxalib. vt nimirum Curatoris autoritas interueniat in iudicio criminali.

Contrarium responderunt Baldus ad l. 1. C. de confessis Natta cons. 540. 541. 542. Menochius cons. 100. nu. 120. lib. 1. Dom. meus Decianus cons. 18. num. 176. lib. 1. Dom. meus Cephalus cons. 304. nu. 126. lib. 3. Isti docent, etiam minores 25. annis contineri hoc Statuto, & condemnari posse, etiam absque curatoris præsentia & autoritate.

Argumenta hęc sunt. Primum, quia Statutum hoc punit contumaces, habendo eos prò confessis. Sed minores 25. annis possunt esse contumaces, l. Minor etiam quasi contumax, ff. de minor. l. Si minor, ff. de bonis autor. iud. possid. Ergo etiam minores 25. tali Statuto comprehenduntur.
C
Secundum argumẽtum est, quia minores 25. annis comprehenduntur in Statutis generaliter loquentibus, c. Constitutis, de in integrum restit. Ergò & huiusmodi Statuto comprehendi debent.

Tertium argumentum est, quia cùm minor est contumax & nõ comparet in Iudicio citatus ob caussam criminalem, non potest à Curatore defendi, l. pen. §. Ad crimen, ff. de pub. iud. Ergò frustrà Curatoris autoritas hoc in casu interueniet, & desiderari videtur, quia scilicet nihil operatur.

Quartum argumentum est, quoniam in delictis minoribus 25. non succurritur, l. Auxilium, §. In delictis, ff. de minor. l. Si ex causa, §. Nunc videndum, ff. eod. tit. l. 1. C. si aduersus delictum.

Hæc posterior sententia videtur mihi probabilior, quia si minor ætas non excusat in delictis (nisi interdum ad minuendam pœnam,) consequens est, mino-
D res delinquẽtes his Statutis obligari, sicut alij maiores obligantur; quandoquidem in delictis nihil plus iuris habent minores quàm maiores, vt dixi.

Poterit tamen minoribus ob contumaciam condemnatis facilius ac promptius in integrum restitutio concedi, vt videlicet ad nouas defensiones admittantur.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, hic non agi de dolo præsumpto, sed de vero, hoc est, de crimine à minore commisso, propter quod contumax pro confesso & conuicto habetur.

Ad secundum respondeo, non hic agi delictis, quæ in omittendo consistunt, sed in committendo, quia minor crimen commisit: ob quod condemnatur. Nec enim contumacia minoris caussa est proxima vt condemnetur; sed delictum perpetratum; Facit autoritas Statuti, vt habeatur pro confesso, & conuicto; aduersus quam legem non est minor

resti-

restituendus, quia legis auxilium non meretur, qui in legem committit: Alia ratio est de eo, qui ob ætatem, vel rusticitatem Prætori editionem ininngenti non obtéperauit, vt in d. l. 1. §. vlt. ff. de eden. Nostro enim in casu præcessit delictum minoris dolo commissum, quodque excusationem non meretur, nisi eo fine vt le nior quandoque pœna statuatur.

Ad tertium argumentum respondeo, negando propositionem illam, quæ assuminir ex capite secundo, de delictis puerorum. Nam hoc ibi non dicitur: Loquitur S. Pontifex de puero decem annorum, & ait: *In pueris relinqui solere inultum, quod in alijs prouectioris ætatis humana leges dicunt seuerius corrigendum*, quod quomodo ad hoc applicari possit, vt minores 25. annis Statutis huiusmodi non comprehendantur, non intelligo.

Ad postremum argumentum respondeo, d. l. 4. non loqui de minoribus, qui sunt contumaces.

CAPVT XLII.

Pater an possit iniuriam, filiofamilias factam, remittere eo inuito?

Expediamus nos ab hac cōtrouersia duabus Conclusionibus. Prior sit. Iniuriam filio irrogatam, pro qua competit actio Prætoria, pater etiam inuito filio remittere potest: qua remissa, filio actio non competit. Vlpianus: *Filiofamilias iniuriam passo, si præsens sit pater, agere tamen non possit propter furorem, vel quem alium casum dementia, puto competere iniuriarum actionem. Nam & hic pater eius absentis loco est. Planè si præsens agere nolit, vel quia differt, vel quia remittit, atque donat iniuriam, magis est, vt filio actio non detur.* l. Sed si vnius, 17. §. Filiofam. ff. de iniurijs.

Altera Conclusio est. Iniuriam filiofam. irrogatam, pro qua actio datur ex lege Cornelia, pater remittere non potest, quia actio filio competit, non patri, nec consensus patris requiritur, vt filius agere possit. Vlpianus: *Illud quæritur, an pater filiofam. iniuriam passo ex lege Cornelia iniuriarū agere possit? & placuit non posse, de eaq́; re inter omnes constat: Sed patri quidem Prætoria iniuriarum actio competit: Filio verò legis Corneliæ. In lege Cornelia filiusfamil. agere potest ex omni causa: nec cauere debet rem ratam patrem habiturum.* L. 5. §. Illud, ff. de iniurijs. Atque huc pertinet etiam l. 8. ff. de act. & obligat. vbi dicitur, filium suo nomine iniuriarum agere posse.

Non rectè igitur docuerunt qui absolutè dixerunt, patrem remittere posse iniuriam filio illatam, quia id non habet locum, vbi actio ex lege Cornelia descendit; cùm illa actio non patri, sed filio competat: quomodo igitur remitteret pater actionem quam nō habet?

Non rectè quoque mea sententia docuerunt, qui absolutè negarunt, patrem remittere posse iniuriam factam filio eo inuito. Nam contrarium in actione iniuriarum Prætoria manifestè decisum est in d. §. Filiofamil.

Nec mihi probatur eorum interpretatio, qui illum textū sic accipiunt, vt patris remissio non tollat actionem iniuriarum, sed suspendat eius exercitium: Hoc enim repugat & verbis textus & rationi eius. Verbis quidem, quia textus negat filio actionem dari, non autem dicit, suspendi actionis exercitium: Rationi quoque legis consentanea non est ea interpretatio, quoniam si pater actionem habet, & non filius, cur eam remittere & donare non possit?

Non obstat argumentum, quod sumitur ex iure nouo, quo constitutum est, patrem non posse aduentitia bona filij alienare, l. 1. C. de bonis matern. l. Cū oportet, C. de bonis, quæ liberis: Non posse hæreditatem filio delatam repudiare, l. vlt. C. de bonis, quæ liber. neque legatum vel fideicommissum, l. Remittente, C. de iure delib. l. Ex repudiatione, C. de fideicōmissis, l. 2. de repud. bonor. possess.

A

Quoniam hæc longè diuersa sunt ac dissimilia. In bonis quidem ita constitutum est. Non in actione iniuriarum: neque nostrum est leges veteres Imperatorum Constitutionibus nequaquam sublatas, nostra nimis subtili interpretatione per consequentiam tollere & abrogare, sed eas relinquere intactas debemus, atque in suo robore: sicut multæ aliæ manent illæ earum ratio posterioribus Constitutionibus sublata sit. Et hoc est illud frequentissimum apud Doctores Axioma, non esse inducendam legum correctionem, nisi expressè cautum sit.

Non rectè denique docuerunt, qui dixerunt patrē non posse remittere iniuriam filio irrogatam ab aliquo coniuncto sine cognato, ex l. Lucius, ff. sol. matr. ex l. Papinianus, & l. Filius, ff. de inoff. testam.

B

Nam dictæ leges hoc non dicunt: & in suis casibus & cancellis restringendæ sunt, puta cùm de querela inofficiosi testamenti agitur, & de alijs ibi comprehensis, quibus etiam annumerari potest, quod habetur in l. Inter liberas, §. Filiusfamilias, ff. ad l. Iul. de adulter.

Accipe nunc Doctorum catalogum, qui de hac quæstione scripserunt. Maranta de Ordine Iudicior. 6. parte, versic. Secunda principalis quæstio, num. 63. Azo & Hostiensis, in Summa, tit. de Iniur. Placa, in Epitome delictorum, cap. 6. num. 19. Clarus quæst. 58. vers. Quæro, nunquid pater. Pinellus ad l. 1. num. 105. C. de bonis maternis, in 3. parte, Franc. Marcus decis. 677. in prima parte. Bossius titulo de pace, num. 16. Ascanius Clemens, in tract. de patria potestate, effectu 8. Farinacius titulo de Accusatione, quæst. 14. num. 36.

C

CAPVT XLIII.

Possitne minor 25. annis cum autoritate tutoris vel curatoris pacem facere, absque decreto Iudicis.

Communis est & vera sententia, adultum ac impuberem absque decreto Iudicis, autoritate Tutoris sui vel Curatoris interueniente, pacem inire posse cum suis aduersarijs. Ita respondit Abbas Panormitanus in cons. 108. lib. 2. refert & sequitur Clarus q. 58. vers. *Quæro an tutor*. Antonius Gomesius tit. de Homicidio, nu. 66. & quàm plurimi alij apud Farinacium, tit. de Accusatione, quæst. 15. nu. 5.

Fundamētum hoc mihi firmissimum videtur, quia impuberes & adulti, cùm suorum tutorum & curatorum autoritate celebrare possunt omnes contractus absque decreto Iudicis, excepta bonorum immobiliū alienatione, de qua in tit. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, & in tit. C. de Prædijs minorum, cur ergò tam salutarem, tam laudabilem, Deoq; gratam & Reipublicæ vtilem transactionem ac pacē nō rectè inire poterunt?

D

Malè igitur contrarium docuit Petrus Placa, in Epitome delictorum, cap. 45. num. 7. Iodocus in patrocinio pupillorum, titulo de tutorum & curatorum munere, cap. 10. num. 75. Simoncellus de Decretis, lib. 2. tit. 6. Inspect. 16. nu. 137. & alij quos commemorat Farinacius in loco annotato.

Nec argumenta eorum me deterrent. Primum est, quia in transactione requiritur Decretum Iudicis, l. Non solum, C. de Prædijs minor. Hæc est autem trāsactionis species.

Respondeo, In transactione Decretum requiri quoties prędia vrbana vel rustica alienantur: sic loquitur l. Non solum, C. de Præd. minor. Hic verò nec vrbana nec rustica prædia alienantur: sed præceptum Dei colitur: *Diligite inimicos vestros*, &c.

Secundum est; quis in generali administratione nō venit potestas donandi, l. Filiusf. ff. de donatio. Sed remissio iniuriarum est species donationis, Ergò nō permissa tutori & curatori.

Respondeo, nec donationem hanc esse de qua loquitur lex contraria, tum quia iniuriarum actio in bonis nostris non est; magis enim vindictæ quàm pecuniæ habet persecutionem, l. 2. §. Emancipatus, ff. de colla. bonor. tum, quia minor nil amittit, immò lucratur multum remittendo iniuriam; & liberando, se ab omnibus periculis, quę ob inimicitias incurrere potest. Quamobrem minor non habet in integrum restitutionis auxilium cùm iniuriam remittit, l. Auxilium, ff. de Minoribus & tutoribus, & curatoribus etiam permissum est donare cùm expedit, l. Cùm plures, 13. §. Cùm tutor, ff. de admin. tutor. Expedit autem iniuriam remittere vt dixi.

Tertium argumentum est, quia non potest alienari prædium etiam exiguū minoris, sine iudicis decreto, toto tit. ff. de reb. eor. Ergò multò minus remitti potest iniuria, & super ea transigi.

Respondeo, negando consequentiam; Hæc enim dissimilia sunt; & in pace facienda multum lucri facit minor, dum diuinæ obtemperat voluntati, & quietem sibi ac tranquillitatem quærit.

Quintum argumentum est, quia videtur esse dedecus inultam iniuriam relinquere, l. Miles, §. Socer, ff. ad l. Iul. de adulter.

Respondeo, nec legem illam hoc dicere: nec sententiam hanc Christiano viro dignam, nec si Iurisconsultorum mille extarent Responsa, ijs obtemperandum; sed diuino præcepto, l. Sancimus, C. de sacrosanct. Eccles.

Nec tamen dicimus ex præcepto diuino teneri, quē remittere absolutè actionem iniuriarum, & pacem facere cum inimicis suis; sed hoc Theologis discutiendum relinquimus; Hoc dicimus, non lædi minores, non iacturam facere vllam, ob pacem initam, & remissam iniuriam, ac proinde ualere, minoresque obligari; nec eam rescindere posse ætatis prætextu, & auxilio restitutionis in integrum.

CAPVT XLIV.

Vtrum pace rupta à minore 25. annis, quam iniuit cum autoritate Curatoris pœna committatur per stipulationem promissa?

SI pacem minor annis 25. cum autoritate Curatoris inierit, pœna adiecta, & eam violauerit, oritur controuersia, an pœna committatur? Negare videntur Baldus, Salycet. Alciatus, ad l. Pactum curatoris, C. de pactis, & alij, quos refert Tobias Nonius, inter cons. Criminalia, uol. 1. cons. 152. nu. 11. & Ludouicus Romanus ibidem, cons. 155. nu. 9. Abbas Panormitanus cons. 108. circa finem, lib. 2. & alij à Farinacio citati, tit. de Accusatione, q. 15. nu. 53.

Fundamentum statuunt ex l. Si minor 35. §. 1. ff. de Minoribus Paulus; *Minores si in Iudicem compromiserunt; licet tutore autore stipulati sunt. In integrum restitutionem aduersus talem obligationem iure desiderant.* Gloss. in vers. *Stipulati sunt, scilicet pœnam*, inquit. Ex quo annotarunt pœnæ obligationem minori esse damnosā.

Sed oportebat aliam sequentem Glossam perpendere, in uerbo, *Iure desiderant*, quæ declarat, quomo-

A do minor læsionem ibi sentiat, sic dicens: *Apparet læsio, quod ab eo appellari non potest l. 1. C. de arbitr. & de euictione non agitur.* l. Si dictum, §. 1. ff. de Euictionib.

Ex quibus uerbis colligitur, non idcirco minorem lędi, quia tutor pœnam stipulatus sit, sed quia compromissum aufert minori appellandi beneficium, & actionem de Euictione. Itaq; per compromissum læditur minor, non per stipulationem pœnæ.

Ergo cùm remissio iniuriarum, recōciliatio, & pax, non patrimonij euersionem, sed uirtutis opinionem inducat, cùm sit Deo grata, Reip. salutaris, & utilis ipsi minori, nihil proponi uideo, cur pœnæ adiectio non ualeat; & si ualeat, cur non committatur. Deberetne minor impunè pacem frangere & uiolare, quod crimen proditionis est species? Non succurritur minoribus in delictis, l. Auxilium, ff. de minor.

Quare contrariam sententiam absque omni hæsitatione amplector, in quam inclinat Decius in d. l. Pactū
B curatoris, C. de pactis, & quam probauit Collegium Aduocatorum Curialium Prouinciæ Marchiæ, vt patet in 1. vol. consilior. crim. diuersor. cons. 150. num. 33. cum sequentibus, & alius consultor in cons. sequenti 151. nu. 44. latiusque Farinacius loco superiùs annotato, qui iustè etiam negat restitutionem in integrum minori esse concedendam huc in casu, quia læsus nō est, vt patet, aduersus doctissimi iuxta & diligentissimi Doctoris Sforiæ Oddi sententiam, de restit. in integrum, parte 2. q. 85. art. 7. nu. 58.

CAPVT XLV.

An Iudex cuius arbitrio pœna remissa est, mortis pœnam imponere possit?

C AVsim affirmare hanc disputationem de pœna Iudici arbitraria, an extendi ad mortē possit, aut in controuersia positam non esse, aut si quæ controuersia est, eam facilè componi posse. Etenim autores quidē commemorantur, qui aiunt pœnam extendi posse vsque ad mortem, & qui negant, tum à Maranta disputatione 3, tum à Gomesio de iniuria. cap. 6. nu. 8. & ab alijs sexcentis, quos nouissimè Farinacius refert, tit. de Delictis & pœnis, q. 17. nu. 34. & seq. sed omnes in hāc sententiam conueniunt, tunc pœnam mortis decerni posse, cùm delicti atrocitas & grauitas id postulauerit: aliàs secus: Quis autem dubitauerit hanc omniū mentem fuisse: Ergo nulla controuersia est.

Si tamen quis aliter existimauerit, is facilè intelliget hac adhibita distinctione, omnem sedari contentionem posse. Nec aliter accipiendas esse leges, quæ vel in hanc vel illam sententiam adferri solent.

D Nam l. Saecularij, §. Sunt quædam, ff. de extraord. crim. l. 1. & 2. C. de his qui latrones occultat. Item l. lex Iulia, §. Hodie, ff. ad l. Iuliam repetund. arbitrium extendunt vsque ad mortem, quia delicti grauitas id postulat.

Contra verò arbitrium Iudicis restringitur in l. 1. ff. de furib. balneat. in l. 1. §. Expilatores, ff. de Effractorib. quia qualitas criminis sic exigit.

Cur igitur omni controuersia omissa non auscultamus legibus nostris, tam sæpè ac tam disertè admonētibus. Hodie licere ei, *qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre vel grauiorem, vel leuiorē, ita tamen, ut in utroque moderationem* non excedat, l. Hodie, ff. de pœnis? *Respiciendum esse iudicanti, ne quid durius aut remissius constituatur, quam causa deposcit*, leg. Respiciendum, ff. eod. *Aut facta puniri, vt furta cædesque aut dicta, vt conuitia, & in fide aduocationes: aut scripta, vt falsa, & famosi libelli, aut consilia, vt coniurationes, & latronum conscientia: quosque alios suadendo*

dendo mouisse, sceleris est instar: Sed hæc quatuor genera cōsideranda esse septem modis, causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, euentu. l. Aut facta, ff. eod. Idem probatur in l. Et si seuerior, C. ex quib. causis infam. irroget. in l. Quid ergo, §. Pœna grauior, ff. eod. in l. Non omnes, ff. de re milit. & alibi.

CAPVT XLVI.

Plura delicta eiusdem generis eodem tempore commissa, puta plures percussiones, an sint pluribus coercenda pœnis?

SI quis vno eodemq; impetu pluries aliquem percusserit, ex qualibet percussione pœnam lege constitutam, quasi sint plura delicta sustinebit, secūdum Bartolum in l. Nunquam plura, ff. de priuatis delictis, nu. 4. Albericus ibidem, & Socinus senior in cons. 62. nu. 9. lib. 1. Clarus q. 84. B vers. Scias etiam.

Fundamentum est in d. l. Nunquam plura, vbi Vlpianus: *Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, vt vllius impunitas detur.* Sed hoc in casu concurrunt plura delicta eodem tempore, id est, plures percussiones, vel uulnera, Ergò omnia sunt punienda.

Contrarium docuerunt Angelus in l. Nunquam plura, Placa, in epitome delictorum cap. 1. num. 17. Couuar. uar. resol. lib. 2. cap. 10. nu. 8. illi docuerunt, unam pœnam tantùm statuendam, sed grauiorem, propter delicti iterationem.

Fundamentum est in l. Illud, §. ult. ff. ad l. Aquil. ubi Caius: *Si idem eundem seruum vulnerauerit; postea deinde occiderit; tenebitur, & de vulnerato, & de occiso. Duo enim sunt delicta, aliter atque si quis vno impetu pluribus vulneribꝰ aliquē occiderit: tūc enim vna erit actio de occiso.*

Non enim quidquam refert, inquit Couuar. *quod percussus ex pluribus percussionibus fuerit occisus, quasi omnes* C *percussiones ad eundem effectum fuerint repetita, nempe ad occidendum; nam idem proculdubio erit dicendum, vbi percussus occisus non fuerit, nec percussor eundem actum iterauit ad homicidium: sed tantùm ad percutiendum, cùm nihil apud Iurisconsultum non constet, ad eundem effectum repetitos fuisse actus: Potuit enim homicidium contingere præter percutientis voluntatem, & nihilominus idem Iurisconsultus respondisset.*

Tertia fuit sententia Iacobi de Arena, in l. Apud Labeonem, §. Conuitium, ff. de iniur. distinguendum esse, an Lex uel Statutum loquatur in personam, pœnam scilicet statuendo simpliciter, in percutientem, seu uulnerantem, & tunc unum esse delictum, iuxta posteriorem hanc sententiam; an uerò loquatur in rem, utputa statuendo pœnam pro qualibet percussione, & vulnere; & tunc plura esse delicta, sicut prior sententia docet. Hanc distinctionem secutus est Couuar. loco proximè citato, nu. 8. uers. *Quarto præmisso Statuto.* D

Ego posteriorem sententiam cum distinctione ista Iacobi Arenatij sequor, quam & secutus est Farinacius tit. de Delictis, & pœnis, quæst. 22. num. 10. Nec possum adduci ut credam, propter hanc sententiam fore, *ut iste mundus destruatur*, sicut Bartolus asseuerat, in d. l. Nunquam plura, Est enim hæc sententia rationi & æquitati consentanea: quia delictum est unum tantùm, atque unius generis, sed sæpius iteratum, ac proinde maiori animaduersione dignum. Nec obstat l. Nunquam plura, quia non huc pertinet sententia illius legis; quod patet ex uerbis sequentibus, quibus exempla proponuntur plurium delictorum, quæ licet non restringant, declarant tamen regulam: *Qui igitur* (inquit Vlpianus) *hominem surripuit & occidit, quia surripuit furti, quia occidit, Aquilia tenetur.* Et furtius. *Idem dicendum si rapuit, & occidit.* Nec aliter

A sonant cætera exempla, quæ Iurisconsultus adiungit, ut planè sit perspicuum ad nostram hanc facti speciē eius responsum non pertinere.

CAPVT XLVII.

Confiscatis bonis filijfamilias propter delictum, an etiam peculium aduentitium confiscetur?

VIderi forsitan possit inanis hæc quæstio hodierno iure considerato, quo (excepto Maiestatis crimine) Imperator Iustinianus bona damnatorum in fiscum deferri uetuit, & ascendentibus ac descendentibus usq; ad tertium gradum seseruanda esse constituit. Sed non est inanis profectò moribus consideratis, quibus & bona confiscari receptum est, & ab eis ascendentes ac descendentes excludi, præterquam à B legitima eorum portione. Est igitur controuersia, si filiusfa. scelus aliquod admiserit, propter quod legibus constituta sit pœna bonorum confiscationis, an bona materna, cæteraque aduentitia, quæ habet patre superstite, in fiscum deferenda sint, uel patri potius debeātur, tam quoad proprietatem, quàm quoad usumfructum.

Communior sententia est, patri esse reseruanda, nō autem infiscanda, vt responderunt post Bartolum & alios, Socinus iunior, in consi. 77. num. 8. libro 2. Ruinus in consi. 24. lib. 5. Rolandus à Valle, cons. 56. num. 10. lib. 1. Couuar. Variar. resol. lib. 2. cap. 8. num. 7. Menochius de recuperanda possess. remedio 9. nu. 65. M. Antonius Peregrinus de iure fisci, lib. 5. tit. 5. num. 128, Farinacius tit. de Delictis, & pœnis, q. 24. num. 5.

Argumenta sunt ista. Primùm ex l. 3. C. de bonis dānatorum, vbi rescriptum est, non publicari peculium castrense, Ergò multò minus aduentitium publicabi- C tur, sed pater illud obtinebit. Alexander Imp. *Si filius tuus cùm esset in potestate, in insulam deportari meruit: peculium eius nec quod in castris acquisiuit, vel quod ei militaturo donasti, auferri tibi debet.*

Secundum est ex l. 3. §. Sed utrum, ff. de minorib. in illis verbis: *Licet aliquo casu peculium ad filium spectet: vt puta, si patris eius bona à fisco propter debitum pecuniarium occupata sunt: nam peculium eius Constitutione Diui Claudij separatur.*

Si peculium profectitium reseruandum est filio patris bonis à fisco occupatis, igitur & contra peculium aduentitium reseruandum est patri, bonis filij occupatis à fisco.

Tertium argumentum sumitur ex l. vlt. §. Filijs, C. de bonis quæ liber. & l. 2. C. de castrensi peculio, lib. 12. vbi cautum est, non licere filiumfam. bona alienare, in quibus pater vsumfructum habet, & non licere alia D bona præterquam castrensia alienare sine consensu patris. Ergò nec potest delictum committendo ea in fiscum transferre.

Quartùm sumitur ex l. Cùm ancillis, C. de incestis nuptijs, in illis verbis: *Omnibus bonis eius Ciuitatis, cuius curialis fuerat, mancipandis, si patria potestate fuerit liberatus, nullosque habeat liberos, vel parentes, vel etiam propinquos, qui secundum legum ordinem ad eius successionem vocentur.*

Contrarium respondit Petr. Paulus Parisius, consi. 157. lib. 4. & multi alij, qui tam à Menochio, quàm à cęteris recentioribus commemorantur, locis superiùs annotatis, isti responderunt, bonorum istorum proprietatem confiscari, vsufructu parenti reseruato.

Argumenta sunt ista. Primùm ex l. Si postulauerit, §. Iubet lex, ff. ad l. Iul. de Adult. in illis verbis: *Proinde in communis partem publicamus: in proprio cuius vsusfructus alienus est, nudam proprietatem.*

Secundùm est ex l. Quinque legibus, cum l. seq. ff. de

bonis

bonis damnator. illis uerbis: *Et omnes omnino maritus actiones saluas habet contra fiscum*. Idem igitur & de patre statuendum putant, ut nimirum salua sit ei actio, ratione usufructus. A

Tertium argumentum est, quia confiscantur propter delictum etiam minoris 25. annis bona, licet alienari non possint, l. Clarum, C. de autor. præstanda, Ergò etiam filijfam. bona confiscari poterunt, licet alienari nequeant sine patris consensu.

Postremum argumentum est, quia pater iudicati actione de peculio tenetur, l. 3. §. Idem scribit, ff. de peculio, Ergò in proposito casu non potest filij peculium occupare, sed fisco tradere tenetur.

Mihi magis placet prior sententia, non ex secundo, uel tertio, uel quarto argumento, sed ex primo duntaxat. Cætera enim nihil mouent: quia ad secundum argumentum responderi potest, l. 3. §. Sed utrum, non loqui de bonorum confiscatione propter delictum, nec de bonorum confiscatione filij. Ad tertium verò, filiũ quidem alienare non posse bona, in quibus pater vsumfructum habet: & consequenter bona, confiscari non posse: scilicet, quoad patris vsumfructum: nõ quo ad proprietatem filij, quia nihil vetat confiscari proprietatem bonorum vnius, saluo vsufructu alterius, vt patet ex d. l. Si postulauerit, §. Iubet, ff. de adulterijs. Ad quartum verò respondetur text. in d. l. Cum ancillis, nihil protsus ad rem facere. B

Primum itaque argumentum ex d. l. 3. C. de bonis damnator. firmissimum est. Nam priuilegium, quod filijsfam. in castrensi peculio Constitutiones dederūt, capitis diminutione amittunt, perinde, ac si moriantur intestati superstite patre. Quare filijsfam. capite minuti, castrense peculium pater occupat iure suo, vt suum, vt annotauit Cuiac. in Cod. recitationib. ad tit. de bonis damnator. Eadem est ratio peculij aduētitij, hoc est, extra castra quæsiti. Olim pleno iure patris erat. Constitutionibus autem filijsfam. hoc ius tributū est, vt proprietatem habeat, l. 1. C. de bon. matern. l. Cum oportet, C. de bonis, quæ liberis. Filius itaque capite minutus, propter delictum, omne priuilegium tributum amittit: Consequenter peculium eius pater occupat iure suo, tanquam suum, quemadmodum si intestatus filius mortuus sit, l. 2. ff. de castrensi peculio. C

Argumenta contrariæ sententiæ nullius planè momenti sunt, quia quod attinet ad l. Si postulauerit, §. Iubet lex, ff. ad leg. Iul. de adult. illa lex non loquitur de filiofa. nec de illius peculio: & nihil aliud probat, quàm confiscari posse proprietatem vnius, saluo manente vsufructu alterius: quod & nos concedimus. Sed negamus id locum habere in peculio filijfamilias, de quo agitur: quia illud pater occupat suo iure, non autem fiscus.

Eadem responsio ad secundum argumentum accōmodari potest.

Tertium verò argumentum nihil mouet: quia non ideo confiscari bona filij negamus, quòd alienari nō possint; sed quia pertinent ad patrem, filio capite minuto. D

Postremum autem argumentum ex l. 3. §. Idem scribit, ff. de peculio, loquitur in actione iudicati, quando filius condemnatur in certam quantitatem in iudicio. Tunc pater tenetur de peculio, quod non facit ad rem de qua agitur, quia non de certæ quantitatis condemnatione agimus, sed de omnium bonorum confiscatione, quæ valde differunt.

CAPVT XLVIII.

Quid si tale sit peculium aduentitium, vt vocant filijfam. in quod nullum pater habeat vsumfructum, an veniat in bonorum confiscatione filijfamilias.



Sed rursus controuertitur, quid si pater nullum in peculio filij habeat vsumfructum, an in confiscationem bonorum veniat propter ipsius filijfam. delictum? Nonnulli existimarunt venire; Gigas de Crimine læsæ Maiest. lib. 2. tit. de pœnis committentium crimen læsæ Maiest. quæst. 11. & alij quos citat Peregrinus, de iure fisci, libro 5. tit. 1. num. 128. qua in re Menochius dubius est de recup. remed. 9. num. 81. & seq.

Fundamentum est, quia vbi pater nullum habet vsumfructum filiofam. permissa est alienatio, l. vlt. §. filijs, C. de bonis, quæ lib. Ergo etiam confiscatio locum habere potest. Est enim quædam alienatio in fiscum ex delicto proueniens.

Contraria sententia & verior & communior est, (excepto crimine læsæ Maiestatis, de quo præclara extat decisio Pedemon. Osaschi 94.) nimirum in confiscationem bonorum filijsfam. ob delictum non venire peculium aduentitium, licet pater nullum in eo habeat vsumfructum. Sic respondit Ruinus, in consi. 24. num. 11. & 12. lib. 4. Socinus iunior consil. 77. num. 10. lib. 2. Clarus quæst. 78. vers. Sed quid in aduentitijs. Peregrinus vbi suprà. Farinacius tit. de Delictis, & pœnis, quæst. 24. num. 6.

Fundamentum est, quia filiusfa. testari non potest de huiusmodi peculio, licet nullum in eo pater vsumfructum habeat, vt decisum est in l. pen. C. qui testam. facere poss. Ergò nec potest venire in bonorum confiscationem.

Sed hoc planè infirmum est argumentum, quoniā vt rectè monet D. Menochius, ideo filiusfam. de tali peculio testari nequit, quia patria potestas impedimento est: quæ quidem patria potestas sola impedimento non est, quò minus filius bona sua ob delictum amittat.

Hæc igitur verissima sententia probatur ex l. 3. C. de bonis damnator. & ea ratione quam in præcedenti capite adieci. Nam si peculium castrense non venit in bonorum confiscationem, in quo certum est, patrē nullum habere vsumfructum, consequens est, nec aliud peculium, quod castrense non est, confiscationi obnoxiū esse: quia eadem est ratio. Huc accedit, quod in præcedenti capite dicebam, patrem iure suo occupare peculium filij, quando ob capitis diminutionem omne priuilegium Constitutionibus ei concessum amittit: quod & ad huiusmodi peculium, in quo pater nullum habet vsumfructum, rectè accommodari posse, non est ambigendum.

CAPVT XLIX.

De castrensi peculio filijfam. an veniat in confiscationem bonorum.



Sed & de castrensi peculio, an hodierno iure confiscari debeat, controuersia est non parua. Nam illud confiscari non posse censuerunt quamplurimi, tam veteres, quàm recentiores, quos refert & sequitur Clarus, q. 78. versic. *Quaero etiam quid in peculio castrensi*. Couuar. lib. 2. Var. resol. cap. 8. nu. 7. Menoch. de recup. possess. rem. 9. num. 96. 79. M. Antō. Peregrinus de iure fisci, lib. 5. tit. 1.

tit.1.num.130.omnium latissimè Farinacius tit.de De A lictis,& pœnis,q.24.num.15.

Contrarium autem docuerunt Angelus & Romanus ad l. Si filiusfam. ff. de damno infecto. Nellus in tract.de Bânitis,in 1.parte 2. temporis,q.25.Antonius Gomes.var.resol.tit.de seruitutib.cap.15.num.15.vers. *Sed his non obstantibus*, alios citant Peregrinus & Farinacius locis annotatis.

Prioris sententiæ fundamentum est in l.3. C.de bonis damnator. vbi hęc quæstio apertè deciditur.

Posterioris autem fundamentum est, quia filiusfa. in castrensi peculio pro patrefamiliàs habetur, ac potest illud alienare, sicut dominus, liberè & absolutè, l.2.C.ad Macedon.l.Cùm oporter,uers. *Exceptis*, C.de bonis,quæ liber.l.2.C.de castrensi peculio,lib.12.Ergò & delinquendo potest illud amittere, fisco nimirum occupante.

Ad l.3. C. de bonis damnato.respondent, illam esse accipiendam secundùm antiqua tempora, quibus fi- B liusfam.non habebat hæredem:sed pater iure peculij omnia occupabat, l.2.ff.de castren. peculio.Hodierno iure hæredem habet, & filio defuncto pater succedit tanquam hæres, ut in Nouella de hæred. ab intestato uenient. Igitur si ex delicto pœnam confiscationis incurrat, non habebit patrem successorem, sed fiscum, qui omnibus alijs præfertur.

Ego priorem sententiam & communiorem, & æquiorem esse non dubito,& sequor,quia licet circa successionem bonorum filijfam. multa sint immutata:tamen remansit incorrecta d.l.3.Et sanè,hoc sæpenumerò obseruaui, antiquas leges in aliqua parte correctas fuisse posterioribus Constitutionibus Imperatorum; & in alijs partibus suum rigorem obtinere, ut & Cuiacius notat lib.6. Obser.cap.15. & dixi lib.1. Controuers.cap.8.circa finem. Excipio Maiestatis crimē,propter l. Quisquis, C. ad l. Iul. Maiest. Puto enim in eo crimine confiscari peculium castrense.Ex his quæ tradit Octauianus Cacheran. Decis. Pedemont.94.

C A P V T L.

Publicatis ob delictum patrisfam. bonis, an publicetur vsusfructus, quem habet iure patriæ potestatis in bonis filij?

EX Contrario controuertitur, an publicatis bonis patrisfamiliàs ob delictum ab eo commissum, publicetur vsusfructus,quē ille habet in bonis aduentitijs filij sui. Affirmant publicari, Antonius Gomes. post alios quos adducit,cap.15.tit.de Seruitutibus,nu. 18.& Placa in Epitome Delictor.lib.1. cap. 22.nu. 39. vbi & alios commemorat.

Fundamentum est in l.Si postulauerit, §. Iubet lex, ff.ad l.Iul.de adult.illis verbis: *Proinde in communem partem publicamus, in proprio cuius vsusfructus alienus est nudam proprietatē: in quo tantum vsumfructum habuit reus, magis est, ut perceptio vsusfructus ad publicum incipiat pertinere.*

Huc accedit ratio: Nam etsi vsusfructus alienari non possit: tamen eius commoditas & fructuum perceptio alienari potest, l. Arboribus, §. Vsufructuarius, ff.de vsufructu.Ergò & confiscari,argum.l.Imperatores,ff.de iure fisci.

Contrarium docent Gigas,de Crimine læsæ Maiesta.lib.2.tit.de pœnis committentium crimen læsæ Maiest.q.13.num.4. Bal.in l.5. C.de bonis, quæ liber.Corneus cons.208.ad finem,lib.3.

Fundamentum est: quia vsusfructus morte vsufructuarij finitur:neque transit ad extraneum hæredem, §.finitur,in Instit.de vsufru.;fiscus verò est loco extranei hæredis.

Tertia est sententia sic distinguens, aut paterfam. propter delictum & condemnationem amittit libertatem vel Ciuitatem: atque adeò patitur maximam vel mediam capitis deminutionem: & tunc vsusfructus finiatur, & ad dominum reuertitur;& vt nostri loquuntur,consolidatur cum proprietate,§. finitur,in Inst.de vsufruc.l.Corruptionem, C.eodem tit. Consequenter confiscari non potest. Aut non patitur talem capitis deminutionem,& tunc ad fiscum transfertur, argum.dicta l.Si postulauerit,§.Iubet lex,ff.ad leg.Iul. de adulter.Ita Baldus in d.l. Corruptionem,num.7.& alij, quos refert & sequitur Peregrinus, de iure fisci, lib.5,tit.1.nu.129. Farinacius,qui & alios citat, tit.de Delictis,& pœnis,q.24.num.33.

Huic postremæ sententiæ ac præclaræ distinctioni, calculum adijcio meum. Conciliantur enim opiniones:legesque legibus concordantur,& omnis difficultas tollitur.

C A P V T LI.

In bonorum confiscatione ob delictum secuta, an bona futura comprehendantur.

NVllus est antiquorum Interpretum, uel eorum qui de Iure responsa ediderūt,aut Criminales materias explicarūt,qui non docuerit simpliciter & absolutè in bonorum confiscatione ob delictum secuta,bona futura,hoc est,quæ post sententiam acquisita sunt, non contineri,neque ad fiscum pertinere. Vide Bossium,tit.de bonor.confiscatione,nu.15.& nu. 66. Antonium Gomes.tit.de confiscatione bonor.num.1.Pinellum ad Rubr.de bonis matern. nu. 3. Peregrinum de iure fisci,lib.5.tit.1.nu.132. Farinacium tit. de delictis,& pœnis,q.25. num.138.

C Fundamentum est in l.Si mandauero tibi, §. Is cuius,ff.mandati,in illis verbis: *Quia publicatis bonis quicquid postea acquiritur, non sequitur fiscum.* & in l. Eius qui,§.1.ff.de testam.ibi: *Bona quoq; quæ tunc habuit, cùm condemnaretur, publicabuntur.* & in l.Certa forma,C.de iure fisci.ibi: *Parentibus hæredes existere eos non oportere, nulla legis sanctione statutum est.*

Sed quomodo,quæso, hæc sententia tam generaliter posita,cohærere potest cùm l.2.C.de bonis damnator. Imperat.Alexander: *Deportati etc earum quidem rerum, quas post pœnam irrogatam habuerint, hæredem habere possunt, sed & hæ publicabuntur.*

Glossa tres adfert solutiones in d.§.Is cuius, Prima d. §. Accipiendum esse de confiscatione facta ob illicitā negociationem: at l.2. C. de bon.damnat.accipiendam de confiscatione ob delictum secuta. Altera solutio est ex Azone, in vtroque casu condemnatum retinere po- D stea quæsita, sed in illis hæredem non habere, quia eo mortuo, pertinent ad fiscum. Tertia solutio est,legem Pandectarum correctam esse ab Imperatore in d. l. 2.

Rectiùs meo iudicio Cuiacius Obseruat. lib.6. cap. 23. post deportationem acquisita, mortuo deportato ad fiscum pertinere:quia deportatus est capite minutus,& hæredem habere non potest. Post relegationē autem & publicationem bonorum, quæsita in fiscum non transire, quia relegatus ex testamento, vel ab intestato hæredem habet.

Atque ita conciliandas esse contrarias has leges, Nam l.Si mandauero,§.Is cuius, non loquitur de deportato, quem constat capite minui, quia Ciuitatem amittit: Ergò intelligi debet de eo, cuius bona publicata sunt sine capitis deminutione: vt si quis relegatus sit cum bonorum publicatione,vel confiscata sint ipsius bona ex caussa administrationis & muneris publici,iux.l.3. C.de sentent.passis, quæ conciliatio non procul abest à prima solutione Glossæ, & mihi maximè

mè placet. Quare hæc notanda esse puto, si de eo aga A tur, qui nostro tempore fuerit bannitus cum publicatione bonorum, quia Ciuitatem Romanam amittit, teste Andr. Geyll, lib. 2. de Pace publica, cap. 12. nu. 5. vel qui aliam pœnam loco deportationis passus sit: quandoquidem deportationis pœna non est amplius in vsu; sed eius loco alia pœna Iudicis arbitrio imponitur, vt declarat Menochius de arbitr. Casu 330. Sic, inquam, erit de tali condemnato statuendum: ve bona quæsita post condemnationem retinere possit; sed to eis hæredem non possit habere, quia eo defuncto, ad fiscum transeunt.

CAPVT LII.

Stante Statuto, quo pater teneatur ex delicto filij condemnati vsque ad legitimam portionem, an id procedat cum filius in contumaciam condemnatus est?

Mitto hoc caput Italis meis, apud quos talia Statuta vigeant, vt viuens pater filij ob delictum condemnati fisco portionem legitimam inferre teneatur. Nam Germanis parno sanè vsui esse poterit, quia alio iure viuntur. Existimat Bartolus, in l. Cùm filiusfam. ff. de verb. oblig. si Statuti verba respiciant condẽnationem: puta, si dicatur, patrem pro filio condemnato cogendum legitimam soluere, tunc fisco legitimam esse præstandam, licet filius in contumaciam cõdemnatus sit. Idem docuere Baldus & Salycetus, in l. 2. C. Ne filius pro patre. Et est communis opinio, teste Alexandro, in d. l. Cùm filiusfam. num. 6. Clar. q. 86. uers. intellige, Bertazol. cons. 83. nu. 13. lib. 1.

Fundamentum autem est, quia uerba Statuti requirunt condemnationem. Sed filius condemnatus est, C Ergò seruandum est Statutum, quo pater legitimam soluere tenetur: nec refert quod in contumaciam cõdemnatus sit, quia satis est cum condemnatum esse, ut uerba Statuti locum habeant, quę de condemnato loquuntur. Sic & Vlpianus, in l. 35. ff. de noxalibus scribit: Etsi condemnatus sit filius, quem scilicet nemo defendit, ex caussa delicti patrem de peculio teneri.

Sed contrarium alij complures docuerunt, Socinus senior in d. l. cum filiusfam. num. 10. Felynus in c. cum Bertoldus, num. 22. de re iudic. Tobias Nonius, consi. 94. num. 10. 11. & alij, quos refert & sequitur Farinacius, tit. de Delictis, & pœnis, q. 24. nu. 178.

Fundamentum est primò in l. 55. ff. de euiction. Vlpianus: *Si ideo contra emptorem iudicatum est, quod defuit; non cõmittitur stipulatio: Magis enim propter absentiam emtiõni videtur, quàm quod malam caussam habuit.* Secundò, in l. Si proluforio, §. 1. ff. de appellat. Vlpianus: *Quoties hærede non respondente, secundùm aduersarium sententia datur: Rescriptum est, nihil nocere neque legatis, neque libertatibus.* Tertiò, in l. Vnica, §. Si procurator, ff. si quis ius dicenti non obtemperauerit ibi: *Si procurator tuus, vel tutor, vel curator, ius dicenti non obtemperauerit, ipse punitur, non dominus, vel pupillus.*

Ex ijs enim legibus colligitur, vnius contumaciam alteri non obesse: & senteotiam contra vnum latam, propter eius contumaciam, alteri non obesse.

Hæc posterior sententia æquior est, Statuti summum rigorem nonnihil moderatur: Iuri consonam interpretationem continet: Meritò priori sententiæ, quæ verbis tantùm Statuti nititur, præferenda erit.

CAPVT LIII.

Emphyteusis Ecclesiastica, quæ ex pacto transire potest ad extraneos hæredes, an in confiscationem bonorum veniat?

Emphyteusim non confiscari, licet ita sit ab Ecclesia concessa, vt ad extraneos hæredes transire possit, Iulius Clarus existimauit, §. Emphyteusis, quæst. 29. Sed contrarium docuit Bossius, tit. de bonorum publicatione, num. 60. Vtrique non desunt adstipulantes, vt videre licet ex Farinacio, tit. de Delictis, & pœnis, quæst. 25. num. 54. 55. 56. Peregrino de iure fisci, libro 5. titu. 1. num. 70. & ex traditis per Bursatum consilio 199. lib. 2.

B Fundamentum Clari est, quia conditio Ecclesiæ efficeretur deterior; propter fisci potentiam, & eius priuilegia: nec ulla ferè esset spes caducitatis: nec credẽdum est, eam fuisse voluntatem Ecclesiæ rem concedentis in Emphyteusim, vt ad fiscum transiret.

Et dato, quod transire ad fiscum possit, dubitandũ non videtur, quin Ecclesiæ sit permissum, eam intra biennium uindicare ex Nouella Iustiniani de alienatione & emphyteusi, §. 1. sic enim ait: *Si verò contigerit, quamlibet rem ex aliquo prædictarum locorum venerabilium, Emphyteutico iure datam, aut Imperialem domũ, aut in Sacrum nostrum Aerarium, aut in Ciuitatem aliquam, aut in Curiam, aut in aliquam venerabilem aliam domum peruenire: licentiam præbemus Ordinatoribus venerabilium locorum, a quibus à principio Emphyteusis facta est, mox vt peruenerit in vnam prædictarum personarum ipsa Emphyteusis, manifestare suam voluntatem intra biennium; & aut ab his detentionem rei, eandem rem, aut quos peruenit, & annuam pensionem, quæ pacto continetur, inferri, aut hoc recupera Emphyteusi soluta, eò quod hoc sibi prodesse existimant.*

Fundamentum verò Bossi est, quia talis Emphyteusis transire potest ad extraneum hæredem, Ergò & ad fiscum, quia is loco extranei hæredis habetur.

Ad tex. dictæ Nouellæ, §. 1. respondetur, id quod ibi dicitur, locum non habere, quando Emphyteusis concessa est in perpetuum, vt & ad extraneos hæredes peruenire possit, hoc autem fit, quando concessa est adhibitis iuris solennitatibus, vt patet ex eadem Nouella, in §. Licentiam, vbi Iustinianus: *Licentiam igitur damus prædictis venerabilibus domibus, non solùm ad tempus Emphyteusim facere immobilium rerum sibi competentium, sed & perpetuò hac eis Emphyteutico iure volentibus dari.*

Ergo vidi aliquando pacto expressè conuentum in D inuestituris (ut uocant) rerum Emphyteuticarum, in perpetuum concedi alicui, & quibus dederit, ita tamẽ ut eas alienare ac transferre non possit in Militem, aut Fiscum, uel Ecclesiam, uel alium potentiorem. Si eiusmodi pactum intercesserit, non puto ad fiscum transire posse, nec in bonorum confiscatione contineri.

Cessante pacto, magis est ut credam, transire posse per confiscationem, quia fiscus est loco hæredis extranei, & in extraneum hæredem res transire potest.

Quod autem Clarus dicebat, de Ecclesiæ præiudicio, ergo non intelligo, quale sit præiudicium hoc, cuius ratio sit habenda. Nam fiscus est soluendo. Nec plura habet priuilegia quàm Ecclesia: nec ijs priuilegijs Ecclesiæ nocere potest, quia tenebitur canonem soluere, & alia præstare, quæ cæteri priuati tenentur. Fiscus enim utitur iure priuatorum, præterquam in eis sibus exceptis: Nec mouet igitur spes caducitatis, quæ obijcitur: quia etsi ad fiscum non transeat, æquè exigua

quia spes caducitatis est; cùm Emphyteusis perpetua sit, & ad hæredes extraneos transitoria: Semper enim ferè hæres est aliquis ei, qui aliquid bonorum relinquit.

Illud maximi momenti est, quod dicebatur, etsi ad fiscum transeat, posse nihilominus Ecclesiam intra biennium rem vindicare ex Nouella, de alienatione & Emphyteusi. §. 1. Sed dicendum est, eam Constitutionem pertinere ad Ecclesiam Constantinopolitanam, non autem ad alias Ecclesias. Repugnet quantum velit Alexander, in l. Si finita, §. Si de vectigalibus, num. 36. ff. de damno infecto. & Bursatus d. consi. 199. lib. 2. num. 6.

1. Hoc enim demonstro satis manifestè ex verbis dictæ Nouellæ. Nam post verba illa superiùs relata, quę habentur in d. §. 1. ante §. Licentiam. Sic Imperator scribit: *Et hoc quidem super his quæ maioris Ecclesiæ sunt, & prædictarum venerabilium domorum, quæ sunt in hac regia Ciuitate, vel eius circuitu adhærentium disposuimus. In alijs verò sanctissimis Ecclesijs & Monasterijs, &c. Seu reliquis venerabilibus domibus, quæ in omnibus Prouincijs nostræ Reipub. positæ sunt, &c. consequenter definire properamus. Licentiam igitur, &c.*

Ex quibus verbis apparet, totam superiorem Constitutionem, in qua ea pars, de qua agitur, continetur ad Ecclesiam Constantinopolitanam pertinere, quæ verò Imperator subdit, pertinere ad cæteras Ecclesias. Itaque præclarè Cuiacius ad Nouellam 120. *Id est, singulare in Ecclesia maiore Constantinopolitana, & alijs religiosis ædibus, quæ sunt intra eam vrbem, vel intra territorium, eius, vt prædiorum suorum, perpetuam Emphyteusim, vel etiam permutationem prædiorum inuicem facere non possint.* Et post pauca: *Id etiam est singulare in eis, vt post contractam Emphyteusim cum fisco, vel Imperatore, vel Republica, vel Curia, vel cum alio venerabili loco possint pœnitere, intra biennium.*

Et re vera ita est, legas Nouellam illam de Alienatione & Emphyteusi, quæ est 7. secundùm nonam trãslationem, videbis statim initio de Ecclesia Constantinopolitana sic statutum esse, de alijs verò Ecclesijs aliter constitutum, in §. Licentiam, sicut & ipsemet Imperator paulò antè d. §. Licentiam, apertè declarat, vt patet ex verbis quæ superiùs retuli: Quam ob rem non video fundamentum vllum quo eorum sententia nitatur; qui dixerunt, priorem partem dictæ Nouellę, ad omnes Ecclesias pertinere; non autem ad Ecclesiã Constantinopolitanam tantum: Et facilè adducor ad suspicandam, eos aut non legisse, aut certè non rectè expendisse (quandoque enim bonus dormitat Homerus) totam eam Constitutionem.

CAPVT LIV.

De confiscatione bonorum ob delictum, quanto temporis spatio exceptione præscriptionis opposita euitari possit?

Video controuersiam esse inter Doctores circa tempus præscribendi aduersus fiscum, ob delictum occupare volentem condemnati alicuius bona. Nam aliqui spatium annorum quinque constituunt. Alij viginti. Alij triginta. Alij quadraginta. Vide Bartolum in l. 2. C. de vectigalib. Abbatem & Felynum, in c. Cùm nobis, de Præscript. Bussium tit. de Bonorum publicatione, num. 78. Tobiam Nonium consi. 105. Peregrinum de iure fisc. lib. 6. tit. 8. 36. Antonium Gomesium tit. de Confiscatione num. 5. Farinaceum tit. de Inquisitione, q. 10. num. 8a. & tit. de Delictis, & pœnis, q. 25. num. 158. cum seqq.

Pro quinquennio adfertur l. 2. C. de Apostatis, male: quia non de confiscatione loquitur, sed de actione intra quinquennium exercenda, contra testamentum apostatæ, ibi. *Eaq; gratia testari minimè potuisse confirmas intra istiuc quinquennium, &c.*

A Item adfertur l. 2. C. de vectigal. & commiss. non rectè, quia loquitur de rebus, quæ in commissum inciderunt propter vectigal non solutum, nos autem de bonorum omnium confiscatione ob delictum quærimus.

Item adfertur, l. in cognitione, ff. ad Syllan. Non placet, quia loquitur *de cognitione aperti aduersus Senatusconsultum testamenti, eius, qui à familia sua occisus dicatur.*

Pro triginta annis adfertur Regula l. Sicut, l. Omnes, C. de Præscript. 30. vel 40. annor. Non placet, quia in caussis fiscalibus alio iure vtimur, l. in omnibus, ff. de iure fisci.

Pro annis quadraginta adfertur c. 2. §. 1. de Præscrip. lib. 6. rectè, in illa facti specie de qua S. Pontifex respondit, nimirum, cùm de confiscandis hæreticorum bonis agitur.

B Pro annis viginti adfertur l. In omnibus, ff. de iure fisci. rectè. Sic enim ait lex: *In omnibus fisci quæstionibus, exceptis caussis, in quibus minora tempora seruari specialiter constitutum est, viginti annorum præscriptio custoditur.*

Sed hic minora tempora constituta non sunt, Ergo viginti annorum custodienda præscriptio est.

Item adfertur l. Quærela, C. ad l. Cornel. de falsis. rectè. Sic enim Diocletianus: *Querela falsi temporalibus præscriptionibus non excluditur, nisi viginti annorum exceptione, sicut cætera quoque ferè crimina.* Iunge doctissimi Peregrini argumentationem; *Si de delicto cognosci potest, vsque ad annos viginti quoad condemnationem in persona, multo magis quoad condemnationem in rebus, quia condemnatio in rebus accessoria est, & quia persona sunt digniores rebus.*

CAPVT LV.

C *An in criminibus Iudex possit incipere à captura personæ, nullis præcedentibus indicijs?*



Vdicem in criminibus incipere à captura personæ posse, etiam nullis indicijs præcedentibus, multi quidem dixerunt, sed nemo hactenus probare potuit, id iuri nostro consentaneum esse. Sic dixerunt Baldus in l. 2. C. qui Cautiones, & in l. Consentaneũ, nu. 11. C. Quomo. & quando iudex. Marsilius sing. 93. incip. Iudex licet sine indicijs, & alibi. alios citat Farinacius, tit. de Carceribus, & carceratis, q. 27. num. 115.

Adfertur l. Consentaneum, C. quom. & quando Iudex, vbi Gloss. dicit, citationem fieri & re, & verbo, & hoc per ordinarium tantùm adducit text. in §. Si verò etiam quidam, in Auth. de exhiben. reis, & Bartolus ibidem notat ex dicta Glos. *Ordinarium posse capere*

D *personam quando vult.*

Adfertur etiam cap. Si clericus, de sentent. excommun. lib. 6. Et quod hæc sit generalis consuetudo, teste Paulo Castrense, in consi. 327. num. 1. lib. 2.

Sed l. Consentaneum, nihil ad rem facit, nec loquitur de criminibus, nec de captura: legatur Text. in §. Si verò etiam quidam, qui loquitur de reo exhibendo, tanquam periuro, & penè sui accusatore per fugam facto. Quod attinet ad c. Si Clericus, agitur quidem ibi de Clerico in carcerem coniecto, sed nullum verbum, quod in carcerem conijci possit, non præcedentibus indicijs. Denique Consuetudo quæ adfertur irrationabilis est, & non valet, c. vlt. de Consuet.

Contrariam igitur sententiam verissimam esse non dubito, quam secuti sunt Clarus, q. 28. vers. Scias autem Rolandus à Valle, in consi. 17. lib. 3. in principio, alios

A alios citat Farinacius loco proximè citato, vbi hanc sententiam sequitur. Fundamentum est indubitatum. Nam cur deberet aliquis capi & in carcerem conijci, nisi suspectus esset de delicto commisso? Hoc sanè maximam iniuriam irrogat, maximumque præiudicium: quod nemo sanæ mentis negauerit. Ergò, cùm delictũ non sit præsumendum, sed probandum, non video quomodo Iudici hoc sit permissum, vt statim accusatione audita, vel denunciatione, seu quærela, absque vllis legitimis suspicionibus atque indicijs, debeat aliquem capiendum, & ad carceres deducendum curare. Qui hæc tentare voluerit, me certè consentientem non habebit, sed non vllum alium forsitan inueniet rectè sentientem.

CAPVT LVI.

Quæ sint inditia legitima ad capturam rei in criminibus.

B Gratis etiam laborant in definiendo, quæ sint inditia legitima ad capturam rei in criminibus. Alijs solam suspicionem sufficere affirmantibus. Alijs leuia quædam inditia. Alijs diffamationem. Alijs qualem qualem informationem. Alijs denique totã hanc rem in arbitrium prudentis Iudicis conijcientibus. Hæc enim postrema sola sententia vera est, Vlpianus: *De custodia reorum Proconsulem existimare solere, vtrum in carcerem recipienda sit persona, an militi tradenda, vel fideiussoribus committenda, vel etiam sibi. Hoc autem vel pro criminis, quod obijcitur, qualitate, vel propter honorem, aut propter amplissimas facultates, vel pro innocentia personæ, vel pro dignitate eius qui accusatur facere solet.* l. 1. ff. de custo. & exhib. reor.

CAPVT LVII.

C *An Iudex teneatur actione iniuriarum, si aliquem iniustè in carcerem coniecerit?*

Non puto Iudicem actione iniuriarum cõueniri posse, propterea quòd aliquem absque iusta caussa in carcerem coniecerit; sed aliter tamen puniendum existimo, Iudicis arbitrio.

Mouet illa quod Vlpianus scribit in l. Iniuriarum 33. §. 1. ff. de iniurijs: *Is qui iure publico vtitur, non videtur iniuriæ faciendæ caussa hoc facere. Iuris enim executio non habet iniuriam.* Et paulò infrà: *Quæ iure potestatis à Magistratu fiunt ad iniuriarum actionem non pertinent.*

D Et quod respondit Paulus: *Quod Reipublicæ venerandæ caussa secundum bonos mores fit, etiamsi ad contumeliam alicuius pertinet, quia tamen non ea mente Magistratus facit, vt iniuriam faciat, sed ad vindictam Magistratus publicæ respiciat; actione iniuriarum nõ tenetur.* l. Quod Reipubl. ff. eod. tit. Ita docuit Paris de Puteo, in tract. Syndicatus, in verbo, *Captura*, cap. 2. incip. *Quia plerumque officiales*, num. 5. Farinacius sequitur tit. de Carceribus, & carceratis, q. 27. num. 137.

Contrariũ docuerunt alij magis communiter Baldus in l. Per diuersas, C. mand. Castrensis & Iason, in l. 4. §. Si quis condemnatus, num. 22. de re iud. Iodocus, tit. de Citatione reali. Rolandus consi. 17. num. 1. lib. 3. & 18. num. 5. & 56. num. 16. eodem libro alios citat. Farinacius vbi supra, num. 135.

Fundamentum est primò in l. 32. ff. de iniur. Vlpianus: *Nec Magistratibus licet aliquid iniuriosè facere. Si quid igitur per iniuriam fecerit Magistratus, vel quasi priuatus, vel fiducia Magistratus, iniuriarum potest conueniri.*

A Respondeo, Vlpianum loqui de Magistratu, qui animum habet iniuriandi; quo casu fateor conueniri posse actione iniuriarum. Sed quæstio nostra debet accipi, cùm dubium est, an Magistratus animo iniuriandi aliquem iniustè in carcerem coniecerit: tunc dicimus, iniuriarum actione conueniri non posse, ex ea videlicet sola ratione, quod iniustè fecerit. Nam si cõstaret, eum hoc fecisse animo iniuriandi, fine dubio tenebitur actione iniuriarum.

Secundò, fundamentum est in l. fallaciter, C. de abolitionibus illis uerbis; *Et reus aliquid iniuria inscriptionibus illatæ tolerauerit, idest, si vel carceres sustinuerit*, &c. Respondeo, uerbum *iniuria* ibi accipi pro eo quod nõ iure fit, ut in Instit. de iniur. §. 1. Non enim dubitãdum est, quin Magistratus dicatur iniuriam facere ei, quẽ iniustè ad carcerem mittit, sed nos loquimur hic de contumelia, quæ actionem iniuriarum parit: Et dicimus Magistratum non uideri contumeliæ caussa facere in dubio. Et idcirco iniuriarum actione non teneri. B Si tamen iniuriandi animum habuerit, aliter respondemus, quia tunc tenebitur iniuriarum actione.

Tertiò, fundamentum est in l. Si uerò, §. 1. ff. qui satisd. cogan. ibi. *Quia sanè non fine qualibet iniuria est, duci in ius eum qui satis idoneum fideiussorem det.*

Respondeo, Caium loqui de iniuriarum actione aduersus eum, qui fideiussorem locupleté, & pro rei qualitate satis idoneum non accepit; non autem contra Magistratum. Ideo nihil obstat.

CAPVT LVIII.

An hosti sit fides seruanda à priuatis data.

C Hæc controuersia, an fides hosti seruanda sit à priuatis hominibus interposita, lucem nonnullam afferet ad alias aliquas Controuersias quæ sequentur. Duę sunt contrariæ Doctorum sententiæ, quarum altera affirmat, altera verò negat fidem esse seruandam. Vide Bartolum in l. 5. ff. de Pactis, Zasium in q. 5. de Iudæis, Duarenum in l. 1. ff. de Pactis, Alciatum in libello de singulari certaminé, cap. 44. Placam in Epitome Delictorum c. 37. Didacum Couuar. in Epitome de Sponsalib. 2. par. c. 3. §. 4. num. 14.

Affirmantis sententiæ fundamentum est primò in regula generali, qua dicitur fidem seruandam esse, l. 1. ff. de Pactis, l. 1. ff. de constituta pecunia. Secundò in c. Noli 23. q. 1. vbi S. Augustinus apertè scribit, etiam hosti fidem seruandam. Tertiò in l. Nam & Seruius, ff. de neg. gestis, vbi dicitur: *Cùm à Lusitanis tres capti essent, & vnus ea conditione missus, vt pecuniam pro tribus adferret, & nisi redijsset, vt duo pro eo quoque pecuniam darent, isq; reuerti noluisset, & ob hanc caussam illi pro tertio quoque pecuniam soluissent, æquum esse Prætorem in eũ reddere iudicium.*

D Negantis autem sententiæ fundamentum est. Primò in l. 1. §. Non fuit, ff. de dolo, ibi, *quoniam veteres etiã bonum dolum dicebant, & pro solertia hoc nomen accipiebant, maxime si aduersus hostem latronemve quis machinaretur.* Secundò in l. 25. ff. de capit. & postlim. reuers. ubi I.C. *Nihil interest quomodo captiuus reuersus sit, vtrum dimissus, an vi, fallaciave potestatem hostium euaserit.* Tertiò in c. Dominus noster 23. q. 2. ubi S. Augustinus: *Cùm autem iustum bellum suscipitur, vtrum apertè pugnet, an ex insidijs, nihil ad iustitiam interest.* Quartò in l. 2. C. de commerc. & mercator. ubi Gratianus Imperator ad Tatianum scribens, præcipit aurum barbaris non solum non præberi, sed etiam quod apud eos inuentum fuerit, *subtili ingenio auferri debere.* Quintò in l. 5. ff. de re militari, ubi I.C. *Qui captus cùm poterat redire, non rediit, pro transfuga habetur.*

Mihi prior sententia magis placet, quia probabilioribus

ribus nititur argumentis, quibus addo historiam Marci Aquilij, cuius meminit l. 5. ff. de captiuis.

Ad primùm argumentum contrariæ sententiæ respondeo, testimonium illud Vlpiani accipiendum esse de insidijs, quæ stratagemata dicuntur, quibus aduersus hostem vti permissum est.

Ad secundùm respondeo, nihil interesse, quomodo captiuus reuersus sit, verum dimissus, an vi vel fallacia potestatem hostium euaserit: accipiendum esse quoad ius postliminij. Hoc enim duntaxat sufficit eū ab hostibus rediisse; modò animum habeat remanendi in Ciuitate, vt in lege allegata dicitur.

Ad tertiùm respondeo, permissum esse, vt suprà etiam dixi, aduersus hostes insidijs vti, & hoc probat argumentum, sed sententiam nostram non offendit.

Ad quartùm respondeo, hæc esse dissimilia: Fidem hostibus datam seruare, vel non seruare: & aurum hostibus non præbere, sed auferre: nihil sanè commune habent.

Ad quintùm respondeo, nihil aliud eo probari, quā si quis possit, cùm captus est, ad suos redire & nolit, quia videlicet malit apud hostes manere, pro transfuga habendum esse. Meritò: sed nihil hoc ad quæstionem, de qua agitur: an fides hosti sit seruanda.

Vnus restare videtur scrupulus, quia promissio hosti facta videtur rescindenda, propter metum captiuitatis, l. 4. ff. de eo quod met. caussa. Respondeo, id locū non habere, quando captiuitas & seruitus est iusta, l. Si mulier, ff. eod. tit.

CAPVT LIX.

Saluus conductus à Principe concessus exbannitis, ob grauissima delicta, sitnè seruandus?

NE pluribus lectorem morer, existimo, saluum conductum à Principe datum exbannitis seruandum esse: quia graue est fidem fallere, l. 1. ff. de Pact. l. 1. ff. de constitut. pecun. & alibi, vt dicitur, nihil tam conueniens esse naturali æquitati, quàm fidem datam seruari.

Nec me ab hac sententia communioribus Doctorum suffragijs munita deterrent, quæ grauissimi aliquot autores, quorum nomina inferius dabo, pro contraria sententia stabilienda, in medium attulerunt.

Primùm, quia hæc dicitur esse fragilis cautio, argu. l. qui ita, §. 1. ff. ad Trebel. quod non aliam ob caussam contingere videtur, nisi quia non cogatur quis seruare eiusmodi cautiones.

Secundò, quia seruare huiusmodi promissiones & cautiones, contra publicam vtilitatem pugnare videtur, quæ hoc exigit, vt delicta puniantur, l. ita vulneratus, ff. ad l. Aquil.

Tertiò, quia fides hostibus seruanda non sit.

Quartò, ex l. eùm pater, §. Titio, de leg. 2. illis verbis: *Nec videtur dolo fecisse, cùm fraudem excluserit.*

Quintò, ex §. neque in Nouella, de mandatis Princip. Sic enim Iustinianus ait: *Neque autem homicidis, neque adulteris, neque virginum raptoribus delinquentibus terminorum custodes cautelam*, &c.

Sextò, quia cum talibus exbannitis & condemnatis nulla videtur posse obligatio contrahi; nec enim sunt capaces obligationum tanquam hostes, & veluti transfugę.

Septimò, quoniam exempla extant grauissimorum Principum, qui tales cautiones datas non seruarunt.

Autores sunt multi apud Petrum Placam, in Epitome Delictorum, cap. 37. Herculanum de Cautione de non offenden. cap. 37. num. 10. Horatium Lucium inter consi. crim. lib. 1. consi. 167. Iacobum Nouellum

A Pract. Crim. Regula 182. in 7. fall. Paridem à Puteo tract. Syndicatus in verbo, Saluus conductus, cap. 1. num. 2. Angelum de Maleficijs, in verbo, *Quod fama publica præcedente.* num. 6. Mandosium in Pract. Commissionum, tract. de signatura gratiæ, Rubr. de Saluo conductu. Mynsing. Cent. 1. Obseru. 82.

Respondeo ad primùm, Iurisconsultum non loqui de fragilitate cautionis, eam ob caussam, quod seruari non debeat: sed quia aliquando vel non sufficit propter inopiam eius, qui se obligat, vel alias ob caussas: non autem propterea, quòd non teneatur qui promisit, eam seruare: alioqui superuacaneæ forent cautiones omnes ac fideiussiones: quod absurdum est dicere.

Ad secundùm respondeo, vtilitati quidem publicæ aduersari, delictorum impunitatem: sed tamen si Princeps eam promiserit, debere eam seruare: quemadmodum seruare tenetur, vbi ex gratia pœnam condonauit.

B Ad tertiùm respondeo, negando id quod asseritur, nimirum fidem hostibus seruandam non esse: Nam contrariam sententiam in præcedenti capite approbauimus.

Ad quartùm respondeo, aliud esse fraudem excludere, quod permissum est, aliud fidem violare, quod graue ac turpe est.

Ad quintùm respondeo, sententiam Iustiniani in dicta Nouella hanc esse, templorum immunitatem homicidis, adulteris, & similibus præstandam non esse: id patet ex verbis sequentibus, quæ sic se habent: *Sed etiam inde extrahes, & supplicium eis inferes*, &c. Rectè Cuiacius in expositione dictæ Nouellæ: *Si iudicium est criminale, non seruatur ius asyli, exempli caussa, Sicarijs, adulteris, raptoribus virginum, vt hac Nouella continetur*, &c. Quanquam aliter Iure Canonico sit constitutum, vt habetur in titu. de Immunitate Ecclesiarum.

C Ad sextùm respondeo, Iure quidem Ciuili nullam cum istis hominibus obligationem contrahi: sed loquimur nunc de fide data, ex quo oritur naturalis obligatio, cuius procul dubio isti sunt capaces.

Ad septimùm, ab exemplis petitum, respondet doctè, elatè & sufficienter, D. Menochius in consi. 100. num. 223. lib. 1.

Dixi hanc esse communiorem sententiam, & probo ex Gregorio Magalotto, in tract. de Saluo conductu, decis. 19. Bursato consilio 177. numer. 27. libro 2. & 345. numero 25. libro 4. Bertazulo consilio 359. libro 2. Farinacio titulo de Carceribus & carceratis q. 29. in principio.

CAPVT LX.

D *Frangens fidem publicam, hoc est, offendens eum qui à Principe saluum conductum habet, an incidat in crimen læsæ Maiestatis?*



VLpianus ait: *Maiestatis crimen est quod aduersus populum Romanum, vel aduersus securitatem eius committitur*, in l. 1. ff. ad legem Iul. Maiest.

Rectè Budæus exponit *securitatem*, id est, tranquillitatem & pacem, & Duarenus lib. 2. cap. 22. Disputationum. Malè hinc nostri, qui pro fide publica accipiunt, quam vulgò saluum conductum appellamus, inde colligunt, in crimen læsę Maiestatis incidere eum qui offendit eos, qui à Principe saluum cō ductum habent; sicut & Bursatus annotauit, in consi. 216. num. 24. lib. 2.

Saluus conductus est fides publica, securitas Latinè loquentibus est animi tranquillitas, & pax cōtra-

ria curæ & anxietati: Si quis ergò populi Romani pacem, & tranquillitatem turbauerit, is reus est læsæ Maiestatis, Qui offendit eum qui publica fide tutus est: non offendit Principis Maiestatem, vel populi Romani tranquillitatem & pacem; sed hominem priuatum offendit. Facit contra Principis voluntatem, contra mandatum eius: sed læsæ Maiestatis reus non est, alioqui omnes qui leges Principum, qui eorum mandata violauerint, statim erunt læsæ Maiestatis rei: quod absurdum est dicere. Si tamen proponatur fidem publicam violari in contemptum Principis, eoque animo, vt Principi iniuria inferatur, tunc affirmare non verebor legi Iuliæ Maiestatis locum esse, vt rectè Bossius explicat de crimine læsæ Maiestatis, nu. 10.

CAPVT LXI.

An possit Iudex, vt reus fateatur delictum, impunitatem ei promittere: & postea confessum condemnare, ac punire.

CElebris est sententia Dominici à S. Gem. licere iudici delinquenti promittere impunitatem, & liberationem, ut delictum fateatur, eumque postea confessum condemnare ac punire, in cap. Nos in quemquam, 2. q. 1. Nam pro huiusmodi simulationibus pugnare uidetur iudicium Salomonis, in cap. Afferte, de Præsumpt. & quod scriptum est ob publicam utilitatē permissam esse simulationem, in c. Vtilem, 22. q. 2. Sequitur Feliu. in d. c. Afferte, de Præsumpt.

Sed nihil promisit Salomon, cùm dixit, *Afferte mihi gladium*: nec uspiam dicitur licere mentiri, & fidem non seruare, & sub fide publica quemquam decipere; immò repugnat l. 1. ff. de pact. l. 5. ff. eod. l. 1. ff. de const. pecun. l. 1. C. de his qui uen. æta. impetrau. Ergò contraria sententia uerior, quam secutus est Decius cùm alijs qui annotationes in eum scripserunt, ad l. ea est natura, de reg. iur. Io. Imolens. cons. 109. Marsil. Sing. 101. nu. 4. Thomas Grammaticus, in q. 3. post decisiones, Petrus Placa in Epitome Delictorum, c. 37. nu. 5. Couuar. lib. 1. Variar. resolut. cap. 2. non procul à fine. Nil moror distinctionem Blanci in Pract. Crim. §. Da sis defensionibus, nu. 30.

Non obstat, si dicatur promissionem factam impunitatis non ualere: quia Iudex hanc potestatem nō habet: & contra publicam utilitatem fieri, seruando huiusmodi promissiones. Publicam uerò utilitatem præferendam esse priuatæ.

Nam respondeo, non licere quidem Iudici hæc promittere: sed tamen sub fide publica neminem esse decipiendum: Nec idcirco delictum impunitum esse relinquendum, contra ius, & publicam utilitatem: quia poterit reus & condemnari & puniri, si in ea confessione perseuerauerit, uel alijs modis ab eo cōmissum probatur delictum: uel testibus, uel alijs argumentis. Ex confessione illa *sic extorta dicimus condemnari & puniri non posse.*

Nec assentior ijs, qui pœna extraordinaria ex sola illa confessione non confirmata, nec reuocata, reum esse puniendum, statuunt. Menoch. de arbitr. Casu 367. nu. 4. quia id iure non probatur. Nouissimè legi Binsfeldium egregiè confutantem argumenta Bodini, quibus probare conatur, reum esse puniendum, & iudicibus hæc mendacia ac deceptiones esse permissas, in tract. de Confessionibus maleficorum, in 7. Conclus. in 3. dubio.

CAPVT LXII.

Iudex an possit concedere saluum conductum bannito uel condemnato.

NE diu lector animi pendeat in hac graui, & uarijs Doctorum sententijs implicita quæstione, existimo Iudicem nequaquā posse concedere saluum conductum bannito vel condemnato: sed hoc ius Principi soli competere.

Martianus: *Et nemo potest commeatum remeatumve dare exuli, nisi Imperator ex aliqua causa*, l. Relegati, ff. de pœnis.

Alij dicunt posse, primò ex l. Is qui reus, cum Gloss. ff. de publicis iudic. Vlpianus: *Inchoatas planè delationes ante damnationem implere eis, & post damnationem permissum est.* Gloss. ibi: *Sed quomodo non ciuis stabit in Ciuitate? Dic quod interim permittitur ei stare in Ciuitate?* Respondeo, hæc esse dissimilia; inchoatam accusationem ante damnationem prosequi, & condemnatum in Ciuitate recipere cum fide publica, ne puniatur: vt de nouo delictum ipsius, vel alterius cognoscatur.

Cùm nondum ex Ciuitate abijt, nec executioni mādata est sententia, nil mirum, si differri possit executio, argum. l. Prægnantis, ff. de pœnis, l. Ad bestias, ff. eodē. At exulem admittere, commeatum ei dare, & remeatum, hoc est, veniendi ac recedendi potestatem, id verò nō est Iudici permissum, sed soli Principi, vel ei qui loco Principis est.

Secundò, quia Iudex studere debet omni conatu, vt veritatem inueniat, l. 2. C. si contra ius, & c. 2. Iudicantem, 30. q. 5. Veritas autem faciliùs inuenitur ex præsentia rei; nam magna sumitur coniectura ex vultu, ex animi motu, ex constantia & trepidatione, l. De minore, §. Tormenta, ff. de quæstio. Ergò reo saluus conductus est concedendus, vt veniat. Sic enim veritas cognoscetur.

Respondeo, concedo totum; sed dico ab eo esse saluum conductum concedēdum, qui potestatem habet, hoc est, à Principe; Hæc enim est quidem iusta caussa, sed requiritur potestas quoque, quam nego Iudices habere.

Tertiò, quia in ea re bonum publicum vertitur propter defensionem innocentis, l. Seruum quoque, §. Publicè, ff. de Procurat. Iudex ergò hanc securitatem concedere potest propter bonum publicum.

Respondeo, argumentum probare concedendam esse securitatem ab eo qui potestatem habet: sed non à Iudice, quia is non potest sibi potestatem arrogare, quam non habet sub colore publicæ vtilitatis. Quare & Principi eum scribere oportet, si quando ei, qui nocens uidebatur, postea ratio innocentiæ constiterit, l. 2. §. ult. ff. de quæst.

Alij negant securitatem dari posse bannito & condemnato: aiunt autem rectè dari nondum condemnato. Bossius post Salycet. in titul. de citationibus, num. 39.

Sed nulla legum autoritate, aut ratione probant alterum membrum distinctionis, quo asserunt, securitatem posse dari. Qui enim poterit Iudex legum executor aut minister: in cuius potestate facti quæstio est, non pœnæ persecutio, lege prima, ff. ad Turpil. tales gratias impertiri, quæ ex Principis clementia pendent?

Alij distinguunt, an reus condemnatus facilè apprehendi possit, uel non: priore casu negant securitatem dari posse. Posteriori autem affirmant. Sed ultimum membrum distinctionis iure non probatur.

Alij distinguunt, utrum talis sit caussa, quæ possit per

per procuratorem agi, vel non fit talis causa. Priori casu negant dari posse securitatem. Posteriori affirmant.

Sed hæc distinctio eadem laborat probationis inopia: nec enim vllo iuris testimonio comprobatur.

Alij denique distinguunt, an subsit iusta caussa vel non subsit concedendi huiusmodi securitates. Sed refellit hanc sententiam Martianus, quem initiò adduxi, cùm ait, neminem posse, nisi Imperatorem, ex aliqua caussa exuli commeatum vel remeatum dare, in d.l. Relegati, ff. de pœnis. Non distinguit inter temporalem & perpetuam securitatẽ, ne quis ea distinctione confidat. Ergò & iusta caussa requiritur, & Principis consensus.

En Doctores. Bartolus in d.l. Is qui reus, ff. de pub. iudic. Marsilius §. aggredior, num. 104. Iason in l. Conuentionum, num. 4. ff. de pactis. Blancus pract. crim. §. Datis defensionibus, nu. 15. Clarus quæst. 32. vers. Sed hic quæro. Menochius de arbit. lib. 1. q. 81. & 92. & Casu 337. & consi. 110. num. 197. D. Tib. Decianus consi. 96. lib. 3. Afflict. decis. 4. Grammaticus Voto 25. Farinacius tit. de Carceribus & carceratis, q. 29. nu. 81. cum B seq. vbi etiam refert Pontificias Constitutiones, quibus in ditione Ecclesiastica Iudices dare prohibentur huiusmodi securitates.

CAPVT LXIII.

Si Iudex concesserit saluum conductum exbannito seu condemnato, cùm de iure non posset, an seruare fidem teneatur.

CONtrouertitur quoque, an si Iudex dederit bannito seu condemnato saluum conductum, cùm de iure non posset, teneatur fidem seruare. Aliqui enim affirmant. Aliqui negãt. Vide Salycet. ad l. cùm indulgentia, C. de sentẽ. passis. Menoch. de arbitr. q. 81. num. 11. & Casu 336. num. 27. & num. 33. Farinacium tit. de Carceribus & carceratis, q. 29. num. 95. Ego affirmanti sententiæ calculum præbeo, quia nemo decipiendus est sub fide publica, vt dixi cap. præcedenti; Fundamentum contrariæ sententiæ est idem, quo nituntur ij, qui negant seruandam esse fidem hostibus & exbannitis, quod retuli fusiùs, & confutaui suprà cap. 58.

CAPVT LXIV.

An effringens carceres mortis pœnam incurrat?

VLpianus: *De his qui carcere effracto euaserint, sumendum supplicium, Diui fratres Emilio Teroni rescripserunt. Saturnini etiam probat, eos, qui de carcere eruperũt, siue effractis foribus, siue conspiratione, cum cæteris qui in eadem custodia erant, capite puniendos.* l. 1. ff. de effractoribus, l. Milites, §. eius fugam, ff. de re milit. ac l. Si quis aliquid, 38. §. miles, ff. de pœnis.

Sed controuersia est, an pœna capitalis intelligatur esse mors ac vltimum supplicium, vel ciuitatis amissio. Nam *appellatio capitalis mortis, vel amissionis Ciuitatis intelligenda est*, l. licet, 103. de reg. iuris.

De morte accipiendam censuerunt Marsilius in §. attingam, num. 36. Bossius tit. de carcerato, num. 5. ibi: *Maximè, quia leges loquuntur de capite naturali.* Placa in Epitome Delictorum, cap. 10. num. 26. alios citat Farinacius, tit. de Carceribus & carceratis, quæst. 30. num. 3. Duarenus ad tit. de effractoribus. Quibus adstipulatur verbum (*supplicij*,) quo Vlpianus vtitur, & criminis admissi grauitas.

Cæterum, illam pœnam capitalem de minori accipiendam esse, puta exilij, seu amissionis Ciuitatis, au-A ctores sunt Petrus Duenas reg. 393. in 9. limit. Vrsillus ad Afflictum, deci si. 404. num. 16. Bursatus consi. 346. nu. 32. lib. 4. & alij, quos refert & sequitur Farinacius vbi suprà, num. 4. Quibus addo Ludouicum à Peguera decis. 1. Consilij Cathaloniæ, ad finem.

His adstipulatur l. interpretatione, ff. de pœnis, & vulgaris doctrina Glos. in l. 1. C. Ne Christianum mãcipium. Nec obstat verbum (*Supplicium*,) quia mortẽ tunc significat, cùm adijcitur, *vltimum*, l. Vltimum, ff. de pœnis, uel *summum*. l. capitalium, ff. eod.

Ego benigniori sentẽtiæ calculum præberem meũ, nisi uiderem eos qui carceres effringunt Maiestatem ipsius Magistratus contemnere; & plerunque Constitutionibus caueri hoc crimen mortis pœna mulctandum.

CAPVT LXV.

Fugiens ex carcere effracto, an videatur fateri delictum, & tanquam confessus sit damnandus?

CAllistratus: *In eos qui cùm recepti essent in carcerem conspirauerint, vt ruptis vinculis, & effracto carcere euadant: amplius quàm causa, ex qua recepti sunt, reposcit, constituendum est; Et quamuis innocentes ex eo crimine inueniantur, propter quod impacti sunt in carcerem: tamen puniendi sunt.* l. 13. ff. de custodia & exhib. reorum.

Gloss. in uerb. *Puniendi non aperit*, inquit, *qua pœna, sed videtur referre se ad pœnam eius criminis, pro quo erat ibi: vt sic habeatur pro confesso: Ad quod est in Auth. de collato. §. Prohibeamus.*

Eandem sententiam secuti sunt Bartolus ibidem, & In tract. de carcere. Angelus de Maleficijs, in uerbo; *Quod fama publica*, num. 82. Marsilius §. attingam, nu. 44. Grammaticus consi. 57. nu. 3. Menochius de arbit. C Casu 301. nu. 5. & de Præsump. lib. 1. Præsumpt. 89. nu. 45. Rolandus à Valle consi. 7. nu. 8. lib. 1. Mascard. de probationib. uol. 1. conclus. 266. nu. 1. & conclus. 498. num. 16. eodem lib. & conclus. 820. num. 1. lib. 2. Franciscus Becius consi. 70. num. 23.

Sed nec text. quem Gloss. adducit ad rem facit: nec Callistrati uerba hanc interpretationem admittunt. Primò, quia cùm non aperiat, qua pœna sint puniendi tales effractores, non licet nobis inferre, esse puniẽdos pęna crimini constituta, propter quod in carcerem coniecti sunt. Secundò, quia pęna eorum, qui carcerem effringunt, & euadunt, capitalis est, ut in l. 1. ff. de effractoribus, & alibi, ut in præcedenti capite dixi: non igitur est pęna eadem, quæ crimini imposita est. Tertiò, nam Callistratus dicit, puniendos esse etiam eos qui ex eo crimine, propter quod in carcerem coniecti fuere, innocentes sunt: Quomodo D autem pro confesso habere possumus innocentem, eumque tanquam nocentem condemnare? Quartò, quia hæc est perspicua Iureconsulti sententia, eos qui effractis carceribus effugiunt, puniẽdos esse amplius, hoc est, grauius, quàm caussa exposcit, ob quam in carcerem missi fuerunt. Licet enim ob leuem fortè caussam carceri essent inclusi, tamen effracturæ carceris crimen & fugæ, graui pęna coercendum esse. Immò & puniendos esse, licet fuerint innocentes, ex eo crimine propter quod in carcere detinentur: quia scilicet effractionis carceris atque euasionis crimen ipsum per se pęnam meretur.

Contrariam igitur sententiam habuerunt Albericus in d. l. in eos, Cumanus consil. 105. Boerius decis. 215. nu. 22. Duenas Reg. 392. in prima ampl. Anton. Gomes. de Captura reos. num. 11. Bursatus consi. 346.

nu.30.31.35.lib.4.Bertazolus cons.34.nu. 1. & 35. nu. 15.alios citat Farinacius, eandem & ipse sententiam secutus tit.de Carceribus & carceratis,q.30.nu. 8. & seqq. quibus addo Ludouicum de Pegucra decis. 1. Consilij Cathaloniæ, & Ioan. Vaudum Quæst. Iuris lib.2.c.2.vbi malè iudicio meo scribit,ex l.1.§.vlt. ff. de effractorib. *Tenuioribus ex hac caussa,non vltrà operis publici pœnam,honestioribus non vltra relegationis irrogandã esse*,quia tex.in d.§.vltimo, non de carcerum effractoribus loquitur,sed de furibus qui effringunt, vt latrocinentur, vt patet ex verbis præcedentibus. Nam quantum attinet ad carcerum effractores, iam dixerat Iurisconsultus initio ipsius legis, pœnam esse capitalem.

CAPVT LXVI.

Controuersia circa conciliationem l.1.ff. de effractorib. & l.1.In eos,ff.de custodia & exhib.reor. de fugiente ex carceribus.

CAllistratus in l.In eos,ff.de custodia & exhibit. reor. hoc tantùm vult, puniendos esse eos,qui carceri mancipati conspirãt, vt ruptis vinculis & effracto carcere aufugiant. Vlpianus autem in l.1.ff.de effractoribus pœnam capitis esse respondit. Ergò nulla opus est conciliatione,quia non dissentiunt. Alter ait puniendos, alter genus pœnæ declarat, capitis esse dicens.

Malè ergo qui vt eas leges conciliarent, dixerunt, Callistratum loqui de ijs,qui tentarunt fugam ex carceribus,sed non fugerunt. Vlpianum verò de illis, qui fugam tentarunt ex carceribus,& euaserunt.

Non placet: licet enim Callistratus expresè non faciat fugæ & euasionis mentionem; tamen non est credendus loqui de solo conatu ad euadendum.

C Minus probatur eorum sententia,qui dixerunt, ita conciliari hæc responsa, vt contra fugientes ruptis carceribus duplex pœna statuatur, nimirum capitis,iuxta Vlpiani responsum;& pœna quæ imposita crimini est; cuius caussa in carceres missi sunt, qui eis effractis aufugerunt,quia scilicet pro confessis habentur. Malè: quia vna est pœna capitis expresè ab Vlpiano commemorata: Pœna illa confessi nulla est, vt dixi ca. præcedenti.

Autores,si quis scire cupit: sunt, Alberic. in d.l.In eos,& Angelus Bossius,tit.de Carces. nu. 5. Bertazolus cons.35.nu.15.Marsilius §.Attingam, nu.44. Menochius casu 301.nu.5.Mascard.de Probationib.lib.2, Concl.820.nu.9.Farinacius tit. de Carceribus & carceratis,q.30.nu.20.& 21.

CAPVT LXVII.

In pœnam in eos constitutam,qui fracto carcere euadunt, an incidant ij, qui in palatio aut alio certo loco detenti, ostio perfracto effugiunt?

D COntrouertitur etiam,an si quis non in carceribus detineatur, sed in Prætorio vel alio honestiori loco, & inde aufugiat foribus perfractis, an eadem pœna plectendus sit,qua ij plectũtur, qui effractis carceribus euadunt,iuxta l.1.ff.de effractoribus. Negat Iason post alios in Repet.l. Admonendi,nu.174.ff.de iureiu.quia in pœnalibus non fit extensio: cùm odia restringenda sint: & interpretatione molliendæ sint pœnæ potius,quàm exasperandæ, ex locis vulgarib. Lex autem pœnam capitis in eos statuit, qui carceribus effractis euadunt.

Sed profectò hæc extensio non est, sed iusta quædã

A interpretatio: nam quid refert,an frangantur carceris fores, vel Prætorij, aut alterius domus,quæ pro carcere assignata est? Eadem est ratio. Ergò idem ius esse debet: Domus & Prætorium Iudicis loco carceris habetur. Nec lex imposita verbis est,sed rebus.

Contrariam igitur sententiam amplector, quæ communior est. Vide Boerium decis.215. nu.15. Menoch. de arbitr. Casu 301.nu.9. Ducnam Reg.192. in 4. ampl.Farinacium tit.de Carceribus & carceratis, q. 30. nu.50.vbi alios citat.

CAPVT LXVIII.

Fideiussor de tuto carcere (vt vocant) sub pœna, an incidat in pœnam, si principalis aufugiat, eo in casu, quo iniustè detinebatur?

B FIdeiussorem in proposita facti specie non incidere in pœnam, tradit Lucas à Penna, in l. Si quis Decurio, nu.6.C. de Decurionibus, lib. 10. quem refert & sequitur Grammaticus,cons.crim.51.nu.7.& alios citans Farinacius, tit. de Carceribus & carceratis,q.30.num.61.

Sed contrarium respondit Hyppolitus Riminaldus in cons.135.nu.21.lib.2.qui motus est autoritate Bossij malè intellecti,in tit.de Carcerato fideiuss.committen.nu.49.sicut ostendit doctus vir ac diligens Farinacius,loco superiùs annotato. Nullum præterea in legibus fundamentum habet.

Verùm superior sententia, quæ fideiussorem excusat, negatque in pœnam incidere, fundamentum habet satis firmum. Non tenetur fideiussor,si principalis non tenetur. Nam fideiussoris obligatio accessoria est; & non potest in duriorẽ caussam obligari, quàm principalis,l.Græcè,§.Illud, ff.de fideiussor. Sed principalis qui detinetur aufugiendo, nullam pœnam incurrit,

C cùm scilicet iniustè detinetur, potest enim impunè aufugere,argum.l. Vis eius,C.de probation.& ibi Bartolus,ac cæteri hoc affirmant: estque communis omniũ sententia. Ergò nec fideiussor in pœnam incurrere debet, ne durior sit eius quàm principalis caussa, & obligatio.argum.l.Fideiussor obligari,ff.de fideiussor. Et vt exceptio iniusti carceris, quæ principali prodest, etiã fideiussori prosit, argum. l. Fideiussoris, in fine, ff. de Pactis.

CAPVT LXIX.

Quæ sit pœna eximentis iustè detentum in carceribus ex caussa criminali.

D QVi confessum in iure reum,& propter hoc in vincula coniectum, emiserit, reus est læsæ Maiestatis, l. 4. ff.ad leg. Iul. Maiest. Maleficæ artis reum, qui legum seueritati & debitæ subtraxerit quæstioni, vltimum supplicium non euadit, l.vlt.C.de Maleficis & Mathemat. Raptorem qui eximit, pœna decem librarum auri mulctatur, §. Arripiat, & §. vlt. in Authent. Vt omnes obediãt iud.prouin. Sed quid alijs casibus?

Communis sententia est eximentem eadem afficiẽdum pœna, qua is afficiendus erat, qui detinebatur in carcere. Vide Bart.in l. Sed & si eximendi,§.Item si quis,ff.Ne quis eum qui in ius uocatus est ui eximat, Iasonem ad l.1.§.Quod Prætor,nu.12. ff.eod. Alexandrũ cons.35.nu.5.lib.2.Menochium de arbitrarijs, Casu 301.nu.16.Mascardũ de probationib.uol. 1. Concl. 266.nu.16.

Fundamentum est in l.1.C.de his qui latrones, &c. Valentinianus: *Eos qui secum alieni criminis reos occultando, eum, eamve sociauerunt, par ipsos & reos pœna expectet.*

Sed

Sed hoc in casu pœnam esse arbitrariã post Ioan. Fabrum, quem citat in §. Pœnales, num. 7. Instit. de actio. existimat Farinacius, tit. de Carceribus & carceratis, q. 30. num. 93.

Mouetur hac ratione: quia absurdum esset, ob leuissimum aliquod crimen in carcerem coniectum eximẽtem, non maiori pœna teneri, quàm is teneretur, qui exemptus est: cùm turbet Iurisdictionem iudicis.

Ad l. 1. C. de his qui latrones, respondet, eam legem loqui de ijs qui latrones occultant, vel associant, non autem de his qui eos è carceribus eximunt. Et eãdem legem ipse perpendit in secundo responso, dum ait: *Latrones si quis sciens susceperit, & eos offerre Iudicibus supersederit, supplicio corporali, aut dispendio facultatum, pro qualitate personæ, & iudicis æstimatione plectetur.*

Ego communem sententiam veriorem puto, eamque confirmo ex l. Ad Commentariensem, C. de custodia reorum, vbi Imperator Valentinianus de Commentariense verba faciens, cuius culpa reus aufugit ex carceribus, decernit, eum eadem pœna teneri; *Qua obnoxius docebitur fuisse qui fugerit.*

Ad primum argumentum respondeo, non videri absurdum, quod eximens teneatur eadem pœna, nisi effringat carcerem, vel occasionem det alijs quoque in carcere existentibus euadendi. Non debet ex leuissimis caussis Iudex quempiam in carcerem conijcere. Et rarò accidere potest, eum qui ex talibus caussis coniectus in carcerem fuerit à quopiam eximi, cùm statim liberandus sit.

Ad secundùm fateor, turbari Iurisdictionem Iudicis: veruntamen pœna non debet esse grauior delicto. Quanquam fateor, rectè statui posse, vt maiori pœna tales eximentes afficiantur: si ita res exigat, vel quia frequenter ista committantur: vel alias ob caussas iustas. Disputatio nunc est duntaxat de eo, quod iure cõmuni statutum est.

Ad responsionem datam ad l. 1. C. de his qui latrones, replicari potest, licet illa lex de eximẽte eum qui in carceribus est, non loquatur, tamen eandem esse rationem in eximente, quæ in occultante delinquentẽ: Nam eximens delinquentem ipsum occultat, associatque & iuuat ad euadendum.

Quod attinet ad secundam partem d. l. 1. illa de receptatoribus loquitur; ac proinde ad rem propositam non rectè adducitur.

CAPVT LXX.

Eximens iniustè captum, vel in carceribus detentum, an puniendus sit?

NEquaquam puniendum eum esse qui captum iniustè, in carceribus detentum exemerit, autores sunt Bossius, tit. de Captura, num. 4. & 5. & ante eum Alexander, in l. Sed eximendi, Ne quis eum qui in ius vocatus est vi eximat. Iason ad l. 1. §. Quod Prætor, num. 12. ff. eod. tit. Clarus q. 29. vers. *Sed quid si ille.* Menochius de arbitrar. Casu 301. num. 24. Rolandus consi. 40. num. 13. lib. 4. Farinacius, tit. de Carcerib. & carcerat. q. 30. num. 113.

Fundamentum est primò in l. 1. §. Offilius, ff. Ne quis eum qui in ius vocatus est, &c. Vlpianus: *Offilius putat locum huic edicto non esse, si persona quæ in ius vocari non potuit, exempta est; veluti parens, patronus, cæteræq; personæ. quæ sententia mihi verior videtur. Et sanè, si deliquit qui vocat; non deliquit, qui patronum vi eximit.*

Secundò, quia Iudici de facto, idest, iniquè aliquid facienti, & contra ius, permissum videtur resistere, argumen. l. Prohibitum, & l. Defensionis, C. de iure fisci, libro 10. & quasi vim vi repellere, l. Vt vim, ff. de iust. & iure.

A Contrarium docet Alexander, in consil. 35. num. 5. lib. 2. Albericus, in l. 1. ff. Ne quis eum qui in ius vocatus est, &c.

Fundamentum est; quia licet eximens non teneatur ex edicto illo: *Ne quis eum qui in ius vocatus est, vi eximat*, quoad interesse partis: tamen quia Magistratus Iurisdictionem contemnit, & vim facit, non videtur impunè id ferre oportere.

Ego autem sic puto distinguendum; Aut quis eximit eũ qui capi, vel in carcerem duci non potuit: quia scilicet Iudex non est competens, vel aliam ob caussam, & tunc nullam pœnam incurret, ita loquitur Vlpianus in d. l. 1. §. Offilius.

Et licet Vlpianus loquatur de ciuili actione ex edicto illo, tamen eadem est ratio quoad criminalem accusationem: quia scilicet talis eximens non *delinquit.* Et quia permissum est, resistere hoc in casu Iudici de facto uim facienti.

B Aut eximit quis captum iniustè, effringendo carceres: & tunc puniendus est. Nam si permissum cuiquã non est, etiam innocenti, ruptis carceribus effugere, l. In eos, ff. de custodia & exhib. reor. multò minus alijs eximere sic frãgẽdo carceres permissum cẽseri debet.

Non obstat quod Farinacius loco annotato scribit, aliud esse, innocentem esse, aliud non iustè & ritè in carcerem coniectum, & ideo innocentiam rei detenti non excusare eximentem, sed capturam iniquam contra iuris ordinem, excusare.

Nam respondeo, nullam esse rationem differentiæ: immò uidetur maiori excusatione dignus is qui innocens est, quàm is qui contra uel præter iuris formã in carcerem cõiectus est, qui fortasse nocens alioqui est: Et magis peccat Iudex innocẽtem detrudendo in carcerem, quàm nocentem ordine iuris non seruato, argum. l. absentem, ff. de pœnis.

Aut quis eximit in carcere detentum, absque fra-C ctione carceris, eum, qui poterat quidem in carcerem detrudi, sed per calumniam detrusus est: & puto in pœnam incidere, quia non est officium eximentis, iudicare de iusta uel iniusta detrusione in carcerem, sed Iudicis, qui calumniatorem puniet; Aut si ipse absque accusatore id fecerit ex officio, punietur. Atque huc applicari non incongruè potest, quod Paulus scribit in l. 4. ff. Ne quis eum qui in ius uocat. est, ui eximat. *Item si quis eum qui per calumniam vocabatur, exemerit: constat eum hoc edicto teneri?*

CAPVT LXXI.

Pœna fracti carceris, an teneatur is qui iniustè coniectus in carcerem fuit?

NOn est hic controuersia inter Doctores, sed obscuritas quædam, meritò auferenda, ne quis impingat. Callistratus scribit eos esse D puniendos, qui cùm in carcerem recepti essent, coniurationem cum alijs fecerunt, ut fracto carcere euaderent, licet innocentes fuerint, l. In eos, ff. de custodia & exhibit. reorum. Ergò malè docent, qui dicunt iniustè coniectum in carcerem, impunè posse carceres frangere & aufugere. Marsilius, §. Diligenter, numero 50. & §. Attingam, numero 37. Clarus, quæstione 21. uersiculo. Tertiò autem modo. Menochius de arbitr. Casu 301. numero 24. de Præsumpt. libro primo, Præsumpt. 89. numero 43. & 49. Grammaticus consilio 51. numero 6. & alij, quos commemorat Farinacius, tit. de carceribus, & carceratis, quæstio. 30. num. 120.

Malè, inquam, qui ita simpliciter & absolutè docẽt: nam cõtrarium Callistratus respondit, cùm dixit, etiã innocentes plectendos esse. Constat enim innocentes iniustè in carcerem detrudi.

Rectiùs ergo docuerunt, qui innocentes pœnam

effracti carceris euadere dixerunt, duobus concurrentibus. Primum eſt, ſi non ſeruato iuris ordine fuerint in carcerem coniecti. Alterum ſi mortem probabiliter metuant. Nam ignoſcendum eſt ei, qui quoquo modo conatur ſanguinem ſuũ redimere, l. 1. ff. de bonis eor. qui ſibi mortem conſciuer.

Et iudici de facto procedenti, licet reſiſtere, l. prohibitum, C. de iure fiſci, lib. 10. Ita rectè monuerũt Couuar. lib. 1. Variar. reſol. cap. 2. nu. 12. Ripa, ad l. Admonendi, nu. 171. ff. de iureiur. Duenas Reg. 393. in 4. limit. Farinacius loco annotato, nu. 131. & ſequentib.

CAPVT LXXII.

Sola fractura carceris abſque conſpiratione, an capitali ſit pœna coërcenda.

Ernaſit error in hac materia effracti carceris, non eſſe locum pœnæ legibus conſtitutæ, niſi conſpirauerit effugiẽs cum alijs, qui ſunt in carcere, ex verbis illis Calliſtrati, in l. In eos, ff. de cuſtodia & exhib. reor. *In eos qui cùm recepti eſſent in carcerem, conſpirauerint*, &c. Vide Petrum Duenam reg. 392. in 6. limit. Clarum, quæſt. 21. verſ. *Tertio modo.* Roland. à Valle, conſ. 7. nu. 46. lib. 1. Menoch. de Præſumpt. lib. 1. Præſumpt. 89. nu. 45. alios refert & ſequitur Farinacius, tit. de Carceribus & carceratis, quæſt. 30. nu. 166.

Errorem hanc ſententiam continere, manifeſtum eſt ex l. 1. ff. de effractorib. vbi Vlpianus ſcribit: *De his qui carcere effracto euaſerint, ſumendum ſupplicium Diui fratres Emilio Tirom reſcripſerunt.* Hic nulla conſpirationis mentio fit. Pergit textus. *Saturninus etiam probat, eos, qui de carcere eruperunt, ſiue effractis foribus, ſiue conſpiratione, cum cæteris qui in eadem cuſtodia erant, capite puniendos.*

Vlpianus non requirit conſpirationem, ſed alternatiuè loquitur, *ſiue effractis foribus, ſiue conſpiratione*, quo modo Baldus etiam reſcribit, in conſ. 32. nu. 1. lib. 3. & Marſilius, in §. Attingam, poſt nu. 45.

Nec monet quod aliqui reſpondent, alternatiuam (*ſiue*) reſolui quandoque in coniunctiuam (*Et.*) Dato enim quod aliquando ita ſit, non tamen efficitur, idẽ eſſe in hac lege, cùm ſuperiora Vlpiani verba clarè euincant, fracturam ſolam carceris puniendam eſſe ſupplicio.

Rectè ergo monet Boerius, deciſ. 215. num. 22. circa finem, poſt alios quos citat, etiam ſine conſpiratione, eos, qui auſugerunt carcere effracto, puniendos eſſe.

CAPVT LXXIII.

Lictores qui ex mandato Iudicis aliquem iuſtè capiunt, an poſſint reſiſtentem impunè occidere.

Sſentior ijs qui docẽt, Officiales publicos malefactorem reſiſtentem ne capiatur, impunè occidere poſſe, argumento ſumpto ex l. Si ſeruus, C. de his qui ad Eccleſ. confug. in illis verbis: *Sed ſi armorum fiducia reſiſtendi animum inſania impellente conceperit: abripiẽdi extrahendiq́ eum domino, quibus id poteſt efficere viribus concedatur. Quod ſi illum etiam confligi in concertatione pugnaq́, contigerit, nulla erit eius noxa*, &c. Ita docent Bartol. Bald. Salycetus, & omnes ibi. Clarus q. 29. in princ. & alij quos ſciens prætereo.

Verum non aſſentior ijs, qui docent hæc habere locum, licet Officiales modum inculpatæ tutelæ excedant, ita Amadæus tract. Syndicatus, nu. 100. Grammaticus deciſ. 41. Boſſius tit. de Captura, nu. 12.

Nullum enim video huius ſententiæ fundamentũ: immò in contrarium pugnat iuris ratio. Si enim vim

A vi repellere non licet, niſi cum moderamine inculpatæ tutelæ, l. 1. C. Vnde vi, cùm omni iure permiſſum ſit, alioqui aggreſſorem interficere, l. Vt vim, ff. de iuſt. & iure, l. 2. C. ad l. Corn. de Sicarijs, conſequẽs eſt, neo licere Officialibus aliquem reſiſtentem occidere, niſi cum moderamine inculpatæ tutelæ.

Atque ita docent Imola in l. Ex conſenſu, §. Eũ qui, ff. de Appellat. Boerius deciſ. 170. in fin. Iodocus Damhuder. in Pract. Crim. c. 15. tit. de Citatione reali, nu. 28. Farinacius tit. de Carceribus & carceratis, q. 32. nu. 41. quos & ego ſequor.

CAPVT LXXIV.

An impunè liceat lictoribus publicis vulnerare, vel occidere malefactorem fugientem ne capiatur, ſi aliter eum capere non poſſint?

B Ec iuri, nec rationi, conſentanea mihi eorum ſententia videtur, qui dixerunt, licere vigilibus ſeu lictoribus inſequentibus malefactorem, vt eum capiant, fugientẽ, interficere impunè, aut vulnerare, ita Baldus in l. vlt. nu. 5. C. de exhib. reis. Auguſtinus ad Angelum de Maleſ. in verbo, *fama publica præcedente*, nu. 54. Grammaticus, deciſ. 41. Boerius deciſ. 170. nu. 7. Antonius Gomez. tit. de Delictis, c. 9. nu. 6.

Non videtur inquam, iuri conſentanea hæc ſententia, nec rationi, quia fundamentum habet in l. Si ſeruus, C. de his qui ad Eccleſ. confug. vbi tex. loquitur de eo qui armis ſiue armorum fiducia reſiſtit. Is verò qui fugit, non dicitur armis reſiſtere, vt patet; ſed pedibus, nec pugnat cum lictore, ſed fuga ſibi ſalutem quærit.

Rationi iuris aduerſatur, quia lictores hoc in caſu non ſunt in diſcrimine vitæ conſtituti, ideo ſi fugientem occidant, non videntur ſeruare moderamen in-

C culpatæ tutelæ, quare puniendi ſunt, niſi fugiens talis ſit, qui poterit impunè offendi; ſicut plerunque banniti poſſunt; vel mandatum habuerint à Iudice & Magiſtratu reum capiendi, & ad carcerem ducendi vel viuum, vel mortuum, tunc enim excuſari debent. Atque ita Farinacio rectè monenti ſubſcribo, tit. de Carceribus & carceratis, q. 32. nu. 44.

CAPVT LXXV.

Fideiuſſor ſub certa pœna de præſentando reum, an incidat in pœnam, quando reus ob aliam cauſam accuſatus eſt: ſed nondum condemnatus?

On incidere in pœnam fideiuſſorem de præſentando, vt vocant, cùm reus ob aliam cauſam condemnatus eſt, reſponſum Iuriſconſulti habemus in l. Sed etſi quis, ff. ſi quis

D cautio. illis verbis: *Dixerit aliquis, quid ergo hac exceptio damnato proderit? Sed reſpondebitur fideiuſſoribus eam eſſe neceſſariam*, &c.

Sed vtrum idem reſpondendum ſit, ſi reus non damnatus ſed accuſatus ſit? Ad hanc quæſtionem Vlpianus reſpondit in eadem lege, §. 1. *Illud* (inquit) *ſciendum eſt, eum qui idcirco non ſiſtit, quia capite reus factus eſt, in ea cauſa eſſe, vt exceptioni vti non poſſit. Damnato enim datur.* Atque ita ibi notant Bartolus, Alexander & Angelus, quibus ego conſentio.

Alij contrarium docent, ſufficere accuſationem, vt fideiuſſor excuſetur à pœna, Marſilius ad rubr. de fideiuſſoribus quæſt. 19. num. 171. Horatius Lucius, inter conſil. Crim. conſil. 163. numer. 15. lib. 1. Tob. Nonius, conſ. 103. nu. 3. D. meus Cephalus, conſ. 187. lib. 2. Farinacius alios citans, atque diſtinguens, tit. de Carceribus & carceratis q. 34. nu. 54.

Fun-

Fundamentum eſt, quia accuſatus de proximo, vt loquuntur, condemnandus, pro condemnato habetur: Item quia promiſſio fideiuſſoris intelligi debet rebus ſic ſtantibus: non autem innnuratis, ex noua cauſa delicti: Nec enim veriſimile eſt, ſi de hac cauſa fuiſſet cogitatum, fideiuſſorem promiſſurum fuiſſe. Item quia fideiuſſor non eſt in mora; nam reum præſentare ac ſiſtere non poteſt, cum ſit de nouo crimine accuſatus, ac proinde nolit comparere, ne condemnetur.

Sed quis non videt, haſce rationes nil valere contra textum iuris expreſſum? Fideiuſſor non excuſatur, quia, reus damnatus non eſt. Damnato reo capite, vel exilio, exceptionem habet; quia illum ſiſtere nequit. At ſi non damnatus ſed accuſatus eſt, poteſt illum ſiſtere: Ergò ſi non ſiſtat, tenebitur, & pœna committetur.

Non habetur pro damnato, quia ſe defendere poteſt. Nec mutatio talis contigit, quæ impediat rei exhibitionem: Potuiſſetque fideiuſſor de hoc caſu facilè cogitare: & cùm generaliter reum exhibere promiſerit, cogitaſſe etiam videtur. Nulla eſt difficultas, quo minus reum exhibere poſſit: Nam condemnatus non eſt, ſed tantùm accuſatus.

Dices, non poteſt is qui dimiſſus eſt ex carceribus, cum fideiuſſore de ſe præſentando à Iudice vocari, niſi noua inditia ſuperuenerint; illa enim relaxatio innocentiam rei arguit, vt declarat optimè Boſſius, titulo de ſententijs, num. 61. Ergo fruſtrà fideiuſſor iubetur eum præſentare ac exhibere. Reſpondeo, quæſtionem hanc eſſe accipiendam in terminis habilibus, cùm ſcilicet Iudex ſibi reum exhiberi petit iuſta ex cauſa.

CAPVT LXXVI.

Fideiuſſor qui promiſit reum præſentare ſub pœna toties quoties à Iudice fuerit requiſitus, an pœnam incurrat, ſi reus in carcerem coniectus aufugiat?

Fideiuſſorem in pœnam incidere, ſi reus aufugiat ex carceribus, ſi promiſerit adiecta pœna toties eum exhibere Iudici, quoties requiſitus fuerit: nec requiſitus reum ita aufugientem præſentauerit, autores ſunt Lucas de penna, ad l. Si quis decurio, num. 12. C. de Decurio. lib. 10. Angelus, ad l. 2. §. Qui exhibendi, num. 6. ff. de cuſtod. reor. Marſilius ad Rub. de fideiuſſor. quæſtione 16. nume. 161. Boſſius, tit. de Carcerato fideiuſſu relaxan. num. 35.

Fundamentum eſt in verbis ſtipulationis, quia ſcilicet fideiuſſor promiſit *toties, quoties*, &c. Ergò, licet ſemel præſentauerit, non eſt liberatus. Nec enim ſufficit vna præſentatio, vt eſt communis ſententia Doct. Alexand. Caſtrenſ. Iaſonis & aliorum in l. Duobus, §. 1. ff. de iureiur.

Sed hoc fundamentum verbis ſtipulationis innixum, non videtur mihi ſatis firmum: quia non tam verba ſtipulationis ſpectanda ſunt, quàm totius rei æquitas, & iuris ratio. Si fideiuſſor requiſitus ſemel Iudici reum præſentauit, & Iudex reum in carcerem coniecit, nonne ſuæ ſatisfecit obligationi? Deberetne ipſe fideiuſſor obligatus eſſe ad cuſtodiendos carceres, ne aufugeret, aut ob negligentiam cuſtodis pœnam luere?

Contrariam igitur ſententiam amplector, quam amplexi fuere Afflictus decıſ. 130. vbi teſtatur, bis ita fuiſſe iudicatum in Conſilio illo Regio. Cagnolus ad l. Quod te, num. 24. ff. Si certum pet. Tobias Nonius

A conſ. 103. num. 9. 10. Hieronymus Gabrielius, conſ. 581. nume. 15. Farinacius accuratus Doctor, tit. de Carceribus & carceratis, quæſt. 34. num. 95.

CAPVT LXXVII.

Fideiuſſor qui intra certum tempus ſub pœna promiſit reum præſentare Iudici, an incidat in pœnam, ſi non præſentauerit, cùm interpellatus non fuit ad præſentandum?

Requirendum eſſe fideiuſſorem, vt in pœnam incidat ad exhibendum reum, autores ſunt quàmplurimi, quibus complures alij contradicunt. Vide Antonium Gomeſ. tit. de Captura reorum. nume. 9. capit. 9. Paulum Caſtrenſ. conſ. 100. lib. 2. Rolád. à Valle, conſ. 58. num. 14. lib. 1. Cacheranum, deciſ. 48. *Cùm pater.* Farinacium, tit. de Carceribus, & carceratis, q. 34. num. 125. & ſeqq.

B Fundamentum requirentium interpellationem fideiuſſoris, ad reum præſentandum, vt pœna committatur, eſt primò in l. Si penum, ff. quando dies legati cedat, ibi. *Et tunc pecuniam deberi, cùm interpellatus fundum non dederit*, &c.

Secundò, in l. Fideiuſſor obligati, §. vlt. ff. de fideiuſſor. ibi. *Veriſimile eſt id actum, vt cùm appellatus reus non ſoluiſſet; fideiuſſor teneretur.*

Tertiò, in l. vlt. C. vt intra certum tempus criminalis quæſtio terminetur, ibi. *Scientibus Iudicibus eorumque officijs, quod ſi litigatoribus admonentib. ipſi litis introductionem, vel examinationem diſtulerint: pœna vicenarum librarum auri ferientur.*

Sed profectò non multum valet hoc argumentum. Nam duæ priores leges non loquuntur, vbi certum tempus & certa pœna ſtipulationi adiecta eſt, lex autem tertio loco citata, ideo interpellationem Iudicis requirit, quia Iudex non poteſt cauſam expedire in-
C tra tempus à lege conſtitutum; niſi partes inſtent pro expeditione, & cauſam inſtruant. lex punire voluit eo in caſu Iudicis negligentiam, cùm videlicet non vult cauſam expedire. Nulla autem Iudicis eſt negligentia, cùm partes litigantes non inſtant, nec illum admonent.

Quare in propoſita quæſtione nulla opus eſſe interpellatione, vt pœna committatur, magis eſt vt credam. Primum ex l. Magnam, C. de contrah. & committen. ſtip. ibi. vbi Imp. Iuſtin. *Sancimus, vt ſi quis certo tempore facturum ſe aliquid vel daturum ſtipuletur, vel ſtipulator voluerit, promiſerit, & adiecerit, quod ſi ſtatuto tempore minimè hæc perfecta fuerint, certam pœnam dabit: ſciat minimè ſe poſſe debitor ad euitandam pœnam adijcere, quod nullus eum admonuit: Sed etiam citra vllam admonitionem eidem pœna pro ſtipulationis tenore fiet obnoxius; cùm ea quæ promiſit ipſe, in memoria ſua ſeruare, non ab alijs ſibi*
D *manifeſtari debeat poſcere.*

Secundò, ex l. Traiectitiæ, ff. de act. & oblig. ibi. *Conſultus reſpondit eius quoque temporis, quo interpellatus non eſſet, peti poſſe pœnam: amplius etiam ſi omnino interpellatus non eſſet*, &c.

Tertiò, ex l. Sancimus, C. de fideiuſſor. illis verbis: *Sed competere quidem poſt tempus elapſum omnino pœnalem actionem*, &c.

Illud non negauerim, moram poſſe purgari poſt elapſum tempus, vt ibi dicitur: ſed nunc de moræ purgatione quæſtio non eſt, verùm de interpellatione fideiuſſoris an neceſſaria ſit, & patet ex prædictis neceſſariam non eſſe.

CAPVT

CAPVT LXXVIII.

Fideiussor de reo præsentando, toties, quoties fuerit requisitus, an liberetur bina præsentatione facta.



Vi promisit reum præsentare Iudici, toties, quoties fuerit requisitus, bina præsentatione facta liberatur, ne res in infinitum procedat, argumento l. Fideicommissa, §. Si quis alicui decem, de leg. 3. ibi. *Non enim onerandus est heres, vt in infinitum quoties perdiderit, restituere ei tantundem debeat*, &c. Et l. Qui bona, §. vlt. ff. de damno infecto, ibi. *Neque enim in infinitum obligatus esse debet stipulatione*, &c.

Atque ita docuerunt Angelus in l. 2. §. Qui exhibendi, num. 6. ff. de custod. reor. Romanus consl. 15. nu. 5. Marsilius, §. Quoniam, num. 12. Afflictus decis. 46. num. 4. alios citat Farinacius, de Carceribus & carceratis, quæst. 34. num. 163.

B Contrarium alij multi docuerunt, in l. Si finita, ff. de damno infecto. Imola, Roman. & Alexand. Iason. in l. Duobus, §. Si ei qui, num. 19. ff. de iureiur. Bossius, de Carcerato fideiusso. committen. nu. 35. Rolandus, cons. 21. nu. 11. lib. 2. cons. 58. nu. 2. lib. 1. Hieronymus à Monte, quæst. 28. num. 7. Franciscus Marcus, decis. 797. num. 7. parte 2. quibus & ipse assentior.

Fundamentum est solidum, quia uerba stipulationis hoc important, *toties, quoties*, &c. ut non semel tantùm uel bis fiat exhibitio rei, sed toties quoties sit opus. Non est igitur recedendum à claris verbis stipulationis, l. Semper in stipulationib. de reg. iur. l. Quicquid astringendæ, de verb. oblig. l. Continuus, §. Cùm ita, eod. tit.

Non obstant leges pro contraria sententia allatæ, quia in his terminis non loquuntur, quibus verba disponentis infinitatem important: sed loquuntur cùm voluntas est obscura: nec tam clarè expressa, vt C in quæstione nostra.

CAPVT LXXIX.

Instrumentum si falsum esse probetur in aliqua parte, an in totum præsumatur falsum?



Nstrumentum Notarij, quod in aliqua parte falsum esse probatur, in totum præsumi falsum autores sunt multi apud Gabrielium, li. 7. commun. Concl. tit. de Maleficijs, Conclu. 3. apud Menochium, de Præsumptio. libro quinto, Præsumpt. 21.

Fundamentum ponunt primum in l. Si aliquid, 12. C. de susceptoribus, & arcar. lib. 10. ibi: *Nemo eorum semel de interuersione conuictus, ad rursus officium gerat, in quo antè decoxit*, &c.

Secundò in reg. Semel malus, semper præsumitur malus, in eodem genere mali.

Sed vt rectè Alciatus monet, reg. 2. Præsumptio. 7. uers. Quartò intellige, hæc Iuris Regula est accipienda respectu temporis futuri. D Vt puta, si quis semel est calumniatus in futurum calumniari præsumitur, l. Si cui, §. Iidem, ff. de accusat. Item si miles malè se gessit in militia, præsumitur & in futurum malè se gesturũ, l. Non omnes, §. A barbaris, ff. de re militari.

Cæterùm, respectu temporis præsentis aliter dicendum est. Nec enim ex eo, quòd Instrumentum in aliqua parte falsum est, idcirco Notarius præsumendus est commisisse in omnibus falsitatem; sic enim omnia ipsius Instrumenta iam facta præsumerentur esse falsa, quod dictu est absurdum.

Quod autem attinet ad l. Si aliquid, illa non facit ad rem hanc, quia nihil aliud probat, nisi Notarium, qui semel de falso conuictus est, non posse officium il- A lud gerere. Sed non inde infertur, omnia, quæ gessit & scripsit, falsa esse præsumenda.

Alij dixerunt, si dolo Notarij falsum sit Instrumentum in una parte, in totum uitiari. Bartolus ad l. Si ex falsis, in prima lect. circa finem, C. de transact. quem alij secuti sunt apud Gabriel. & Menochium loco annotato.

Fundamentum est in d. l. Si aliquid, C. de susceptorib. & arcarijs lib. 10. si enim alia Instrumenta Notarius conficere non potest, & confecta non valerent, multò minus ualere debet Instrumẽtum illud, in quo falsitas commissa fuit.

Sed responderi potest in ea parte, in qua falsitas deprehenditur, nil valet Instrumentum, nec etiam Instrumenta, quę postea idem Notarius conficiet, ullam uim obtinere posse, quia scilicet non potest amplius officium exercere Notariatus; sicut bene probat d. l. Si aliquid, sed in alijs partibus Instrumenti, in quibus B falsitas non apparet, sicut & in reliquis iam ab eo confectis Instrumentis non rectè colligitur, ea nil ualere.

Nec obstat, quod dicitur, probitatem Notarij esse quid indiuiduum, & ex ea fidem Instrumẽtorum pendere; Nam fieri potest, ut Notarius in uno committat falsitatem, in altero verò probè & fideliter se gerat. Hoc quidem facit falsitas deprehensa, vt in futurum non sit ei fides adhibenda, quia Semel malus, &c. sed non in præteritum valet hæc presumptio: ne fides Instrumentis iam factis, & in quibus nulla falsitatis suspicio est, temerè abrogetur.

Alij igitur voluerunt, Instrumentum in aliqua parte falsum, non tamẽ falsum in alijs partibus pręsumi; Aretinus, in d. l. Si ex falsis, C. de transact. & multi alij allegati à Menochio & Gabrielio.

Istis ego planè assentior, nisi, verbi gratia, talis sit falsitas in vna parte, quæ per se totam fidem Instrumento adimat: vt puta, si scriptum sit, Actum fuisse in vno C loco, cum alio in loco fuerit actum. Sic enim totum falsum apparet.

Mouet me illa ratio, quia non est hoc iure cautum, nec satis iuris rationi consonum, vt quod in vna parte nullum & vitiosum est, in alia parte quoque vitiosum esse præsumatur. Delicta non sunt præsumenda. Dolus non est præsumendus, sed potius error. Et nõ si in vna parte dolus est, idcirco sequitur, etiam alia in parte adhibitum censeri. Iuuari potest hoc argumentum ex l. Iubemus, C. de testam. illis verbis: *Quod si non fuerit obseruatum & nomen heredis, vel heredum, non fuerit manu testatoris scriptum, vel voce coram testibus nuncupatum, hoc testamentum stare minimè patimur, vel in totum, si tota heredum nomina fuerint prætermissa, vel in eius heredis institutionem, cuius nomen, neque lingua, neque manus testatoris significauit*. Pertinet autem hoc ad rem nostram, quia inferiùs dicit Imperator; *Scriptis tabellionibus, & ijs, qui conficienda Instrumenta procurant, quod si aliter facere ausi fuerint, pœnam falsitatis non euitabunt, quasi dolosè in tam necessaria caussa versati.*

Sic dicimus testamentum uitiari, quoad hæredis in D stitutionem, cætera firma manere. Authent. Pręterea, C. de liberis præteritis. Et generaliter. *Vtile per inutile non vitiari*, l. 1. §. Sed si mihi, ff. de verb. obligat.

CAPVT LXXX.

Vtrum fiscus in integrum restituatur, sicut minores 25. annis.



E sententijs contra fiscum latis cautum est, vt ex caussa intra triennium retractari possint: Et post triennium, si præuaricatio arguatur, vel manifesta fraus probetur, l. Vn. C. de sententijs contra fiscum latis, lib. 10.

Sed

Sed an in integrum restituatur in cæteris, sicut minores 25. annis, controuersia est. Affirmat Guido Papæ, ex stylo tamen & consuetudine decis. 302. *Vtrum fiscus.* & Afflictus post Alberleú, quem citat decis. 340. nu. 3. Gelsus Vgo, cons. 48. nu. 5. Bossius de fisco & priuilegijs eius, nu. 21. Alios citat doctissimus Oddus de restit. in integrum, parte prima, q. 3. nu. 83. quibus adde Peregrinum, de iure fisci, lib. 6. tit. 2. nu. 10.

Fundamentum est in eo positum, quia fiscus regitur per suos administratores & curatores, quemadmodum Respub. & minores 25. annis, Ergo sicut minores, & Respub. restituuntur, si fuerint læsi ex contractibus curatorum, & administratorum, l. Respub. C. ex quib. cau. maior. l. 2. 3. & 5. C. si tutor vel curator interuenerit, Ita & fiscus restituendus videtur.

Sed contrarium docuerunt Petrus Cyn. Paul. Castrens. & Albericus, in d. l. Respub. C. ex quib. cau. maio. necnon etiam Fulgosius, & alij, quos citat Oddus loco annotato.

Fundamentum est, quia hoc non reperitur iure cautum, licet enim minoribus id cócessum sit, & Reipub. non tamen sequitur etiam fisco concessum videri.

Et hæc sententia verior mihi videtur: quia priuilegia non sunt multiplicanda, l. Ius singulare, de legib. & 1. ff. de constit. Principum. Et quod contra iuris rationem in aliquo casu constitutú est, non debet ad alios casus produci, l. Quod verò, ff. de legib.

Et sanè, non debemus nos plus fauere fisco, quàm Imperatores ipsi quorum intererat, fauere voluerint. Nusquam legitur fiscum iure minoris vti circa in integrum restitutionem. Potuissent Imperatores id constituere, cùm non constituerint, manifestum est eos noluisse fiscum tot priuilegia habere.

Et aliqua etiam ratio diuersitatis est inter fiscum eiusque administratores, & minores, vel Répub. quia in Repub. complures sunt minores & pupilli, meritò in integrum restituitur: sicut & minores qui per ætatis lubricum sępè decipiuntur, l. 1. ff. de minor. At cùm Princeps maior est, & fiscus habet suos administratores, & curatores ætate maiores & peritos, nulla est ratio cur ad instar Reipub. vel minoris restituendus sit. Certè ætatis fauor cessat, quo præcipuè inductus est Prætor ad concedendum restitutionis auxilium. Nec enim illa est in integrum restitutionis ratio, quod alicuius res ab alijs administrentur. Nam si esset hæc ratio, omnes maiores 25. annis in integrum restituendi essent: quorum res administrantur ab alijs, puta Procuratoribus, Officialibus, Ministris, & negotia gerentibus. Quod nemo dixerit.

CAPVT LXXXI.

An fiscus in pœnalibus restituatur in integrum?

FIscum in integrum restitutionem in pœnalibus posse implorare aduersus sententiam, quę reum vel absoluit, vel mitiori pœna condemnauit, quam delicti grauitas postularet, autores sunt multi apud Antonium Gabrielium, lib. 7. Commu. Concl. tit. de Maleficijs, Concl. 13. quibus addi potest Peregrinus, de iure fisci, lib. 7. tit. 4. num. 1.

Fundamentum est in l. Vnica, C. de sentent. contra fiscum latis, lib. 10. vbi sancitum est generaliter, sententias contra fiscum latas retractari posse.

Sed contrarium responderunt quam plurimi alij, apud Sforiam Oddum, parte 1. de restitut. in integrum, quæst. 3. art. 13. nu. 85. quibus & ipse assentior.

Fundamentum est in l. Auxilium, ff. de minoribus. Triphoninus: *Auxilium in integrum restitutionis executionibus pœnarum paratum non est. Ideoque iniuriarum iudicium semel omissum repeti non potest,* &c.

A Si minor 25. annis non restituitur in pœnalibus, Ergò nec fiscus: non enim fiscus maius habet in hac re priuilegium quàm minores. Igitur si à sententia non appellauerit, non potest in integrum restitui, sicut nec minores possunt.

Non obstat l. Vnica, quia illa de sententijs latis contra fiscum retractandis, generaliter loquitur, nos autem specialiter, de sententijs latis in caussis pœnalibus, in quibus cùm paratum auxilium in integrú restitutionis minoribus non sit, multò minus fisco paratú esse debet. Specialis igitur Regula generali præferenda videtur, quia generi per speciem derogatur.

CAPVT LXXXII.

Vtrum solæ inimicitię cùm occisa sint sufficiens indicium ad torturam.

B SOlas inimicitias indicium esse sufficiens ad torturam, autores sunt Speculator, tit. de Præsumpt. §. Species, nu. 5. Romanus, in l. 1. §. Si quis in villa, in 1. not. ff. ad Syllan. Angelus, de Maleficijs, vers. Fama publica præcedente, num. 29. Calcaneus, cons. 63. num. 2. Felynus, in c. Affert. num. 12. de Præsumpt. Brunus, de Iudicijs & tortura, parte, 1. q. 3. num. 29. Gratus consil. 136. num. 24. lib. 1. Io. de Amicis, cons. 51. num. 7. Mantua, cons. 52. & 57. lib. 2.

Fundamentum est, quia ab inimico omne malum expectandum est, c. Repellatur, de accus. l. Si inimicitię, ff. de his quib. vt indig. l. 1. §. Cùm quis, ff. de quæst.

Sed hæc suspicio nimis remota est; Indicia uerò ad torturam debent esse propinqua, uerisimilia, grauia, certaq; & urgentia, l. Milites, §. Oportet, C. de quæst.

Alij igitur uerius censuerunt, inimicitias solas non sufficere, sed alia adminicula requiri. Clarus, quęst. 21.
C uers. Inimicitia. Alios quàm plurimos citat Antonius Gabrielius, lib. 7. Commu. Concl. tit. de Maleficijs, Conclus. 18. quib. adde Menochiú de Præsumpt. lib. 5. Præsum. 89. nu. 50. & me quoque socium adiungo.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum frater admittendus sit in testem pro fratris sui defensione in caussis criminalibus.

GRauis quoque, nec silentio inuoluenda controuersia est de fratris testimonio, an idoneú sit pro fratris defensione in caussis criminalibus; multis asserentibus, multisque etiam negantibus. Vide Antonium Gabrielium, lib. 7. Commun. Concl. tit. de Maleficijs, Concl. 22.

D Qui admittendum censuerunt, fundamentum collocarunt in c. Litteras, de Præsumpt. perpendendo in illa facti specie fratris testimonium pro defensione siue excusatione non admitti; quia fuerat sibi contrarius: prius enim aduersus fratrem suum testificatus fuerat, eum hęreticum asserendo. Ergo caussa illa contrarietatis cessante, satis valeret fratris pro defensione testimonium.

Sed quis non videt, quàm infirmum hoc sit argumentum. Fratris testimonium in illa facti specie non admittitur: *Quia vel mendacium prius dixit in fratrem, asserendo illum hæreticum, vel periurium postea commisit in Deum, purgando illum de hæresi: quorum vtrumque reddit illum valde suspectum,* vt Summus Pontifex ibi declarat.

Cessantibus istis suspicionibus, atque adeò extra illam facti speciem, in qua frater prius contra fratrem deposuerat, non dicit S. Pontifex, fratris testimonium esse admittendum, vel idoneum esse, pro defen

sione

ſione fratris: vel non eſſe admittendum. Nihil enim aliud dicit. Ergò id ex alijs legibus eſt definiendum, quæ ſic ſe habent: *Etiam iure ciuili domeſtici teſtimonij fides improbatur*, l. 2. C. de teſtibus. l. pen. ff. eod. Meritò ſanè. Nam *propinquitatis & conſanguinitatis affectio veritatem impedire ſolet*, vt dicebat Calixtus Papa, in c. Accuſatores, 12. diſt. 3. quæſt. 5. His neganti ſententiæ ſubſcribendum eſſe cenſui.

CAPVT LXXXIV.

Teſtis ſi in Iudicio contraria ex interuallo temporis depoſuerit, an ſit credendum priori vel poſteriori depoſitioni?

EST controuerſia inter Doctores de teſte, qui ex interuallo non corrigendi erroris gratia, contraria depoſuerit in iudicio, cui ſit depoſitioni fides adhibenda, an priori, an poſteriori, an neutri? Priori fidem eſſe habendam communior eſt ſententia. Vide Couuar. Variar. reſolut. lib. 2. cap. 13. num. 8. Mynſingerum Cent. 2. Obſeru. 85. Menochium, de arbitr. iud. Caſu 108. num. 10. Gabriel. lib. 7. Commu. Concl. tit. de Maleficijs, Concl. 19.

Fundamentum eſt in c. Sicut nobis, de teſtib. in illis verbis, nõ enim teſtimonium prædictorum (*cùm periuri ſint*) *eſt in hoc caſu aliquatenus admittendum*. Non vult S. Pontifex admitti teſtimonium, quod eſt contrarium priori teſtimonio, quia teſtis contraria deponẽs, periurus eſt. Ergò priori teſtimonio ſtandum eſt.

Contrarium, nempe, nec priori, nec poſteriori depoſitioni fidem eſſe habendam, docuerunt Antonius Buttius, in cap. Cùm in tua, de teſtib. Bald. in l. Geſta, C. de re iudi. & quidam alij, quos refert Mynſingerus d. Obſeru. 86.

Fundamentum eſt in l. Eos, ff. ad l. Cornel. de falſ. *Eos qui inter ſe diuerſa teſtimonia præbuerunt, quaſi falſum fecerint, præſcripto legis Corneliæ teneri pronunciatum eſt.* & in c. Præterea, de teſtib. cog. ibi: *Quorum teſtimonia ſi quandoque non ſtudiosè, ſed in referendo errauerint, & ſe incontinenti correxerint, reprobari non debent: ſecus autem erit, ſi correctionem ſua interpoſuerint interuallum.*

Ego video neutram ſententiam ſatis firmo innixam eſſe fundamento. Nam quod attinet ad prioris ſententiæ fundamentum, in c. Sicut nobis, reſponderi poteſt, licet ſecundùm teſtimonium priori contrarium in illa facti ſpecie reprobetur, non tamen dicitur, priori adhibendam eſſe fidem, vel non adhibendam. Cauſſa enim ibi erat deciſa, & lata ſententia diuortij, quæ proinde reſcindi non poteſt, niſi de corruptione teſtium aliter conſtiterit, quàm per eorum depoſitionem. Non loquitur ibi S. Pontifex in terminis, quando lata ſententia non eſt, an ſcilicet Iudex priori depoſitioni fidem habere debeat, vel non debeat habere. Fieri enim poteſt, & concedi, poſteriorem depoſitionem admittendam non eſſe: Sed non inde efficitur priori eſſe fidem adhibendam.

Quod verò attinet ad poſterioris ſententiæ fundamentum, reſponderi poteſt, teſtem ſic variantem eſſe quidem tanquam falſarium puniendum: ſed non propterea fidem ei prorſus abrogandam eſſe: quia fieri poteſt, vt falſum dixerit in poſteriori teſtificatione, & in priori meram veritatem.

Similiter ad c. Præterea, reſponderi poteſt, teſtimonium poſterius ex interuallo non eſſe admittendum; & hoc S. Pontificem velle, non autem priori teſtimonio fidem abrogare.

Igitur in hac quæſtione ego ſic ſtatuo & concludo, ſi proponatur talis facti ſpecies, in qua timor ſubornationis eſſe poſſit: quia ſcilicet publicatæ fuerint atteſtationes, & non nihil ſuſpicionis ſit, teſtem ſic

A variantem fuiſſe à litigatoribus ſubornatum, tunc priori depoſitioni ſtandum eſſe. Et ita loquitur Guido Papæ deciſ. 146.

Ceſſante autem ſubornationis timore, veluti ſi teſtis ſit in carcere; nec potuerit veriſimiliter loqui cum litigatoribus, exiſtimo hanc rem arbitrio Iudicis eſſe committendam, an magis primæ vel ſecundæ depoſitioni teſtis fidem habere velit, ex perſonarum & negotiorum circumſtantijs & qualitatibus, & hoc ex regula generali, text. in l. 3. §. Tu magis, ff. de teſtibus.

CAPVT LXXXV.

Teſtis ſi contrarium teſtimonium dixerit in Iudicio, ei quod extra iudicium dixerat, cui ſit fides habenda?

B SI teſtis extra iudicium aliquid depoſuerit, deinde in iudicio examinatus contrarium fuerit teſtificatus, controuerſia eſt, an priori depoſitioni vel poſteriori magis credendum ſit. Etenim Bartolus in l. Eos, num. 4. ff. ad l. Cor. de falſis, apertè ſcribit, teſtem hunc vti falſarium eſſe puniendũ, ex quo indicat neutri depoſitioni credendum eſſe: ſequitur Ancharanus in Clem. 2. de teſtibus, non procul à fine, Capella Tholoſana deciſ. 376. & alij apud Antonium Gabrielum, lib. ſeptimo, Commu. concluſ. titul. de Maleficijs, Conclu. 31.

Fundamentum ponit in d. l. Eos, in illis verbis: *De impudentia illius qui diuerſa duobus teſtimonia præbuit, cuius ita anceps fides vacillat, quin crimine falſi teneatur, nec dubitandum eſt.*

Sed non conſtat, an Iuteconſultus ibi loquatur de teſtimonijs in iudicio prolatis, vel extra iudicium. De

C inde non rectè infertur teſtem eſſe puniendum, ut falſarium, Ergo neutri depoſitioni eſſe fidem habendam, quia falſitas poteſt committi in ſecunda tantùm depoſitione; non autem in prima, vel contra. Ita ut iudex ex rerum & perſonarum circumſtantijs ſtatuere animaduertere poſſit, alterum ex duobus teſtimonijs verum, alterum falſum eſſe. Debet ergo tunc ſequi, quod veriſimilius eſt.

Præclarè enim Arcadius: *Sed quod naturæ negotij conueniat; & quod inimicitia & gratia ſuſpicione careat*: (credendum eſt) *confirmabitq́, iudex motum animi ſui ex argumentis, & teſtimonijs, quæ rei aptiora, & vero proximiora eſſe compererit.* l. Ob carmen, §. 1. ff. de teſtib.

Alij magis communiter dixerunt, poſteriori teſtimonio in iudicio prolato magis credendum eſſe, latè auctores citat Gabrielus loco proximè citato, & poſt eum Menochius de arbitr. iudi. caſu 108. numer. 22.

D Fundamentum eſt, quia poſterius teſtimonium in iure prolatum, eſt iuramento firmatum. & maiorem auctoritatem ac fidem ei tribuere uidetur maieſtatis ipſa Prætoris.

Sed certè quantum teſtis huiuſmodi auctoritatis acquirit, ex calore iudicij tantùm leuitatis contrahit ex contrario teſtimonio, extra iudicium prolato; ita vt videatur neutri teſtimonio fidem eſſe habendam.

Nam argumentum probat: ſi credendum ſit alteru tri teſtimonio, vel iudiciali, uel extraiudiciali, magis credendum fore iudiciali, quia dignius eſt, firmius, ac maiori cum deliberatione prolatum: Sed difficultas eſt, an ſit ambobus teſtimonijs fides ſubtrahenda propter contrarietatem.

Concludo ego totam hanc rem boni viri, hoc eſt, Iudicis arbitrio eſſe dirimendam, argum. l. 3. §. Tu magis, l. Ob carmen, §. 1. ff. de teſtibus.

CA-

CAPVT LXXXVI.

Vtrum ſciens coniurationem contra Principem vel Remp. & non eam reuelans, puniendus ſit.

HAec eſt celebris illa iuris quæſtio, olim inter Bartolum & Baldum controuerſa, in qua complures dixerunt, animam Bartoli in inferno cruciari, non ſatis, vt exiſtimo, conſideratè ac prudenter. Docuit Bartolus, ſcientem & non reuelantem crimen contra Principem committendum, puniri debere, eadem pœna mortis, in l. Vtrum, ff. ad l. Pompeiam de Paricid. & alibi. Baldus autem reſpondit, tunc puniendum fore qui conſcius eſt; cùm probare potuit verum eſſe quod ſciebat.

Atque hinc controuerſia orta eſt, ac diſputatio inter Bartoli ac Baldi ſectatores, an indiſtinctè puniendus ſit is, qui ſciuit & non reuelauit, an verò cum hac diſtinctione, ſi delictum probare potuit. Autores vtriuſq; ſententiæ recenſet latè Antonius Gabrielius, lib. ſeptimo, Communium Concluſionum, titulo de Maleficijs, Concl. 37. & poſt eum Iulius Clarus quæſtio. 87. & nouiſſimè poſt hos Menochius, de arbitr. iudicum Caſu 355.

Pro diſtinctione adfertur primò text. in Clem. 2. de hæreticis, in illis verbis: *Quodſi taliter ea ſciuerint, ut ea probare ualeant, ſi ſit opus hac prælatis inquiſitorum, commiſſariorum eorundem, ad quos id pertinebit, nunciare id ſollicitè debeant.*

Secundò, adfertur lex Noſtris, 8. C. de calumniator. ibi. *Quòd poſt hac ſinguli uniuerſique cognoſcant, non licere in eo, quod non poſſit oſtendi iudicum animos commoueri.*

Tertiò, adfertur l. 3. C. ad. l. Iul. Maieſt. vbi: *Si quis alicui maieſtatis crimen intenderit, ſi alijs manifeſtis indicijs accuſationem ſuam non potuerit probare, cum eo qui huiuſmodi temeritatis reus deprehenditur, illum quoque tormentis ſubdi oportet.* Nemo autem in tale periculum, vt torqueatur, tenetur ſe ſubijcere, Ergò nemo tenetur crimen læſæ Maieſtatis detegere, ſi illud probare non potuerit.

Fundamentum verò contrariæ ſententiæ, quę non admittit hanc diſtinctionem, poſitum eſt in legibus, quibus dicitur conſcios puniri, nec id adijcitur, ſi vide licet probare potuerit, & non ſolùm in crimine læſæ Maieſtatis, ſed etiam in alijs criminibus, atrocibus tamen, l. Quiſquis, §. Id quod, C. ad l. Iul. Maieſta. l. Si fortè, ff. de pœnis, ibi. *Magiſque eſſe puniendos qui eamdem conticuerunt, quod pro ſalute Principis habere ſe dicere iactant.* l. 2. l. Vtrum. ff. ad l. Pompeiam de Parricidijs, l. 1. §. Occiſorum, ff. ad Syllan. l. Vnica, C. de raptu virginum.

Placet mihi in hac controuerſia diſtinctio communiter recepta ex Alciato ad l. 4. §. Cato, in 4. not. ff. de verbor. oblig. & Cagnolo in l. Culpa caret, num. 21. de regul. iuris, diſtinguendum eſſe inter accuſationem, ac ſimplicem denunciationem. Neminem teneri accuſare de crimine læſæ Maieſtatis alium, licet ſciat illũ reum eſſe, niſi id probare poſſit: Et ita accipiendam eſſe l. 3. C. ad l. Iul. Maieſt. quæ reuera de accuſatore loquitur, quemadmodũ etiam loquitur l. Noſtris, C. de calumniat. & omnia alia ſimilia iuris loca, ſi quæ adferuntur pro diſtinctione illa, in his terminis accipienda ſunt. Cæterùm, denunciare ſimpliciter Principi vel Reip. vt caueat; nec ſe ad probandum adſtringere, ad inſtar accuſatoris omnes qui ſciunt teneri, quod ſanè probãt leges allatæ contra diſtinctionem; & ratio iuſtitiæ etiam dictat: atque ita ſentio.

A

CAPVT LXXXVII.

Maleficorum bona ſint ne confiſcanda.

INter viros doctos iuriſque peritos controuerſum vidi, an Maleficorum bona confiſcanda ſint. Mouet, quoniam inter omnes conſtat, crimen hoc admixtam quandoque hæreſim habere, Ergo eiſdem, quibus hæreſis pœnis coercendum videtur, ut poſt Grilandum ab eo citatum, dicebat Menochius de arbit. iud. Caſu 388. nu. 4. Clarum autem eſt, hæreticorum bona eſſe confiſcanda, etiam filijs exiſtentibus, ex Auth. Gazaros, C. de hæreticis, & c. Vergentis, de hæreticis, vbi ſummus Pontifex rationem adfert, dicens: *Cùm enim ſecundum legitimas ſanctiones reis læſa Maieſtatis punitis capite, bona confiſcentur eorum,* B *filijs ſuis uita ſolummodo ex miſericodia conſeruata, quantò magis qui aberrantes in fide uerum Dei filium Ieſum Chriſtum offendunt, à capite noſtro, quod eſt Chriſtus, Eccleſiaſtica debent diſtrictione præſcindi, & omnibus bonis temporalibus ſpoliari, cùm longè ſit grauius æternam, quàm temporalem lædere maieſtatem?*

Verùm illis nil morantibus, exiſtimo, In hoc crimine, quod Maleficium vocamus, locum non eſſe booorum confiſcationi, niſi vt infrà dicam, quod & Binſfeldius docuit de Confeſſionibus Maleficorum, in 12. Præludio. Quod ſanè intelligo deſcendentibus vel aſcendentibus extantibus vſque ad tertium gradum, ſecundum Iuſtiniani Nouellam 134. §. vlt. tit. de Vicarijs & locum tenentibus, vel ſecundum veterem tranſlationem in auth. Vt nulli iudicum, §. vlt. Vel etiam fratribus & collateralibus extantibus vſque in tertium gradum, vt in Authen. Bona damnatoiun:, C. de bonis damnatorum, ſecundum tamen ea quæ C dixi lib. 3. cap. 35. in 1. parte Controuerſ.

Iſtis extantibus, vt dixi, non puto locum eſſe confiſcationi; in crimine iſto quod Maleficium dicimus, & moueor ex dicta Iuſtiniani Nouella, in qua pœnam confiſcationis ſuſtulit, excepto crimine læſæ Maieſtatis: *Sancimus*, inquit, *eos qui in criminibus accuſantur, in quibus leges mortem aut proſcriptionem definiunt: ſi conuincantur aut condemnentur: eorum ſubſtantias non fieri lucrum Iudicibus, aut eorum officijs, ſed neque ſecũdum veteres leges fiſco eas applicari: ſed ſi quidẽ habeant deſcendentes, & aſcendentes vſque ad tertium gradum eos habere,* &c. *In Maieſtatis vero crimine condemnatis veteres leges ſeruari iubemus.*

Ex hac Nouella habemus ſublatam eſſe confiſcationem in crimine Maleficij, quia ſolùm crimen Maieſtatis excipitur. Olim pœnam confiſcationis habuiſſe locum in Maleficos certum eſt, quia Malefici pœna D mortis afficiebantur, l. 2. 3. 4. 5. 6. & totu ferè tit. C. de Malef. & Mathematicis; conuenienter legi diuinæ: *Maleficos non patieris viuere.* Exodi 22. in conſequentiam autem pœnæ mortis bona confiſcari ſolita, docet l. 1. ff. de bonis damnator.

Cùm igitur à Iuſtiniano ſublata ſit confiſcationis pœna in omnibus criminibus, excepto Maieſtatis crimine, & cõſequenter etiam in crimine de quo agitur, ſi videlicet extent deſcendentes vel aſcendentes, vt dixi; videtur mihi ex hoc loco argumentum fortiſſimum oriri; non eſſe confiſcanda bona maleficorum, ſi liberos vel aſcendentes ſuperſtites relinquant. Nam nullibi video contrarium eſſe conſtitutum, vel iure Canonico, vel Ciuili, poſt Iuſtinianum; nec nos munere legiſlatoris fungi oportet, ſed Interpretis atq; Doctoris.

Non obſtat quod dicitur de hęreſi, quandoque huic crimini admixta, nam concedo admixtam quandoque eſſe, & Sortilegia ac Maleficia nonnunquam hæreticalia eſſe, vt docet c. Accuſatus, §. Sanè, de hæreticis, lib. 6.

lib.6.ſed nego idem tunc eſſe ſtatuendum, quod de ipſa hæreſi conſtitutum eſt. Nego tunc pŭnienda eſſe Maleficia eodem modo quo hæreſis punitur: atque id aſſeuerantibus nequaquam aſſentior, donec id melius oſtenderint.

Nam Malefici comburi ſolent iuri & rationi conuenienter: vt dixi: Nec ſi pœnitentiam agant, ad Deum reuertentes, diabolicis eiuratis commercijs, eis ignoſcitur; ſed puniuntur, vt notum eſt, tam ex Caroli V. Conſtitutionibus, quàm etiam iure communi; Pœnitentia enim poſt commiſſum delictum, non excuſat à pœna, leg. Qui ea mente, ff. de furtis, tradit Clarus quęſt. 16. verſ. *Item quæro*, & quæſt. 60. verſ. *Fuit quandoque interrogatus.*

Sed in crimine hæreſis aliter eſt conſtitutum; Nam ſi hæreticus pęniteat, & velit abiurare ſuam hæreſim, ac reuerti ad fidem Catholicam, congruamque exhibere ſatisfactionem, pęnas iure impoſitas hæreticis, euitat, cap. Ad abolendam, de hæreticis, & eſt com- B munis omnium ſententia, Claro teſte in §. Hæreſis, verſ. Sed quæro.

Si ergò Malefici puniendi ſunt, vt hæretici, conſequens eſt eis pęnam mortis remittendam, poſt congruam pęnitentiam & ſatisfactionem, conſequenter etiam pęna confiſcationis bonorum, ſicut hæreticis remittitur. Sed Maleficis conſtat pęnam non remitti etiam pęnitentibus, Ergò nō ſicut hæretici puniūtur.

Dices, Maleficis pęnitentibus pęnas non remitti, quia non ſunt ſimpliciter hæretici, ſed quandoque homicidia committunt, & multa damna inferunt contra bonum publicum, & pacem; ſed quatenus hæretici ſunt, remitti eiſdem pœnas poſſe legitimè pęnitentibus: ſicut alijs hæreticis remittuntur. Conſequenter ſi non pęniteant, eſſe puniendos etiam confiſcatione bonorum, ſicut in hæreſi conſtitutum eſt.

Reſpondeo, id veriſſimum eſſe; & rectè dici ac con- C cludi poſſe; Si Maleficium hæreſim ſapiat manifeſtā, quo caſu hæreticæ prauitatis inquiſitores cognoſcere poſſe docet tex. in c. Accuſatus, §. Sanè, de hæret. lib. 6. & ſi Maleficus nō pœniteat, ſed obſtinatus perſeueret in eo crimine; ſanctiſſima Eccleſiæ Sacramenta recipere nolit, nec peccata confiteri, tūc ſicut viuus comburi debet, vt & hæretici comburuntur, vide Binsfeldium de confeſſ. malef. in 7. Concl. Dubio 4. poſt Couuar. lib. 2. Variar. reſolut. c. 10. nu. 80. ita etiam confiſcari poteſt, atque adeò bona ei poſſunt auferri, rectè & legitimè etiam filijs extantibus, vel aſcendentibus, ſicut & hæreticis auferuntur.

Sed cùm Maleficus ad Deum reuertitur & confitetur, ac recipit Eccleſiæ Sacramenta, pœnitetque anteactæ vitæ, non puto eius bona eſſe confiſcanda, ſi aſcendentes vel deſcendentes vſque ad tertium gradum relinquat; ſicuti nec hæreticis confiſcantur pœnitentibus, vt dixi.

D Obiter autem notandum eſt, in hoc propoſito comburendi Maleficos, Conſtantinum in l. 6. C. de maleſ. & Mathematicis illis uerbis, *feralis peſtis abſumat*, hoc ſupplicij genus intellexiſſe; quod obſeruauit Petrus Faber, vir eruditiſſimus, lib. 2. Semeſtrium, c. 7. in fine, adducto Pauli teſtimonio, lib. 5. Sentent. ca. 23.

Quibus ita ſe habentibus, tres Concluſiones ex dictis poſſunt excipi. Prima, Maleficorum bona confiſcanda eſſe, ſi nullos aſcendentes uel deſcendentes vſque in tertium gradum relinquant, ſiue hæreſis admixta ſit, vel non.

Secunda, non eſſe confiſcanda, ſi relinquant aſcendentes vel deſcēdentes vſque in tertium gradum, vbi Maleficium hæreſim admixtam non habet.

Tertia, vbi crimen habet hæreſim admixtam, diſtinguendum eſſe, vtrum Malefici pœniteant, & abiurata hæreſi ad fidem Catholicam reuertantur, congruamque ſatisfactionem exhibeant, an verò obſtinati ſint,

A & non pęniteant, priore caſu pœnam confiſcationis, quæ tanquam hæreticis imponeretur, remittendam eſſe. Poſteriore caſu non item, licet aſcendentes vel deſcendentes vſque in tertium gradum extent.

CAPVT LXXXVIII.

Teſtimonium ſocij criminis an faciat indicium ad inquiſitionem, in caſibus non exceptis.



Vm utroque iure conſtitutum ſit, de ſe confeſſos ne interrogari quidem de aliorum conſcientia poſſe, l. vlt. C. de accuſ. cap. 1. de confeſſis, exiſtimo ego ſi interrogētur, nullum eos facere indicium, ad inquiſitionem, quandoquidem nullum ſit hoc teſtimonium contra legis præſcripta prolatum, ex reg. l. Non dubium, C. de legib.

B Atque ita docuerunt Fulgoſius, conſi. 136. & conſil. 173. Decius, conſil. 189. nume. 8. Ruinus, conſi. 146. nume. 8. 9. & 147. num. 2. lib. 5. Iaſon, conſil. 22. nume. 1. lib. 1. Gozadinus, conſi. 2. nume. 21. Marſilius, Practi. crim. §. Diligenter, nume. 67. Boerius, quæſtio. 319. num. 1. Grammaticus, conſ. 21. num. 1. & conſ. 38. num. 20. Menochius, de arbitr. Caſu 474. num. 24.

Sed contrarium reſponderunt Baldus, in conſil. 95. lib. 1. Blancus de indicijs, num. 389. qui eiuſdem ſententiæ commemorat Hoſtienſ. Ioan. Andr. Panorm. & Anchar. in c. 1. de confeſſ. Clarus, q. 21. verſ. Retenta igitur, Boſſius malè pro contraria ſententia citari ſolitus, tit. de indicijs, num. 182. nouiſſimè Ludouicus à Peguera, deciſ. Cathaloniæ, 5. poſt num. 30.

Fundamentū eſt, quia omnis denunciator, quantūuis infamis ac vilis, indicium facit ad inquiſitionem.

Adfertur etiam Glo. in cap. Interrogatum, 2. q. 5. quæ adducit text. in c. Significaſti, de adult.

C Sed & Baldus citauit in hanc rem l. Qui ultimo, ff. de pœnis, in fine, & non deſunt qui pro hac ſententia inducunt tex. in d. c. 1. de confeſſis.

Hæc omnia ſic expedio. Nego quemlibet teſtem infamē ac vilem de iure indicium eſſe legitimum ad inquirendum. Si de facto ita ſeruatur, nil ego id moror.

Aio tex. in cap. Significaſti, de adult. nihil ad rem facere, nec tex. in l. Qui ultimo, Nam ultima uerba quibus Baldus nititur hæc ſunt: *Sæpè etiam ideo ſeruari ſolent poſt damnationem, vt ex his in alios quæſtio habeatur.* Intellige in caſibus à iure permiſſis, ut exponit ibi Gl.

Nego rectè induci ad hanc rem tex. in c. 1. de confeſſis: quia apertè dicit, de ſe confeſſum non poſſe de alijs interrogari: Et licet poſtea ſubijciat. *Si tamen eos infamia huiuſmodi laborare cognoueris ſine ulla eis, &c. purgationem iniungas*, tamen hinc non rectè colligitur, ſociū criminis indicium feciſſe ad inquiſitionem. Potuit D enim fama aliundè oriri, quàm ex ſocio criminoſo.

Nam & nos fatemur, ſi alia inditia adſint, indicem rectè inquiſitionem incepturum.

CAPVT LXXXIX.

Mendacium rei examinati, an ſit indicium ad torturam ſufficiens.



Endacium rei à Iudice examinati eſſe indicium ad torturam ſufficiens, complures aſſeruerunt, Bartolus in l. De minore, §. Plurimum, num. 3. & in l. vlt. num. 3. ff. de quæſt. Romanus conſil. 8. num. 1. 2. Angelus de Maleficijs, in uerſi. Fama publica, nume. 105. Marſilius, §. Diligenter, num. 74. Socinus ſenior, conſ. 54. num. 13. lib. 3. multos alios citat Menochius de Præſumpt. lib. 1. q. 89. num. 67.

Fundamentum eſt primò in l. De minore, §. Tormenta,

menta, ff. de quæst. illis verbis; *Nam & ex sermone, & ex eo qua quis constantia qua trepidatione quid diceret, vel cuius æstimationis quisque in Ciuitate sua est, quædam ad illuminandam veritatem in lucem emergunt.* A

Secundò in l. Vnius, §. Testes, ff. eo. tit. vbi Iureconsultus: *Testes torquendi non sunt conuincendi mendacij, aut veritatis gratia, nisi cum facto interuenisse dicuntur.*

Tertiò in c. Litteras. de Præsumpt. illis verbis: *Nos verò prædictum G. suspectum de hæresi vehementer habuimus: tum quia quod antè dixerat, postea se dixisse negauit: tum quia vel mendacium prius dixit in fratrem, asserendo illum hæreticum, vel periurium postea commisit in Deum, purgando eum de hæresi, &c.*

Sed contrarium responderũt complures alij, Grammaticus, consi. ciuili, 59. nu. 8. & Voto 30. nu. 16. Ioannes de Amicis, consi. 234. nu. 3. alios citat Menochius vbi supra.

Fundamentum est, quia hoc inditium valde remotum est, & potest esse mendaciũ in re leui, & quæ non pertineat ad substantiam negocij de quo agitur. Item, quia licet contraria dicere propter salutem, arg. l. Nemo, ff. de except. & l. 1. ff. de bonis eor. qui sibi mortem consci. B

Tertia est sententia Blanci in tract. de Inditijs, nu. 269. Aut contrarietas rei ex qua mendacium oritur, est circa ea quæ pertinent ad ipsius defensionem, aut circa alia. Posteriore casu mendacium est inditium ad torturam, Priore non item.

Quarta est sententia Iulij Clari, q. 21. vers. Mendacium, hanc rem arbitrio prudentis iudicis esse committendam, quia legibus definita non est.

Et huic postremæ sententiæ magis est vt assentiar. Prudens ergo Iudex considerabit omnes facti & personarum circumstantias, & mendacij qualitatem diligenter expendet: & aliquando reum torturæ subijciet, aliquando non subijciet, prout ei magis videbitur æquum.

Nil moror quæ pro sententia priori adferuntur, Nã l. De minore, §. Tormenta, non dicit ob mendacium torquendum esse reum; Nec id etiam dicit l. Vnius, §. C Testes, loquitur enim de teste contraria dicente, qui proculdubio torquendus est ad eruendam veritatem, de reo principali non loquitur.

Nihil etiam obstat c. Litteras, de Præsump. quia fateor in ea facti specie reum fuisse torturæ subijciendum, quia graues erant suspiciones contra eum, ex periurio, & mendacio, & erat mendacium respiciens substantiam negocij: agebaturque de crimine grauissimo. Non sic est statuendum temerè in omnibus casibus, in quibus reus mendacij conuincitur: sed totum arbitrio prudentis Iudicis committendum.

Nihil etiam mouet quod pro altera sententia adfertur, licere cuipiam pro salute contraria dicere. Nam l. Nemo, ff. de except. loquitur de reo, cui permissum est diuersis vti exceptionibus; non rectè ex hoc infertur licere reo à Iudice examinato mentiri, aut si mentiatur, non rectè interdum conijci, mendacem reum D delictum commisisse. Nihil etiam obstat l. 1. ff. de bonis eor. qui mortem sibi cõsciu. quia non sequitur, licet cuilibet quacunque ratione sanguinem suum redimere, ergò & mentiri, & ex tali mendacio torqueri reus non potest.

CAPVT XC.

Assertio vulnerati in articulo mortis, an faciat indicium ad torturam.

Affirmant Indicium esse ad torturã sufficiens, vulnerati assertionem in mortis articulo, Angelus in l. Si quis in graui, §. si quis moriens. ff. ad Syllan. Marsilius Singul. 5. 16. Grammaticus consi. 57. nu. 13.

Fundamentum est, quia nemo præsumitur esse immemor salutis æternæ, præsertim mortis tempore, l. vlt. C. ad l. Iul. repetund. Consequenter non præsumitur mentiri, & alicui velle iniuriam facere; quinimò experientia docet plerunque tempore mortis eos, qui malè vixerunt ad Deum conuerti; & mandare vsuras malè extortas restitui, & alia facere, quæ ad animæ salutem pertinent.

Negant Alex. consi. 14. nu. 5. lib. 3. Iason, in l. 1. nu. 10. Comm. de legatis. Petrus Placa, in epitome Delictor. lib. 1. c. 13. nu. 15. Clarus. q. 21. vers. Assertio vulnerati, Menochius de Præsumpt. lib. 1. q. 89. nu. 79.

Fundamentum est in d. l. Si quis in graui, §. Si quis moriens, ff. ad Syllan. vbi Vlpianus: *Si quis moriens dixisset a seruo vim mortis sibi illatam esse, dicendum est, non esse credendum domino, si moriens hoc dixit, nisi potuerit & probare.*

Huic posteriori sententiæ calculum adijcio lubens, quia vsu forensi recepta est, & satis probabili nititur argumento. Si enim talis assertio morientis præstaret argumentum sufficiens ad torquendum, id Vlpianus non reticuisset: nec tam latè & absolutè non esse credendum pronunciasset.

Ad argumentum respondeo, non esse quidem præsumendum morientem velle mentiri: Veruntamen nec quempiam esse quæstionibus subijciendum, nisi certis argumentis, & indicijs Iudex ducatur, l. Milites, §. Oportet, C. de Quæst. Non est autem satis certum ac probabile hoc indicium ex assertione morientis, vt patet ex d. §. Si quis moriens.

CAPVT XCI.

Stante statuto quo fur pro tribus furtis suspendi iubetur, an si committat vnum tantum furtum, sed magnum, eadem pœna plectendus sit?

Furem laqueo suspendi oportere pro trib. furtis sæpè Constitutionib. cauetur prouincialibus: sed tunc in controuersiam vocatur, an & furca suspendendus sit propter vnum maximum furtum?

Affirmant Baldus in Auth. Sed nouo iure. C. de seruis fugitiuis. Angelus de Maleficijs, in vers. *Et vestem cælestem*, nu. 13. Panorm. in c. Inter alia, nu. 31. de Immun. Eccles. & hanc sententiam in Hispania consuetudine receptã testatur Diaz. in Pract. Crim. c. 84. & in regno Cathaloniæ Ludouicus a Peguerra, dec. 27. n. 8.

Fundamentum est in l. Si is qui tres, §. vlt. ff. de excusatio. tutor. vbi dicitur, sicut tria onera tutelarum excusant a tutela, ita & vnam tutelam magnam excusare, quæ scilicet magnum & amplum patrimoniũ continet. Itẽ, quia in atrocioribus permissum sit iura transgredi, arg. l. 1. C. de precibus Imp. offer. & l. Si quis filio exhæredato, §. Hi autem omnes, ff. de iniusto rupto & irr. testam.

Non placet, nec sententia, nec fundamentum eius. Nam quis non videt hæc esse longè dissimilia? tres tutelæ excusant, & vna magna fungitur vice trium tutelarum, quia tutor æquè in illa vna occupatur, atq; in tribus tutelis paruis, aut mediocribus. Sed alia ratio est statuti punientis tria furta pœna mortis. Namque illud proculdubio respicit ad furandi consuetudinem iterationemque delicti: quare in vno licet magno furto talis consuetudo non apparet, ac delicti iteratio.

Illud uerò brocardicum nil moratur, in atrocioribus permissum esse iura transgredi, scilicet id uerum est, concurrentibus ijs facti circumstantijs, quæ commemorantur in legibus allegatis. Alijs in casibus seruandæ sunt leges, nec cuiquam permissum est eas transgredi.

Contrariam igitur sententiam verbis statuti consentaneam & rationi magis probo, quàm probarunt Aretinus, Salycetus, Fulgosius Castrens. in d. Auth. Sed nouo iure, C. de seruis fugitiuis. Antonius Gomes.tit.de furtis, num.7. Rolandus à Valle, consil.51. num.43.lib.1. Farioacius tit. de Delictis & pœnis, qu. 23.num.3.

CAPVT. XCII.

Vtrum fures, qui de se confessi sunt, possint interrogari de socijs?

FVres, qui de se confessi sunt, interrogari posse de socijs & receptatoribus, docuit expressè Bartolus, in l. Repeti, §. Is qui, ff. de quæst. quem secutus est Alexander in cons.69.num.8. lib.2. Ludouicus à Pegueta, decis. Cathaloniæ 37.

Fundamentum est in l. Diuus, ff. de custodia, & exhib. reor. illis verbis: *Sed & caput mādatorum extat, quod Diuus Pius, cùm Prouinciæ Asiæ præesset, sub edicto proposuit, vt Crenarchæ cùm apprehenderint latrones, interrogent eos de socijs & receptatoribus*, &c.

Adstruitur in eandem sententiam l. Prouinciatum, C. de seruis. Sed non hoc dicit. Item ratio hæc adfertur, quia congruit officio Præsidis expurgare Prouinciam malis hominibus, ac proinde interrogare debet furem de socijs, cùm præsertim talia furta sunt, quæ sine socijs committi non solent, vt scilicet alij quoque puniantur.

Contrarium respondit Marsilius, consil.12. nu.17. Rolandus à Valle, consil.51.num.26.lib.1. & ante eos Salycetus, in l.vlt. C. de accusation.

Fundamentum est in l. Repeti, §.1. ff. de quæstio. & in l.vlt. C. de accusatio. quibus legibus apertè constituitum est, de se confessos, interrogari non posse de alijs; Et idem habetur in cap. 1. de confessis. Et licet aliqua excipiantur crimina, tamen crimen furti exceptum non est.

Ego puto opiniones conciliari posse hoc modo, ut prior locum habeat in latronibus: Sic enim apertè loquitur l. Diuus. Posterior autem in furtibus, de quibus id cautum non est. Ita Federicus Scotus in consil. 1. num.45. lib.3. tomo 2. & Menochius de arbitr. Casu 474.nu.20. quę sententia mihi quoq; placet. Latrones distinguuntur à furibus, in l. Cùm duobus, §. Damna, ff. pro socio. Sunt latrones grassatores, raptores, prædones, uiarum obsessores. Fures autem qui clam abripiunt, vt notum est. De latronibus scriptum est in l. Diui, §. Latrones, ff. de pęnis. Latrones famosos furca suspendi oportere in locis, vbi grassati sunt. De furibus extat Iustiniani Constitutio, in hæc uerba: *Pro furto autem nolumus quodlibet membrum abscindi aut mori, sed aliter eum castigari.* Nouella 134. circa finem, siue ex Iulia ni translatione in Authent. Vt nulli Iudicum, §. ult. Ex quibus apparet, latum esse discrimen inter fures & latrones. Quare id, quod de latronibus cautum est, non est ad fures producendum. Nec mouet, quod dicitur Præsidis officio congruere, ut malis hominibus prouincia expurgetur; Nam id debet curare & exequi secundùm modos iure permissos. Iura autem non permittunt eos qui de se confessi sunt, de alijs interrogati, nisi in criminibus exceptis. Inter crimina uerò excepta furtum non cōtinetur, sed latrocinia: Ergo maneat hæc distinctio inter fures, & latrones.

A

CAPVT. XCIII.

Homicida ex proposito & animo deliberato, an gaudeat Ecclesiastica immunitate, si confugiat ad Ecclesiam.



GRauis sanè ac difficilis disputatio hæc est de homicidis ex proposito, siue vt vocāt animo deliberato, an gaudeant Ecclesiastica immunitate. Variè enim iuris interpretes hac de re censent & censuisse & docuisse, vt uidere licet ex Alex. cons. 145. lib.7. Boerio dec.109. Guidone Pap. dec.121. Couuar. Variarū resolut. lib.2. cap.20. Iulio Claro, q.30. ver. Punctus est. D. Tiberio Deciano in tract. criminali, lib.6. capit.28. nu. 15. tomo 2.

Fundamentum eorum, qui putarunt non gaudere, est in Nouella Iustiniani de mandatis Principum, §.

B Neque, vbi Iustinianus: *Neq; autem homicidis, neq; adulteris, neq; virginum raptoribus, delinquentibus terminorū custodies cautelam, sed etiam inde extrahes, & supplicium eis inferes. Non enim talia delinquentibus parcere competit*, &c. *Deinde templorum cautela non nocentibus, sed læsis data est à lege*, &c.

Fundamentum autem eorum, qui putarunt gaudere istos immunitate Ecclesiarum, est in c. Inter alia, de immun. Eccles. vbi S. Pontifex respondit: *Si liber quantumcunque grauia maleficia perpetrauerit, non est violenter ab Ecclesia extrahendus, nisi publicus latro fuerit, vel nocturnus depopulator agrorum*, &c.

Ad Nouellam Constitutionem Iustiniani respondent illam spectandam nō esse, sed Ius Canonicum, quia immunitas hæc respicit Ecclesiarum fauorem & priuilegia, de quibus S. Pontifex liberam habet disponendi facultatem, non autem Imperator.

C Et nominatim de homicidis, quod ab Ecclesia non sint extrahendi, probatur in c. vlt. de immun. Eccles. quoniam ibi S. Pontifex respondit, eos qui in ipsis Ecclesijs vel alijs Cœmeterijs homicidia committere nō verentur sub spe immunitatis Ecclesiarum, non debere gaudere immunitatis priuilegio. Ex hoc enim probatur homicidas alioqui gaudere Ecclesiarum immunitate: si enim nunquam gauderent Ecclesiarum immunitate, frustra ij exciperentur, qui talia committunt, sperantes se per Ecclesiam, ad quam confugerunt, defendi.

Sed rursus qui priorem tuentur sententiam, quæ negat hos immunitate gaudere, adferunt ex Iure Canonico textum in cap. 1. de homicidio, vbi dicitur: *Si quis per industriam occiderit proximum suum, uel per insidias, ab altari meo euelles eum, ut moriatur.*

D Sic enim textum accipiunt, vt velit eos, qui animo deliberato aliquem interficiunt, non gaudere immunitate Ecclesiarum, hocque indicare illa uerba, *per industriam.*

Contra uerò alij contrariæ sententiæ propugnatores eundem textum perpendunt; & retorquent, existimantes hoc uelle, homicidas extrahendos esse ab Ecclesia, quoties proditio interuenerit, quod significari dixerint insidiarum nomine: Proditionis autem species multas Felynus commemorat in Commentarijs d. c. 1.

Et dato quod proditionis Qualitas necessaria non sit, insidias tamē requiri affeuerant: Quare si quis absque insidijs animo licet præmeditato, hoc est, dolosè, & ex proposito aliquem occiderit, illis uerbis, nequaquam contineri opinantur.

Ego existimo, priorem sententiam, quæ negat istos gaudere immunitate Ecclesiarum, probabiliorem esse.

Primò, quia iuri Ciuili consentanea est, quo certū est homicidis hanc immunitatem esse à Iustiniano adem-

ademptam. Licet enim Ius Canonicum ſpectandum ſit, & Iuri Ciuili præferendum, tamen nullibi quicquam expreſsè conſtitutum apparet Iure Canonico, contra Imperatoris legem, & nota eſt omnis iuris Pōtificij ac Cæſarei cōcordia, niſi contra ſit expreſsè cautum, vt in c.1.& 2.de noui ope.nunciat.

Secundò, quia tex.in cap.1. de homicidio, immunitatem hanc ei adimit, qui per induſtriam occidit. Occidere autem per induſtriam is videtur, qui ex propoſito, & animo (vt vocant) deliberato ac præmeditato occidit. Nihil eſt enim aliud, per induſtriam aliquid facere, quàm dedita opera, & ex propoſito.

Tertiò, quia is qui animo deliberato quempiam vult occidere, & occidit, ſine dubio vitæ illius inſidias parat, tempus ſcilicet & locum expectans, vt eum cōmodè aggredi & occidere valeat.

Quartò, quia hæc eſt ſententia text.in d.ca.1.de homicidio, euellendum eſſe ab altari eum, qui ex propoſito hominem occiderit. Id ita demonſtro: Sumitur ex cap.21. Exodi, vbi ſic habetur: *Qui percuſſerit hominem volens occidere, morte moriatur. Qui autem non eſt inſidiatus, ſed Deus illum tradidit in manus eius, conſtituam tibi locum, in quem fugere debeat. Si quis per induſtriam occiderit proximum ſuum, & per inſidias, ab altari meo euelles eum, vt moriatur.*

Primò loquitur de eo, qui volens, hoc eſt, ex propoſito, vt nunc loquimur, occidit, & iſte debet mori. Secūdò de eo, qui non eſt inſidiatus, id eſt, qui non ex propoſito occidit: & iſte gaudet immunitate. Tertiò, quia poterat dubitari, an primus, qui ſcilicet volens occidit proximum ſuum, per induſtriam, & inſidias, immunitate gauderet, ibi reſpondetur, non gaudere.

Id clarius confirmari poteſt ex Deut.c.19.vbi ſic dicitur: *Qui percuſſerit proximum ſuum neſciens: & qui nullum contra eum odium heri aut nudius tertius habuiſſe comprobatur, ad vnam trium vrbium cōfugiat & viuat.* Poſtea ſic dicitur; *Si quis autem odio habens proximum ſuum, inſidiatus fuerit vitæ eius, ſurgensq́; percuſſerit illum, & mortuus fuerit, & aufugerit ad Ciuitatem perfugij, mittent ſeniores, & eripient eum de loco effugij.*

Quibus verbis apparet, ignorantiam opponi inſidijs: & quod in Exodo dicitur, qui non eſt inſidiatus, in Deuteronomio dicitur, qui percuſſerit neſciens. Quod in Exodo dicitur: *Qui percuſſerit volens*, in Deuter. dicit: *Si quis odio habens, inſidiatus fuerit.* Ex quo apparet, nihil aliud eſſe inſidias & induſtriam, quàm voluntatem deliberatam occidendi.

Quintò, quia ita hanc rem explicarunt magis communiter Doctores, ut teſtatur Couuar. loco ſuperiùs annotato, nu.7.verſ. *In his profectò caſibus.* licet ipſe cōtrariam ſententiam fuerit amplexus.

Sextò, quia ſic exponunt locum Exodi Abulenſis, & alij apud Lippomanum in Catena, vbi ſcribit, ſecundùm Septuaginta Interpretes, hanc eſſe ſententiā d.ca.21.Exodi: *Si quis autem proximum ſuum fuerit aggreſſus, vt occidat, & fugiat*, &c.

His non obſtat c. Inter alia, de immun. Eccleſ. etſi enim eo in loco non excipiantur homicidæ ex propoſito, de quibus nunc diſputamus, tamen excipiuntur in d.c.1.de homicidio, ſecundùm veriorem & communiorem interpretationem.

Similiter, nec obſtat c.vlt.eo.tit. Etſi enim ex eo textu inferri poſſit, homicidas regulariter immunitate Eccleſiaſtica gaudere; tamen id non expreſsè ibi dicitur: ſed colligi poteſt argumentis tantùm & coniecturis; Argumenta verò & coniecturæ, non ualent aduerſus claros textus, & alia manifeſta loca. Quinimò decet obſcuriora loca ex clarioribus lumen accipere, ac interpretationem.

Præterea, concedimus, homicidas gaudere Eccleſiaſtica immunitate, ſi non ex propoſito animoq; deliberato crimen admiſerint, & hoc inferri poteſt ex d.c.ul.

A Poſſet etiam probabiliter addi, eum qui homicidiū commiſit, & ſtatim ad Eccleſiam confugit, videri illud commiſiſſe ſpe fretum immunitatis Eccleſiæ, ac proinde eo priuilegio indignum cenſeri, vt in d.c.vlt. Namque ita eſſe præſumendum in dubio, ſcriptum reliquerunt Alciatus de Præſumpt. reg.3. Præſumpt.33. Menoch.de Præſumpt.lib.5.Præſumpt.10.in fine.

CAPVT XCIV.

Quid ſit merum Imperium.

VLpianus: *Merum Imperium eſt, habere gladij poteſtatem, ad animaduertendum in facinoroſos homines, quod etiam poteſtas appellatur*, l.3.ff.de iuriſd.om.iud.

Controuerſia eſt, an ſit hæc vera Definitio ſiue Deſcriptio meri Imperij, an verò exemplum B aliquod ipſius meri Imperij, & quidem antiqui Gloſſatores docuerunt, exemplum eſſe, non Definitionem vel Deſcriptionem generalem: Eandem ſententiam ſecutus eſt Bartolus, & reliqui ferè omnes antiquiores, Angelo excepto, quibus uideri poteſt aſſentiri Cuiacius, lib.21.Obſeru.cap.30.dum ſcribit, merum Imperium hic per exempla definiri, non autem exactè.

Angelus enim exiſtimauit eſſe Definitionem meri Imperij, & hanc ſententiam ſecutus Longanaſſius in Commentarijs d.l.3. necnon Alciatus, lib.2. Paradoxor.c.7. Coraſius, lib.3. Miſcellaneor.cap.17. Duarenus in Commentarijs eiuſdem legis, Gregorius Tholoſanus in Syntagm.lib.47.cap.13.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia ſi Definitio eſſet, deberet conſtare ex Genere, & Differentijs, & conuerti cum ſuo Definito, ſed hæc non conuertitur. Nam multa alia ſunt meri Imperij præter gladij poteſtatem, ut puta, damnare aliquem in metallum, C deportare, relegare, alijſque pœnis afficere, puta ſecuri, laqueo, uel fuſtibus.l. Aut damnum, ff.de pœnis, Legem condere, creare tabelliones, ſpurios legitimos facere. Mitto enim ridiculum argumentum Cagnoli, de poteſtate puniendi etiam animalia ex c.Mulier 15. quæſt.1.

Fundamentum uerò poſterioris ſententiæ eſt; Primò, quia Vlpianus uſus eſt uerbis denotantibus Definitionem meri Imperij, non autē exemplum aliquod, ſic enim ait: *Merum imperium eſt*, &c. Secundò, quia in hac Definitione nil deſiderari poteſt. Deſcribit enim clarè, quid ſit merum Imperium, niſi quis ſubtiliter nimis eam ſecundùm Dialecticorum regulas uelit examinare, quod ſi fieret, uix ulla eſſet Iuriſconſultorum Definitio, quæ conſiſtere ac defendi poſſet.

Hæc poſterior ſententia mihi quoque placet. Cùm enim Vlpianus dixit; Merum Imperium eſſe gladij poteſtatem, deſignare uoluit ſummam partem meri Im- D perij, quia plerunque hæc ſola eripiendæ uitæ ratio permittitur ei qui habet merum Imperium, l. Aut dānum, §.1.ff.de pœnis. Alioqui uerò omnem aliam grauiorem facinorum coercitionem complectitur, ueluti damnationem in metallum, deportationem, bonorum publicationem, l. Solent, ff.de off. Proconſulis, & Iudicij publici exercitationem lege delegatam, l.1.ff. de off.eius, cui mand.eſt iuriſd. Eſt enim in ſumma merum Imperium coercendorum facinorum poteſtas, lege data atque finita.l.1. C. qui non poſſunt ad libertatem peruenire.

Quæ omnia ſi rectè perpendantur argumenta, illud facilè dilui poterit, quo dicebatur multaa alias pœnas vltra gladij pœnam ad merum Imperium pertinere. Hoc ſciebat optimè Vlpianus, ſed à digniori, & maiori parte voluit Definitionem ſumere. Appellatur enim gladij poteſtas, l. Nemo poteſt, de reg.iur.l. Solet, ff.de off. Proconſ.ſed tamen omnem aliam grauiorem

coercitionem continet, vt patet ex d.l. Solet, ibi: Nemo enim potest gladij potestaté sibi datam, vel cuius alterius coercitionis, ad alium transferre.

Multò verò minus obstat illud argumentum, quod veteres attulerunt, legem condere, creare Notarios, &c. ad merum Imperium pertinere; nec gladij potestate contineri. Nam & Alciatus, & Zasius, & alij recentiores rectè summaque ratione negant, hæc pertinere ad merum Imperium. Nec quisquam hactenus id probare aggressus est. Pertinent enim ad Principis iura & regalia, vt vocant, quæ Principi sunt reseruata, non autem ad merum Imperium, quod Magistratibus concessum est. Nec Senatus, & Præfectus Prætorio, legis condendæ potestatem habuit, ex eo quod merum Imperium haberet, sed propter summam dignitatem & autoritatem quam habebant; vt egregiè Zasius explicat in d.l.3.nu.16.

CAPVT XCV.

Quid sit mixtum Imperium.



APparabo hic mensam ex alienis ferculis variatum epularum cupidis lectoribus; non sine apophoretis ex ære meo quæsitis. Eorum partes erunt, quod magis placuerit accipere, omniaque boni consulere.

Vlpianus: *Mixtum Imperium est, cui etiam Iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit*. l.3. ff. de iurisdictione.

Veteres hanc rem sic explicarunt communibus suffragijs: Mixto Imperio inesse Iurisdictioné in specie sumptam, non in genere: Nam in genere sumpta Iurisdictio etiam mero Imperio inest: Eidem mixto Imperio inesse etiam Imperium merum. Imperij naturam participare, quia officio Iudicis nobili exercetur. Iurisdictionis autem, quia ad priuatam vtilitatem exercetur. Et ideo mixtum Imperium nil aliud esse, quàm Iurisdictionem, quæ officio Iudicis nobili tractatur, & ad priuatam vtilitatem spectat.

Post hos Alciatus lib.2. Paradox. cap.8. *Distinctioné eam nobilis & mercenarij officij apud veteres non obseruatam fuisse, sed Prætoris officium dici, quod in mixto Imperio versatur, idest, circa coercitionem vel executione, quæ etiam in bonorum possessione danda necessaria erat, vt Parergon lib.4. ostendi.* (Est cap.3. lib.3. Parergon.)

Io. Corasius lib.3. Miscellaneor. ca.17. *Definitur mixtum Imperium ab Vlpiano, vt sit illud, cui Iurisdictio inest. Similiterq; Papinianus hoc mixtum Imperium cohærere Iurisdictioni tradidit, in l.1.§.vlt. ff. de off. eius. Vtriusque autem Iurisconsulti verba ita me autore explicanda sunt. In pecuniarijs caussis, in quibus exercetur Iurisdictio, mixtum quoque versatur Imperium, quod non alio spectat, quàm vt priuatorum controuersiæ finem accipiant, pertinaciumq; & contumaciam ceruicositas ac proteruia compescatur, coerceaturq; iure suo cuique conseruato, l.fin. de off. eius. & ita adhærere Iurisdictioni, eidemq; subministrare mixtum Imperium dicitur. Manifestum quoque hinc fit, Imperiũ mixtum aliud esse nihil, quàm autoritatem & potestaté quandam decernendi, dandi, dicendi, addicendi, coercendi in pecuniarijs caussis, citra tamen litis controuersiæ decisionem: Tunc enim esset Iurisdictio, quæ tamen vt effectum habeat, faciliusq; explicari possit, mixto Imperio ius dicens vtitur, d.l.fi. Consistit autem propriè in dãda bonorum possessione mixtum Imperium, non item Iurisdictio; Licet enim ciuile sit negotium, quia tamen non inter duos ius redditur, sed vni petenti Prætor decernit, Imperio vtitur non Iurisdictione: quatenus propriè consideratur, cùm inter litigatores ius dicitur: Est tamen præter dationem bonorum possessionis alia multa reperire, in quibus licet propriè mixtum Imperium non consistat, eiusdem tamen Imperij magis quam Iurisdictionis naturam redolent, l. Iubere, de Iurisdict. om. iud. &c.*

A Franciscus Duarenus lib. 1. Anniuers. Disput. cap. 53. *Notandum est Prætorem Romæ creatum fuisse, vt ius diceret in Vrbe de caussis negotijs; priuatis, non vt animaduerteret in facinorosos homines, quod nec Consule quidem licuisse scribit Pomponius, tit. de orig. iuris lib.1. Pandect. Populus enim cuius summa potestas erat, quoties animaduersio necessaria videbatur, Quæsitores siue Quæstores constituebat, qui aduersus facinorosos inquirerent, idq; extra ordiné; cùm nullo Magistratu fungerentur, vt ego plerisque refragantibus censeo, l.2. de orig. iur. Non tamé his finibus vsquequaque circumscripta fuit potestas huius Magistratus, vt nihil aliud quam iudicibus à se datis, ius æquitatemq; præscriberet, quemadmodum diximus: Nam bonorum possessioné dare poterat secundum tabulas, vel contra tabulas restituere in integrum, modicè coercere, & alia quadam exequi, quæ in Imperio magis consistere videntur, quàm Iurisdict. l.1. l. Iubere, ff. de Iurisdict. l.2. de in ius vocand. l. Ea quæ, ad Municipalem, vt constat ex Ciceronis orationibus in Verrem. Et* B *hoc quidem Imperium ideo dicitur mixtum, quia Iurisdictioni admixtum & coniunctum est, pertinetq; omnino ad officium ius dicentis, adeò, vt quisque habet Iurisdictionem, idem hoc quoque Imperium habeat: & qui hoc Imperio vtitur, ius dicentis officio fungi existimetur, quæ ratione transferri dicitur mandata Iurisdictione.*

Iacobus Cuiacius lib. 21. Obseru. cap. 30. *Mixtum Imperium est potestas quæ iure proprio Magistratui competit, l.1. de off. eius, vel cui Iurisdictio cohæret, adhæret, inest. Cuius in l.3. duo proponuntur exempla, Vnum, quod consistit in danda bonorum possessione honorarijs successoribus, namque ij tantum dare possunt bonorum possessionem secundum tabulas, vel contra tabulas, vel Vnde legitimi, vel quam aliam, qui Imperium mixtum habent. Dare bonorum possessionem est Imperij mixti, & Iurisdictionis, testis vel Hermanopulo autore 1. Epit. tit.4. Alterum consistit in dando iudice, &c.*

Antonius Faber lib.4. Coniecturarum, cap.4. *Mixtũ* C *Imperium id esse scribit Vlpianus, cui etiã Iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit, quibus verbis decepti veteres omnes, & quod magis mirum videri debeat, recentiores plerique iuris magistri existimarunt, Vlpiani sententiam istam esse, vt dare bonorum possessionem mixti sit Imperij, non Iurisdictionis. Alij qui id Iurisdictionem esse vident, nec que negare possunt, nouam opinionem induxerunt, & mixti Imperij seu Iurisdictionis esse scripserunt, in quo errant longè grauius, mixtum Imperium cum Iurisdictione confundentes: neque fieri potest, vt hoc principio posito quicquam in eo tractatu intelligamus. Etsi enim mixtum Imperium est, cui Iurisdictio inest, aliud tamen mixtum Imperium est, aliud Iurisdictio, neque mixti Imperij esse potest, quod Iurisdictionis est, aut contra. Dare igitur bonorum possessionem Iurisdictionis tantum est, non etiam Imperij mixti. Aut si datio bonorum possessionis Iurisdictionis non est, quid obsecro, Iurisdictionis esse potest? Omne siquidem ius, quod in danda bonorum possessione versatur, ex Prætoris edi*D *cto est. Et cum dici soleat Prætoris Iurisdictionem in eo potissimum consistere, vt ius Ciuile vel corrigat, vel temperet, vel confirmet, l. Ius autem, 7.§.1. de Iust. & iure, certum est, introductas esse à Prætore bonorum possessiones iuris veteris, tum corrigendi, tum confirmandi gratia, quemadmodum in principio tituli de bonorum possessionibus Iustinianus scribit. Vt non male dici possit, Prætoriæ Iurisdictionis potissimam fere partem in danda bonorum possessione consistere. Ac maximum Imperium Iurisdictio non est, sed modica duntaxat coercitio sine qua Iurisdictio nulla esse potest, l. vlt. de off. eius, Propter quam caussam dicitur à Paulo Iurisdictioni cohærere, in §. vlt. l.1. ff. eo. Eodem planè sensu, quo Vlpianus in d.l. Imperium scribit, Iurisdictionem mixto Imperio inesse. Nec audiendi sunt, qui Imperium mixtum, cui Iurisdictio inest, separant ab Imperio mixto, quod Iurisdictioni cohæret, seu quod inest Iurisdictioni. Vtrunque enim omnino idé est, sicut Imperium mixtum nullum est, quod non Iurisdictioni cohæreat, ob idq; mixtũ appellatur, ita Imperium mixtum*

tum nullum est, cui Iurisdictio non insit. Idq; apertè Vlpianus docet in d.l. Imperium; cùm mixti Imperij verã & propriam definitionem illam tradit: Mixtum Imperium est, cui Iurisdictio inest, ad differentiam meri Imperij, quod non tuenda Iurisdictionis gratia exercetur, ac per se stat, & in delictis vindicandis totum consistit. Sed istos idem error duxit qui cæteros. Cùm enim ex d.l. vlt. de off. eius, viderent Imperium non merum, seu mixtum aliud non esse quàm modicã coërcitionem, sine qua Iurisdictio nulla est, nec coërcitionem vllam cernerent in datione bonorum possessionis, in qua tamen Imperium mixtum ab Vlpiano constitui putabant, non aliter se ex ea difficultate euoluere potuerunt, quàm commentitia illa duplicis Imperij mixti distinctione. Neque sanè vnquam quis se euoluere possit, qui in recepta lectione defendenda pertinax esse velit. Nam mixtum Imperium in danda bonorum possessione consistere Vlpianus apertè scribit. Optio nobis relinquitur, an à recepta lectione, an potius à certissimis principijs iuris recedere velimus. Ego hoc nolo, illud malo. Nec tamen subtilissimi viri emendationem probo, qui Vlpianum vult sic scripsisse, aut scribere debuisse. Quod in danda bonorum possessione consistit, Iurisdictio est: Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia. Ferè enim ineptus est ille loquendi modus, neque sic explicari potest, vt quod Imperium in danda bonorum possessione consistit, Iurisdictio sit, cùm vel fatente illo in dãda bonorum possessione Imperium nullum consistat: & si Imperium aliquod esset; iam mixtum Imperium diceretur, non Iurisdictio. Probabilius ergò est, in illis verbis. Quod in danda bonorum possessione consistit, erratum esse, & legendũ, qua pro quod, nato errore ex vtriusq; syllaba, & nota similitudine, & affinitate. Atq; ita Vlpiani sententia eadem erit quæ secundum Goueam emendationẽ scilicet dationem bonorum possessionis Imperij mixti non esse sed Iurisdictionis, &c.

Accipe nũc lector quæ pollicitus sum apophoreta. Prima conclusio. Mixtum Imperium non constituitur ex mero Imperio, & Iurisdictione, sed ex Imperio & Iurisdictione, nihil est enim aliud mixtũ Imperium, quàm Imperium cum Iurisdictione cõiunctum: quod propterea dicitur mixtum; quia scilicet ei Iurisdictio admixta est; non autem simplex est, purum, merum, quale est ius gladij, & potestas animaduertendi in facinorosos homines: illud enim nullam aliam habet mixtam Iurisdictionem, sed in sola maleficiorum cognitione & punitione consistit.

Secunda Conclusio. Mixtum Imperium non est Iurisdictio; sed Iurisdictio ei inest: quomodo enim idem potest esse cum Iurisdictione, si Iurisconsultus ait, ei Iurisdictionem inesse? Nunquid sibi ipsi aliquid inesse potest? Quod inest alteri certè differt ab eo, nam accedit ei.

Tertia Conclusio. Mixtum Imperium non est sine Iurisdictione. Nam Vlpianus dicit ei Iurisdictionem inesse. Nec Iurisdictio est sine mixto Imperio, vt constat ex l.1.§. vlt. & l. vlt. ff. de off. eius, cui mand. Itaque licet aliquis considerare possit modicam coercitionẽ per se, & abstrahere illam ab ipsa Iurisdictione, tamen nunquam est mixtum Imperium, nisi simul adiunctã habeat Iurisdictionem. Si quis abstraxerit coercendi potestatem, à Iurisdictione, ille conficiet merum Imperium, non mixtum, quia merum Imperium nihil est aliud quàm potestas coercendi, &c. Mixtum autem habet adiunctam Iurisdictionem.

Quarta Conclusio. Mixtum Imperium, cui Iurisdictio inest, licet consistat in multis alijs, tamen potissimùm dicitur consistere in danda bonorum possessione, quia iubere cauere, & in possessionem mittere, Imperij magis est, quàm Iurisdictionis, l. Iubere, ff. de Iurisd. Est enim bonorum possessio executionis cuiusdã species, cum sit ius persequendi retinendique patrimonij, l.3. ff. de bono. possess. Quapropter, alibi sic scriptũ est, vt possessio bonorum detur, vel si cui damni infecti non caueatur, vt is possidere iubeatur, l. pen. §.1. ff. de

A officio eius cui mand. Itaque Imperio hac in re opus est, quia executionem continet.

Quinta Conclusio. Nec propterea negamus in possessionem mittere Iurisdictionis esse. Nam constat id Prætorem ex sua Iurisdictione facere, sed quia executionem habet adiunctam, & Imperio eget, ideo Imperij magis quàm Iurisdictionis esse dicitur, d.l. Iubere, Imperij hoc est mixti, cui scilicet Iurisdictio inest; quod miror eruditissimum Fabrum non satis expendisse.

Dices, nonne is qui merum habet Imperium, Iurisdictionem habere dicitur, cùm ius & ipse reddat, & dicat de criminibus & pœnis? Respondeo, latissimè accipiendo Iurisdictionem, id rectè dici, arg. l. 1. ff. de off. eius, ibi. *Iurisdictionem suam mandant*, vt dixi supra lib. 7. cap. 69. Sed hic Iurisdictio sumitur strictè & propriè, prout est separata a mero Imperio: quod in sola gladij potestate consistit. Ita, inquam, Vlpianus accipit in d.l.3. ff. de Iurisd. Quid autem sit Iurisdictio, sic

B accepta, in sequenti capite dicetur.

Ex his patet, nec textum Vlpiani esse corrigendum, & quæ sit Vlpiani sententia, cùm dixit mixtum Imperium esse, cui Iurisdictio inest, quod in dãda bonorum possessione consistit.

CAPVT XCVI.

Quid sit Iurisdictio.



VLpianus in d.l.3. ff. de Iurisd. omn. iud. sic ait: *Iurisdictio etiam est Iudicis dandi licentia.*

Veteres ita hunc locum exponunt, vt cõstituant Iurisdictionem simplicem separatam a mero & mixto Imperio, non quia possit esse sine modica coercitione, quod est mixtum Imperium, sed quia sit tertia species à mero &

C mixto Imperio realiter distincta. Rectè meo quidem iudicio.

Præclarè Duarenus in hunc tit. *Nam non hic principaliter definit* Vlpianus, *quid sit Iurisdictio, sed eam cui mixtum Imperium adhæret, quasi dicat, qui Iurisdictionẽ habet, potest ea quæ sunt mixti Imperij, sed etiam dare Iudicem potest*, quod confirmare poterat ex l.1. ff. de Iurisdictione, om. iudic.

Et alibi in Commentarium ad tit. de pactis, l. Iuris gentium, & lib. 1. Anniuers. cap. 53. optimè declarat, Prætorẽ solitum non fuisse priuatas caussas iudicare, sed Iudicem dare, qui accepta formula, & præscripto quodam iuris, de facto tãtum cognosceret, licet quandoque iudicaret, & cognosceret ipse Magistratus certarum personarum & caussarum fauore, l.1. ff. de extraord. cog. l.1. ff. de rei vind. & alibi. Eiusdem sententiæ mihi fuisse videtur eruditissimus Brissonius, in Lexico Iuris, verbo, Iurisdictio, dum scribit: *Iurisdictionis autem exemplum desiare Vlpianus esse, quod in danda bonorum possessione consistit; item Iudicis dandi licentiam.*

Sed Alciatus contra lib. 2. Paradoxorum, c. 8. Iuris-

D consultum in d.l.3. *Solùm de mero mixtòque Imperio loqui, mixtumq; illud definire, cui etiam Iurisdictio inest, vt in bonorum possessione, & in Iudicis dandi licentia: nam in ea quoque sicut in bonorum possessione Iurisdictio est: quocirca mixti Imperij existimatur. Dictio itaque (licentia) in eo contextu, sextum casum respicit, licet præpositio in adiecta non proponatur*, &c. Sic Alciatus.

Alciatum sequitur Bellonus, tanquam præceptorem suum, lib. 3. Supputationum, cap. 4.

Eiusdem sententiæ fuit Cuiacius, libro 21. Obseru. cap. 30. *In l. tertia, de Iurisdic.* inquit duo proponuntur, *Imperij genera, merum & mixtum. Duo sunt in ea termini tantùm, merum Imperium & mixtum Imperium, non tres, vt plerique opinantur, merum & mixtum Imperiũ & Iurisdictio simplex, quia nulla est Iurisdictio simplex vel*

nuda, sine Imperio, cuius vi ad effectum perducatur, quod A *ex hac etiam societate, atque iunctura, qua iurisdictioni connexum est mixtum appellatur. Quamobrem mixtum Imperium & Iurisdictio res vna & eadem est: nec quicquam vindicatur Imperio mixto, quod non possit & debeat etiam vindicari Iurisdictione, & contra, quæ enim commixta sunt, & simul commeant semper.*

Mihi magis placet sententia & expositio veterum, ac Duareni tres terminos in d.l.3. ab Vlpiano declarari. Merum Imperium, Mixtum & Iurisdictionem.

Primò, quia hæc sententia verbis legis consentanea est, & nullam continet absurditatem.

Secundò, quia Vlpianus dicit: *Iurisdictio est etiam Iudicis dandi licentia*, quæ autem expositio hæc est, verbum (licentia) esse in sexto casu in ablatiuo? quasi dixerit Iurisdictio est in licentia dandi Iudicem: nonne verissimum est eum qui Iurisdictionem habet, Iudicē dare posse?

B Tertiò, nam Vlpianus non dicit, mixtum Imperiū esse licentiam dandi Iudicem, sed ait, Iurisdictio est etiam Iudicis dandi licentia. Cur ergo volumus detorquere verba & sic inuertere, vt quod de Iurisdictione scriptum est, ad mixtum Imperium trahatur?

Fateor mixtum Imperium adiunctam habere Iurisdictionem, fateor & nullam esse Iurisdictionem sine Imperio, hoc est, modica coercitione, quæ ad Imperiū pertinet. Sed nego quod hinc infertur, Ergò Iurisdictio & Imperium unum & idem est. Nunquam ego didici id quod alieni inest, quod simul cum altero iunctum & connexum est, idem esse realiter cum eo. Anima & corpus in uiuente simul sunt coniuncta, nec animal esse potest, nisi manente illa coniunctione, quia separatio mortem inducit. Nemo tamen dixerit animam & corpus idem esse, uel animal esse idē quod corpus, uel idem quod anima, est enim compositum ex anima & corpore. Sic & mixtum Imperium compositum est ex Imperio & Iurisdictione. Non igitur est idem quod Iurisdictio, nec Iurisdictio est idē quod Imperium.

C Sed hoc ostendam ex iure ipso. Ait lex: *Ius dicentis officium latissimum est. Nam & bonorum possessionem dare potest, & in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, Iudices litigantibus dare.* l.1.ff.de Iurisdict.om.iud.

Hic sunt duo, Iurisdictio & Imperium. Iurisdictio est in iure reddendo, in Iudicibus dandis, &c. Imperium uersatur in executione ipsa. Nisi enim is, qui Iurisdictionem exercet, Imperium habeat, & coercitionem, qua exequi possit suam Iurisdictionem, nulla est Iurisdictio, & inanis. Quamobrem, in l. 2.ff.eodem, dicit Iabolenus. Cui Iurisdictio concessa est, ea quoque uideri concessa, sine quibus Iurisdictio explicari non potest.

D Non est igitur idem Imperium quod Iurisdictio, sed illi inest, & illam iuuat, ut Iurisdictio rectè expediatur. Rursus nec Iurisdictio idem est quod Imperium, quia illa consistit in cognoscendo & iudicando, Imperium autem in ijs quæ pertinent ad executionem & expeditionem ipsius Iurisdictionis. Si enim nullum Magistratus Imperium haberet, inanis esset Iurisdictio. Et hoc erat discrimen inter Iudicem olim & Magistratum, quod Iudex datus erat priuatus, nullam Iurisdictionem habens, sed notionem tantùm sine Imperio, l.quia ta, ff. de re iudic. Idcirco iubentur Magistratus exequi sententias Iudicum à se datorum, l.à Diuo Pio, ff.de re iud. ita sentio, si malè, uiri docti me admonebunt, ut spero.

CAPVT XCVII.

Quæ sit sententia l. 1. ff. de officio eius, cui mandata est Iurisd.

PApinianus: *Quæcunque specialiter Lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum tribuuntur mandata, ad Iurisdictionem non transferuntur. Quæ verò iure Magistratus competunt, mandari possunt. Et ideo videntur errare Magistratus, qui cùm publici Iudicij habeant exercitionem, Lege, vel Senatusconsulto delegatam (veluti lege Iulia de adulterijs, & si quæ sunt similes) Iurisdictionem suam mandant*, &c. l. prima, ff. de officio eius, cui mandata est Iurisdictio.

Bartolus quem alij frequentioribus suffragijs secuti sunt in explicatione huius legis, sic ait: *Causa meri &* B *mixti Imperij conceduntur maioribus Iudicibus specialiter, & expressè & in priuilegium, & ideo non possunt delegari, nisi in casu absentia. Causa verò Iurisdictionis infima committuntur, & competunt cuilibet Magistratui, & delegari possunt.*

Sed huic expositioni obstat, *Primò*, quòd Papinianus non loquitur de causis meri & mixti Imperij, sed generaliter loquitur de omnibus his, quæ specialiter Lege uel Senatusconsulto, &c. cōmittuntur. *Secundò*, quia non est uerum quod asseritur, mixti Imperij causas delegari non posse: ut in cap. sequenti ostendam. *Tertiò*, quia nullum uerbum facit de maioribus Magistratibus, nec de priuilegio eorum. *Quartò*, quia nullam etiam mentionem facit causarum, quę sunt Iurisdictionis infimæ, sed de his quæ iure Magistratus competunt, id est, de his quæ eo ipso quod Magistratus est, more maiorum expedire potest; quæ non sunt tantùm minimæ seu infimæ Iurisdictionis. *Postremò*, quoniam C ex uerbis ipsis manifestum est, Papinianum discrimen constituere inter ea quæ specialiter committuntur, & quæ iure Magistratus competunt. Quę specialiter conceduntur non possunt delegari, quæ iure Magistratus competunt, delegari possunt: & hanc esse ueram ac germanam sententiam Papiniani.

Exemplum est præter causas meri Imperij, de quibus mentionem facit Papinianus, primò in l.x.ff. eod. tit. Vlpianus: *Mandata Iurisdictione à Præside non potest consilium exercere is cui mandatur*. Cur ita, quia specialiter hoc Cōsuli in Vrbe & Præsidibus Prouinciarum, extra Vrbem Lege Aelia Sentia mandatum erat, vt scilicet consilium præberet minori 25. annis manumittere uolenti, l.1.ff.de offic. Consulis, §. eadem lege, Instit. Quibus manumittere non licet, Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium, tit.1. ubi Vlpianus ait: *In consilium autem adhibentur Romæ quinque Senatores, & quinque* D *Equites Romani, in Prouincia viginti Recuperatores, Ciues Romani.*

Alterum exemplum suppeditat eadem l.2. illis verbis: *Si tutores vel curatores velint prædia vendere causa cognita id Prætor vel Præses permittat: quod mandauerit Iurisdictionem, nequaquam poterit mandata Iurisdictione eam quæstionem transferre.* Cur ita, quia specialiter hæc cognitio lege tributa fuit Prætori Romæ, ac Præsidi in prouincijs, l. 1. ff. de rebus eorum, ibi. *Tunc Prætor Vrbanus vir Clarissimus adeatur, qui pro sua religione æstimet quæ possint alienari.*

Tertium exemplum est ex l. Cùm hi, ff. de transact. vbi Senatusconsultum continetur, quo cauetur transactionem de alimentis testamento relictis non aliter valere, quàm si Prætore autore facta sit. Prætor ergo & Prouinciæ Præses, mandare ex hac causa Iurisdictionem non potest, d.l. Cùm hi, §. Sed nec mandare.

Quartum exemplum est ex l.8.ff.de tutorib. & curatorib. datis ab his. Vlpianus: *Nec mandante Præside a-*
liis

tunt tutorem dare potest, quia Præsidi nominatim id à lege commissum erat, §. 1. Instit. de Attiliano tutore.

Excipitur cognitio de remouendis suspectis tutoribus, quæ specialiter data est Romæ Prætori, & in Prouincijs Præsidibus earum, & Legato Proconsulis, vt in Instit. de suspectis tutorib. veruntamèn mandari potest propter vtilitatem pupillorum, l. Cognitio, 4. ff. de off. eius cui mand. est Iurisd.

Ita hanc legem rectè explicarunt Alciatus libr. 2. Paradoxorum, cap. 5. Vaconius à Vacuna, lib. 6. Declarationum Iuris, cap. 75. Io. Longouallius ad l. Imperium, ff. de iurisd. om. iud. in §. *Venio ad tertium articulum.* Iacobus Cuiacius in operibus posthumis ad Papinianum; nec dubito quin alij recentiores eruditi viri idem scripserint, licet ego non alios legerim. Isti alia adserunt exempla, sed mihi iam ad finem properanti digitum ad fontes intendisse sat est.

CAPVT XCVIII.

An mixtum Imperium delegari possit?



Mixtum Imperium delegari posse, tam perspicuè iuris proceres responderunt, ut mirandum profectò sit, tot Interpretes repertos, qui contrariam sententiam suaserint.

Paulus notat, Imperium quod Iurisdictioni cohæret, mandata Iurisdictione transire, quod merum est. Ita respondit Papinianus, in l. 1. §. vlt. ff. de off. eius cui mand. est iurisd. Imperium autem quod Iurisdictioni cohæret, mixtum est, teste Vlpiano, l. 3. ff. de iurisd. om. iudic.

Idem Paulus in l. vlt. ff. eod. tit. sic scribit: *Mandata Iurisdictione, priuato etiam Imperium, quod non est merum, videtur mandari.* Quid est Imperium quod non est merum, nisi mixtum?

Sed præter hæc duo iuris testimonia, aliud extat magis luculentum, in l. 4. ff. eod. tit. vbi Macer: *Vt possessio bonorum detur, vel si ex damni infecti non caueatur, ut is possidere iubeatur, aut ventris nomine in possessionem mulier, vel is cui legatum est, legatorum seruandorum causa in possessionem mittatur, mandari potest.*

Si mixtum Imperium in danda bonorum possessione consistit Vlpiani testimonio, in l. 3. ff. de Iurisd. om. iud. Et mandari potest causa bonorum possessionis, vt Macer respondit, quid vlterius deliberandum est, an causæ mixti Imperij demandari possint?

Nec valet illa responsio, delegari posse cognitionē causæ, bonorum possessionis, non ipsam missionem & executionem: Nam quis hoc dicit? Quid est mandari posse, *ut possidere iubeatur, vt in possessionem mittatur*, nisi ipsam cognitionem, & actualem immissionem? Atque ita rectè docuerunt Alciatus lib. 2. Parad. cap. 1. Longouallius ad l. Imperium, de iurisd. om. iud. Fulgosius & multi alij: Bartolus & alij magis communiter contra, sed ijs condonandus est error ille, & gratiæ sunt propter alia quam plurima habendæ, quæ scriptis reliquerunt, præclara, & iuri, & æquitati, & moribus nostris consentanea? Duo sunt præcipua eorum argumenta. Nam leuiora missa facio.

Primum est in l. 2. ff. de off. eius. Existimarunt enim hoc ibi velle Papinianum, causas meri & mixti Imperij delegari non posse, propterea quòd maioribus Magistratibus in priuilegium & expressè sint concessæ.

Et vt dixi in cap. præcedente, non hoc vult ibi Papinianus: sed causas quæ specialiter Legibus, vel Senatusconsultis, vel Constitutionibus Principum tribuūtur, delegari non posse, quæ verò iure Magistratus cōpetunt, delegari posse. Hæc interpretatio verbis consentanea est ipsius Papiniani, & alijs Iurisconsultorū Responsis, vt latius exposui.

Alterum argumentum est, quia omnia quæcunque

A plenam causæ cognitionem requirunt, delegari non possunt, l. Nec quicquam, §. Vbi decretum, ff. de off. Proconsulis & Leg. l. Omnia quæcunque, de reg. iuris. Sed causæ mixti Imperij requirunt plenam cognitionem, Ergò delegari non possunt.

Respondeo, hic est alius error, pace antiquorum de Iurisprudentiæ studio optimè meritorum. Nam sententia dictarum legum est, vbi decretum necessarium est, quia solebant partes per supplices libellos petere, vt illud interponeretur, & Magistratus libello subscriberet, dicit lex non id posse fieri, quia *vbi decretum necessarium est, per libellum id Proconsul expedire non potest.* Exemplum est in l. 6. C. de prædijs & alijs reb. minor. vbi Imppp. Carus, Carinus, & Numerianus. *Minorū possessionis venditio per procuratorem delato ad Prætorem, vel Præsidem prouinciæ, libello fieri non potuit: Cùm ea res rectè confici aliter non possit, nisi apud acta causis probatis, quæ venditionis necessitatem inferant, decretum solenniter interponatur.*

CAPVT XCIX.

B

An merum Imperium Iure Canonico delegari possit?



Cum Iure Ciuili apertè constitutum sit, neminem posse gladij potestatem, quam ipse habet, alij demandare, l. solet, ff. de off. Proconsul. l. Nemo potest gladij, de reg. iur. l. 1. ff. de off. eius. nec contrarium palam Iure Canonico statutum sit, non video cur existimare debeamus, Iure Canonico merum Imperium posse delegari. Sed argumenta contrariæ sententiæ diluenda sunt.

Primum est ex c. In Archiepiscopatu, de raptoribus ibi. *Cùm autem excessus huiusmodi Rex Siciliæ tibi & alijs Episcopis commiserit puniendos.*

Respondeo, Regem ibi delegare, non Magistratū, & cui dubium quin Rex delegare possit gladij pote-
C statem? Deberetne ipse tot negotijs & curis implicitus, causas meri Imperij audire ac definire?

Secundum est ex c. Aqua, de Consecratione Eccl. vel Altaris. Respōdeo, nihil ibi dici de mero Imperio.

Tertium est in c. vlt. Ne Clerici vel Monachi, lib. 6. vbi clarè dicitur, Episcopos delegare posse causas sanguinis, quæ proculdubio ad merum Imperium pertinent.

Respondeo, rationem hanc esse, quia Episcopis eas agitare non licet, vt ibi dicitur. Et inter omnes constat, Magistratum quoque secularem eiusmodi causas delegare posse, cùm ipse impedimento aliquo absentiæ, puta, vel infirmitatis eas expedire non potest, l. 1. ff. de off. eius.

Quartum est ex Clem. 1. §. 1. de hæreticis. Respondeo, de crimine hæresis ita ibi constitutum esse, ac nō facilè trahendum ad alias causas, nec dicitur etiam ab
D solutè ac generaliter tales causas delegari posse, sed loquitur textus de delegato Episcopi Sede vacante.

Quintum est ex c. licet, de officio Vicarij, lib. 6. & c. Si Episcopus, de off. ordin. eod. lib. vbi patet Episcopū delegare posse causas criminales.

Sed hoc ius locum obtinet in Vicarijs Episcoporū, qui & Ordinarij vocantur. Neque enim Episcopi possent eiusmodi causas expedire. Datur illis Iure Canonico facultas Vicarium constituendi, & locum tenentem; non tamen licet ex hoc inferre, Iure Canonico permissum esse generaliter meri Imperij causas delegare.

Sextum argumentum est ex cap. vlt. de off. iudicis ordin. illis verbis: *His quibus ex officio in certis casibus competit illos absoluere, qui pro violenta manuum iniectione incidunt in Canonem sententia promulgata, licet alijs huiusmodi*

medi absolutionem committere, cùm viderit expedire. Et hoc argumentum eo fortius est, quoniam hæc potestas specialiter quandoque Episcopis tributa est, cap. Mulieres, c. De Monialibus, c. Perueniat, ca. Quod de his, c. vlt. de sent. excommunicat.

Responderi potest, id ex caussa iusta permissum esse, propter fauorem animæ: quod verba illa indicant, *Cum viderint expedire.* Nostra disputatio et quæstio est, an liceat absque caussa ulla, caussas meri Imperij delegare secundùm Ius Canonicum: quod certè meritò negari potest.

CAPVT C.

Quæ sit pœna abacti partus.

CVm quæritur, quæ pœna sit abacti partus, in promptu est distinctio veterum; Aut partus animatus, aut inanimatus est. Priore casu pœna est capitalis, Posteriore non item. Accurs. Bartolus, & alij, ad l. Diuus, ff. de extraord. cog. Gomes. Variar. resol. lib. 3. cap. 3. nu. 32. Placa in Epitome Delictorum, lib. 1. c. 20. nu. 5. Osascus decis. 60. Clarus q. 68. post principium. Cuiacius nouissimè, lib. 19. cap. 9. Obseruat.

Contrariam sententiam nimirùm indistinctè pœnam extraordinariam arbitrio Iudicis imponendam, docuit Menochius de arbitr. Casu 357. & nouissimè Anton. Tessaurus, decis. Pedemont. 12.

Distinctionis fundamentū est in c. Moyses, 32. q. 2. & in c. Sicut ex litterarum, de homicid.

Mitioris autem sententiæ firmamentum est in l. Cicero, ff. de pœnis, & in l. Diuus, ff. de extraord. crim. & in l. Si mulierem, ff. ad l. Cor. de Sicar. quibus legibus pœnam exilij constitutam esse constat, nisi mulier corrupta pecunia ab hæredibus secundis, partum sibi medicamentis abegerit, tunc enim pœna capitalis est, vt habetur in d. l. Cicero.

Et ratio est, quia *partus nondum editus, homo non rectè fuisse dicitur*, l. 9. ff. ad l. Falcid.

Et sanè, hæc posterior sententis iuri Cæsareo valde consentanea uidetur. Prior iure Canonico defendi potest, quo iure is, qui partum abijcit, homicida dicitur, c. Consuluisti, 2. q. 5. & tradit Tertullianus in Apologetico: *Homicidij festinatio est, inquit, prohibere nasci, nec refert, natam quis eripiat animam, an nascentium disturbet. Homo est, & qui est futurus, & fructus hominis tam in semine est.*

Notandum autem est, sanctum Augustinum in d. c. Moyses, 32. quæst. 2. qui illam distinctionem inuexit, ex c. 21. Exodi, secutum fuisse septuaginta Interpretū translationem, quę satis fauet supradictę distinctioni, quod & Cuiacius annotauit loco proximè citato. Quare laborant gratis D. Menochius & Tessaurus, ut ostendant, in Exodo eam distinctionem non haberi. Verum est secundùm alias translationes, non secundùm septuaginta interpretum uersionem.

CAPVT CI.

Quæ sit pœna stupri violenti.

NOn assentior Claro, §. Stuprum, uers. Sed quæro, asserenti pœnam mortis esse constitutam in stuprum violenter commissū. Nec Bossio idem dicenti tit. de coitu damnato, nu. 29. nec alijs, si qui sunt. Nam secundùm ius nostrum commune (scio enim Caroli V. Constitutione sancitam esse pœnam capitis) non est pœna capitalis. Pœna stupri violenti est legis Iuliæ de vi publica, l. 3. ff. ad l. Iul. de vi pub. Pœna legis Iuliæ de vi publica est aquæ & ignis interdictio. l. Qui dolo,

A §. vlt. ff. eod. In cuius locum deportatio successit. l. 3. ff. ad l. Iul. pecul. Nostris moribus pœna arbitraria est, ut tradit Menoch. de arbitr. Casu 394.

Fundamentum sententiæ, quam censeo repudiandam, est in §. Item lex Iulia, in Instit. de publ. iud. ibi: *Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, cùm quis sine vi vel virginem vel viduam.*

Non licet argumentari, ergò si cum ui, pœna mortis est, nisi raptus interuenerit, ut eod. tit. §. Si autem per uim, & in l. Vnica, C. de raptu uirgin.

Non etiam iuuat dictam sententiam l. 1. ff. de extra ord. crim. quia accipienda est de stupro commisso cum raptu. Est enim raptus, siue quis inuitam mulierem abduxerit, siue eam artibus malis solicitauerit & corruperit, ut docet Imperator in l. Vnica, C. de raptu uirg. ibi: *Siue volentibus, siue nolentibus, &c.* Et rursus ibi: *Nisi etenim eam solicitauerit, &c.* De his malis artibus loquitur
B d. l. 2. ff. de extraord. crim. ibi, *aut mulierem puellamue interpellauerit*, &c.

CAPVT CII.

Sitne vis publica cùm quis alium armatus aggreditur.

EXistimo lege Iuliæ de ui publica eum teneri, qui armatus in loco publico aliquem aggreditur. Autoribus utor Thoma Grammar. cons. 43. & 55. Claro quæst. 83. uers. *Vim publicam.* & argumento l. 3. ff. ad l. Iul. de ui publ. *Eadem lege tenetur* (ait textus) *qui pubes cum telo in publico fuerit.*

Ratio est, quia omni armorum metu offenditur ac perturbatur publica securitas.

Aliam uidetur sententiam habuisse Bartolus in l. Si criminis. C. eod. tit. dum scribit: *Iniuriam factam per*
C *sona, ita demùm cadere in crimen publicum legis Iuliæ de ui, si fiat coadunatis hominibus.*

Eandem sententiam defendit latè Anton. Tessaurus decis. 35. Motus ex l. 3. in fine. & l. Qui cœtu, ff. ad l. Iul. de ui publ. & l. qui dolo, ff. eod.

Præterea, argumentatur ab etymologia. Vocatur enim publicum, quasi populicum, ergò, ut is dicatur publica, coadunatis hominib. est opus.

Præsertim uerò cùm hodie, inquit, non ita telorum portatio prohibita sit, immò ad solos seruos Imperator Leo & Anthemius eam prohibitionem restrinxerint, l. vlt. C. ad legem Iul. de vi pub.

Sed ista nihil mouent. Nam quod attinet ad l. Si criminis, illa loquitur de eo, qui conuocatis hominib. vim facit, quo quis verberetur & pulsetur, vt patet ex illis verbis: *Sed quoniam a Fascinulo etiam te verberibus affectum asseueras, si hominibus coactis hoc fecerit, si legis*
D *Iuliæ de vi priuata reum deferendum putaueris, apud Præsidem age*, &c.

Is autem, qui talia facit, incidit tam in legem Iuliam de vi publica, quàm de vi priuata. Nam in l. Qui dolo, ff. ad l. Iul. De vi pub. sic ait Vlpianus: *Hac lege tenetur & qui conuocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur & pulsetur.*

Incidit & in legem Iuliam de vi priuata, sicut patet ex l. 2. ff. ad l. Iul. de vi priuata, ubi eadem uerba reperiuntur à Scæuola, dicente, *ea lege* (Iulia de ui priuata) *tenetur, qui conuocatis hominibus*, &c.

Malè igitur Bartolus ex eo textu colligit, ad uim publicam coadunationem hominum requiri, quia etsi coadunati sunt homines, ut quis pulsetur & uerberetur, tamen locus est legi Iuliæ tam de ui publica, quàm priuata.

De ui publica, quia publica pax turbatur ob uim ita coadunatis hominib. illatam. De priuata, quia à persona priuata & non publica uis facta est.

Non

Non obstant aliæ leges quæ coadunationem exigunt, quia non negant uim publicam committi sine hominum coactione & coadunatione. A

Argument. ab etymologia nil est, quia spectatur hic turbatio publicæ pacis, quæ sequitur ex armorum motu, etiam non coadunatis hominib.

Non est restricta armorum prohibitio ad solos seruos, nec hoc uult Iul. immò priuatis hominibus prohibitum esse armorum usum, constat ex l. Vnica, C. Vt armorum usus, lib. 11. lateque respondit Rolandus, cons. 3. lib. 2.

Illud notatu dignum est, si utriusque legis crimina obiecta sunt, mitiorem legem, hoc est, priuatorum esse sequendam, l. si præses, 32. ff. de pœnis.

Amplius, hæc ita esse iuri consona arbitror cum exceptione, nisi absurdum illud sequeretur, cuius meminit Grammaticus, cons. 43. Puta si maiori pœna is afficeretur ex lege Iulia, de ui publica, qui armatus hominem aggressus esset, quàm qui uulnerasset, ex lege Municipali uel Consuetudine loci. Nam ex hoc tacitè colligi posset, aggressionem cum armis, ad legem Iuliam de ui publica, nequaquam pertinere uoluisse eos qui Ciuitati præsunt, & in qua talis Consuetudo uel statutum uigeret. B

CAPVT CIII.

De methodo seruanda in iure Ciuili perdiscendo; de Interpretum & Doctorum delectu, & de alijs quæ in eo studio vtilia sunt & necessaria.



Coronidis loco Controuersiam hic tractabo, nec ab instituto meo alienam, &, ut spero, utilem & gratam omnib' futurã, qui Iurisprudétiæ studio nauant operã, de studẽdi methodo; de Interpretibus legendis, deque ijs omnibus, quę ad hæc studia promouenda, & adiuuanda pertinent, maximeq; conducũt.

Vt autem in hac disputatione de methodo, conuenientem & ipse methodum adhibeam, tractabo tria capita. Primum continebit, quid ipse de tota hac disputatione sentiam. Secundum occurret omnibus argumentis & obiectionibus, quæ contra sententiam meã adferri possunt. Tertium complectetur peculiaria quædam præcepta, quibus, & quæ vitia præcauenda sint, facilè cognosci poterit, & quæ maximè obseruanda & sequenda sint. C

Existimo ego, quod attinet ad primũ caput. Si quis veram ac solidam Iuris cognitionem assequi velit, post benè percepta iuris elementa, quæ præclara illa Iustiniani Oeconomia in Institutionibus traduntur, eum & iuris textum diligenter, & vtriusque factionis & classis Interpretes, & Doctores legere, tractare oportere, nocturnaque versare manu, versare diurna. In altera factione & classe constituo Accursium, Bartolum, Baldum, Salycetum, Paulum Castrensem, Angelum, Fulgosium, Alexandrum, Iasonem, Decium, Ruinum, Ripam, Franciscum Aretinum, Socinos, Corneum, & si qui sunt alij. Non tamen omnes (quia id vix fieri potest) legi volo, sed præcipuos saltem. Nec enim ignoro eruditissimi Alciati iudicium hac de re lib. 2. Parergon cap. 42. D

In iure primas comparatus cæteris
Partes habebit Bartolus.
Decisiones ob frequentes Actio
Baldum forensis sustinet.
Non negligenda maximè est tyronibus
Castrensis explanatio.
Opinionum tutus symplegadas,
Superabis Alexandro duce.
Ordinis Iason, atq; lucis nomine
Videndus est properantibus.
His si quis alios addiderit interpretes.
Onerat, quam honorat verius.

In altera classe pono Budæum, Alciatum, Duarenum, Cuiacium, Corasium, Connanum, & si qui sunt eiusdem farinæ alij.

Hanc meam sententiam testimonio Illustrissimi & Reuerendissimi Cardinalis Bologneti, qui in vtroq; Interpretum genere procul dubio versatus fuit, & summa cùm laude Iurisprudentiam docuit, & illustrauit, inprimis confirmo. Sic enim ille in disputationibus de lege, iure, & æquitate, cap. 1. *Quapropter ego semper hac in re quoddam quasi temperamentum adhibendum esse duxi, vt qui ad verum & solidam eruditionis gloriam contendas, neque (quod aiunt) in vllius verba sibi iurandum existimes, vlliusue authoritati tantùm tribuat, quin ab eius erratis liberè recedat; neque contra vsque adeò quemquã contemnat, ex his præsertim qui aliquo in honore habentur, vt eo fructu seipsum fraudet, qui sæpe etiam ex librorum nõ optimorum lectione referri solet. Cùm enim non omnia omnibus data sint, sed alia in re alium præstare liquidò videamus, perfectius id esse necesse est, quod quis non duorum tantùm aut trium, sed multorum imitatione consecutus fuerit. Multi multorum libri sententia mea sunt euoluendi, sed in his, vt non damnanda omnia, sic non omnia imitanda. Damnantur eo nomine Accursiani, quòd persæpè ob bonarum literarum ignorationem ijs in rebus hæsitent, ac diutissime persistant, quæ non modo infructuosa sunt, sed planè pueriles atque irridenda. Esto, sint hac in re (vt vere sunt) maximè reprehendendi. At ettamne propterea cætera omnia, quæ ab ipsis traduntur, aspernanda, atque omittenda quæstiones omnes copiosissimè ab his disputata, quarum pleraque eiusmodi sunt, vt singularum explicatio integros ipsos titulos facile illustrare possit?*

Et paulò antè: *Non is certè ego sum, qui contendere velim, Bartolum & eiusdem farinæ alios, quibus passim iudices tantùm tribuunt, vt vix ab eorum sententijs audeant recedere; perfectos homines fuisse, aut eum, quàm penè suo iure sibi vindicare videntur vera eruditionis laudem promeruisse. Neque enim inficiari possum, inscitè illos multa tractasse, ac permultis in locis (quanquam non tam ingenij culpa, quã ob saculi illius imperitiam) errore lapsos esse. Veruntamen illud semper affirmauero, iniquiorem iudicem esse, qui eos nulla in re prorsus laudandos existimat. Videntur enim mihi cũ alijs de caussis, tum eo nomine præsertim meritò condemnari debere, quod in legibus explicandis non simplici ac nuda verborum interpretatione contenti, responso illi quodcunque sibi proponunt explicandum) totam plerumque materiam accommodant, variasq; dispersa in hac Iustiniani quasi farragine colligunt in unum, atque ordine semper aliquo, quicunque tandem is sit, in certa capita distribuunt. Huc accedit, quod si qua offendunt, obscuriora, ea propositis ab vtraque parte argumentis fusius prosequuntur, & quantum in ipsis est, moribus nostris accommodant. Quæ res iudicio meo ad fori disceptationes momenti plurimum habet, ad quas proculdubio multò is instructior accedet, qui assiduis disputationibus assuetus, ex ijs antea didicerit, quo pacto tenebris obducta eruatur veritas, & ab aduersariorum calumnijs defendatur.*

Et paulò post: *Ab hac vero laude longè abesse video, omnes ferè alterius (vt ita dixerim) factionis interpretes: nam vel si politius leges explanent, ac plerunque etiam (vt negari non potest) multò & solidius & eruditius, quippe qui in bonarum artium studijs magis versati, ad hanc legum disciplinã solent instructiores accedere; tamen adeò ieiunè id faciunt, vt quis omnes illorum omnium, ad certam aliquam legem percurrerit interpretationes, præter solum illius legis sensum nihil aliud videantur assecuti. Cum enim alterius forsan libris, plus quam deberent, opera ponant, non eum quem necesse*

cesset

esset in legum interpretatione laborem suscipiunt. Itaque materias anguste atque exiliter tractant, Quaestiones verò omnes planè contemnunt, non eas modò quæ verè inanes ac futiles sunt (nam eiusmodi multas esse fateor) sed insigniores etiam illas, quæ rebus obscurissimis splendorem maximum afferre possunt, publicisq; ferè in omnibus gymnasiis ac quotidianis disputantium cœtibus non immeritò celebrantur.

Sed præter Illustrissimi & Reuerendissimi huius Cardinalis & Alciati testimonia alia sanè non desunt idonea, omniq; exceptione maiora. Etenim eandem in hoc iuris studio rationem iniuisse constat complures alios, qui doctissimis scriptis editis, maximam sibi laudem quæsierunt. Inter alios Didacum Couaruuiam, Martinum Nauarrum, Andream Tiraquellum, Iacobum Menochium adnumerare placet. Hi & veterum, quos Accursianos vocant, & recentiorum recondiræ literaturæ commentaria & scripta visitarunt, tã sedulò, tamq; seriò, vt eorum succum non deglutisse modò, verùm etiam in carnem & sanguinem conuertisse videantur.

Sed quid testibus utor singularibus, cùm in promptu sint totius ferè Europæ præiudicia ac testimonia. Academiarum dico totius Italiæ, Hispaniæ, Germaniæ, in quibus Accursianos Doctores primum sibi locum uindicasse omnibus constat? Quid Academiarũ? immò & omnium Supremorum iudiciorum Tribunalia idem sentiunt, atque ipsius Imperialis iudicij, & Pontificis Maximi auditorium? Cuius rei fidem faciunt Rotæ Romanæ decisiones, & Imperialis Cameræ obseruationes, Andreæ Geyll. & Mynsinger. si vt Philosophi & Rhetores docent, id probabile existimandum est, quod uidetur plerisque uiris sapientibus ac prudentibus: nostra hæc sententia, quam tot sapientissimi uiri ac Principes sequuntur, probabilis procul dubio existimari debet.

Si consuetudinis vsusque longæui non vilis est autoritas, si inueterata consuetudo pro lege custoditur, si minimè sunt mutanda, quæ interpretationẽ certam semper habuerunt, ut non semel Iureconsulti nostri responderunt, non video cur alia sit nunc ingrediendum via, vt ad Iurisprudentiæ cognitionem perueniamus, quàm ea, in qua tot præstantissimorum virorum, tamdiu impressa vestigia conspiciuntur.

Sed age non semper autoritatibus certemus, rationem quoque in consilium aduocemus. Quis leges prima fronte contrarias conciliare? Priores ex posterioribus interpretari. Rationes cuiusque intelligere. Eas ad vsum, ad mores nostros accommodate, quæstiones difficiles explicare, doctrinam vberrimam ac solidissimam consequi sine istis interpretibus, tam breui, tam facilè poterit?

Hinc decisiones ex ijs conflatæ. Hinc consilia edita. Hinc communes opiniones. Hinc tractatus multi emanarunt, quibus nunc Iurisprudentia maximè floret, ratioque facillima reperta est iustum ab iniusto segregandi, & ius suum vnicuique tribuendi.

Quamobrem si ijs accesserint alterius classis interpretes docti eruditique, & verborum iuris, & historiarum, & antiquitatis periti, nihil certè amplius desiderari poterit. Non sunt isti tanti æstimandi, propter verborum elegantiam & eruditionem, vt cæteros vetustiores abijciamus. Nec rursus tanti sunt antiquiores faciendi, vt istos negligamus, in vtroque extremo (in quo sanè multos peccare video) vitium est, periculum est. Medio tutissimus ibis.

Sed iam secundũ caput aggredior, argumenta solu turus, quæ aduersos hanc sententiam adferri possunt.

Primum sumi potest ex tribus maximis vitijs, quæ Franciscus Duarenus obiecit, Accursianis Doctoribus. Primum est, Latini sermonis ignorantia & barbaries. Alterum, quòd nullam artem, nullamq; methodum docendi obseruent. Tertium, quod disputationibus

A suis Sophisticen perpetuò admisceant.

Quod attinet ad primum, negari certè non potest, eos barbarè plerunque & minus congruè locutos esse, veruntamen illud vitium erat seculi illius, & non tam spectandum est quàm benè quis loquatur, quàm vtrum bene sentiat, Magis enim amare decet indisertam prudentiam, quàm imperitam loquacitatem.

Carpit Pomponius noster Celium Antipatrum, quod plus eloquentiæ, quàm iuris scientiæ operam dedisset: Quo nomine reprehensus etiam fuit à Scæuola Sulpitius eùm ei dixit: *Turpe esse viro nobili ac patritio, ius in quo versaretur ignorare.*

Hincque etiam proditum est, Trebatium in iure Casellio fuisse peritiorem, Casellium contra Trebatio eloquentiorem: Cæterùm Casellij scripta non reperiri. Trebatij autem plura, quòd scilicet digniora sint responsa illa, quæ profundam redolent iuris peritiam, quam quæ fucatum quendam verborum ornatum
B continent.

Quod verò dicitur, eos nulla arte, nulla methodo in docendo vti, vereor ne non ita sit. Sunt quidem aliqua quandoque ab eis loco minus cõgruo tractata & explicata: sed quis est ex omni parte perfectus?

Tertium quod obijcitur planè insulsum est, & in veteres illos interpretes minimè conuenit, sed fortassis in aliquos recentiores ambitiosos nimis, qui summam ingenij laudem esse iudicant, omnium sentẽtias petulanter euertere, quod certè Bartolus & reliqui eiusdem farinæ doctores non fecerunt.

Secundum argumentum sumi potest ex his quæ tradit Bartholomæus Faius, in præfatione ad Connanũ, cùm dixit, confusaneum, ineruditum, ac redundans cùm scribendi, tum profitendi iuris genus, s. antiquorum, à trecentioribus Iureconsultis repudiari, neque iniuria, cum in eo assequendo laborantes, haud mul-
C tum ab his differre videantur, qui metalla vestigant, quibus immensos montes perforate, ingentem terræ vim eruere magnis impensis ac laboribus necesse est, priusquam vel ad plumbum veniant, qui argentum quæruut, ac plerumque spe delusi, impensas atque operam se perdidisse, per quàm grauiter ferunt indignanturque.

Respondeo, hæc gratis obijci, eamdemque facilitate qua affirmantur, negari meritò posse. Non sic alij viri docti & eruditi censuerunt. Non ita iudicat orbis. Non ita est verè, sed si quis in istorum scriptis, qui sunt alterius classis, ætatem suam consumpserit, ille nec aurum inueniet, nec argentum, quia cùm quæstiones omittant, ad vsum accommodatas, rarò in litibus agendis ac dijudicandis eis vti poterit, & vt quidam lepidè dixit. Non lucrabitur vnum obolum: quanquam sanctissima est iuris scientia, quæ precio numario æstimati non debet.

D Tertium argumentum est nonnullorum, qui ad pauca respicientes aiunt, Doctores istos veteres non textũ explicare sed glossas, ac proinde abijciẽdos esse.

Respondeo, rem non ita se habere. Accursius, et veteres glossographi, textum diligenter explicarunt, leges contrarias opposuerunt, easque conciliare conati sunt. Rationes attulerunt. Quæstiones proposuerunt. Multa annotarunt & tractarunt, sicut ex Glossis ipsis constat, præsertim Accursij, quem Iacobus Cuiacius omnibus tã Græcis quàm Latinis Interpretibus ante ponit, lib. 3. cap. 11.

Bartolus autem, Castrensis, Alexander, Iason, Salycetus, & reliqui, qui commentaria scripserunt, expeditis ijs quæ pertinent ad textus explicationem, statim aggrediuntur Glossas: & disputant accuratè de his quæ Glossæ adduxerunt, & tractarunt, modò approbantes, modò reprobantes sententiam earum, modò aliqua addentes, & de nouo quærentes, & disputantes, quæ ad legis materiam spectant.

Quod

Quod cùm ita sit, non video cur repudiandi sint. Tractant enim ea quæ ad textum pertinent, examinantque Glossarum sententias & placita. Non mihi credas, sed ipse legas, & videas, easque vt dicitur in rem præsentem.

Vis vt addam doctissimi Cisneri testimonium in præfatione ad Duarenum. Audi, Appingam verba eius: *Primus igitur Accursius admirabili diligentia, incredibili labore, excellenti ingenio, quæ superiores ad diuersa loca, quibus interpretatione opus esse putabant, Glossemata passim, & seorsim composuerunt, collegit, isque sua addidit, & cùm ad uniuersum ius congessit, tum ad singulas ferè leges applicuit. Nec ipsas modò leges, & quæ inter se, uel similia, uel pugnantia sibi esse uiderentur annotauit; sed et dissentientes priorum interpretum opiniones suis locis retulit, & collatione earundem facta, suam quoque subiecit. Ac cùm ne sic quidem satisfieret iuris studiosis, qui eum insecuti sunt, ueluti ducem & autorem intuentes, non tam ipsas leges sibi explicandas, quàm scholia separatim ab illis edita, tum ab Accursio in unum quasi corpus contracta, perpendenda proposuerunt. Itaque luculentiores expositiones & enarrationes ediderunt, in quibus mediam uiam inter eos, qui ætate maiores, quique minores erant, sunt secuti, cùm & Glossarum modum excederent, & sibi à Comentariorum magnitudine temperarent*, &c.

Sed iam præcepta sunt notanda, quę mihi hoc saxum viginti iam annis volnenti in mentem veniunt, longoque vsu & experientia didici.

Primum omnium vitanda est barbaries antiquorum. Neque enim in tanto isti honore haberi debent, sicut olim suos Reges habuisse Aetiopes feruntur (quod & Illustrissimus Cardinalis Bolognetus monuit) apud quos vsu id seruatum fuit, vt si fortè Rex vel crure, vel oculo, vel quo alio membro caperetur, tunc statim domestici omnes eandem sibi partem certatim frangerent, atque præciderent, turpè scilicet existimantes, quo vno Regem deformatum ac mancum viderent, eo se carere. Nam cùm felix hoc nostrum sęculum, excussa veterum barbarię, linguarum peritia mirificè excultum sit, danda est opera, vt nostra hæc iurisprudentia pristino (quod fieri potest) nitori restituatur.

Secundò, fugiendum est nimium philologiæ studium, & aliarum scientiarum, quo plerique recentiores maximè flagrarunt, quibus iuris studium ueluti quoddam parergon est. Licet enim uariæ lectionis studium damnandum non sit, quoniam sicut campi uario florum herbarumque genere uestiti, pulchrius arrident, ita & ingenia uarijs exculta disciplinis, pulchriores fructus, & suauiores edere solent, modus tamen in eare seruandus est, quod opportunè significauit mitificus ille artifex, qui in opere suo moneti se à sutore de crepida passus est, cæterùm eundem etiam de crure disputate uolentem, suprà crepidam ascendere prohibuit.

Indicauit etiam hoc Plato, dum conductores cuiusdam arcis, qui secum de forma & modo ipsius construendæ sermonem habere uolebant, ad Euclidem geometram ire iussit. Propius autem ad rem nostram Scæuola: nam quoties de iure prædatorio consulebatur, ad Furium & Casellium, qui huic scientiæ dediti erant, consultores reijcere solitus erat, ab ijs negotium aptius explicari posse fatendo, qui quotidiano eius usu callebant.

Tertiò, labore opus est non paruo. Namque pulchra difficilia sunt. Imò ut ait Satyricus: *Nil sine magno vita labore mortalibus dedit*. Et Poetæ. Ne Herculi quidem Ioue nato, nisi maximis exantlatis laboribus cælum dederunt. Magni nominis inter Iurisconsultos Bartolus periculum subijt honoris et uitæ amittendę, dum negligenter causæ cuiusdam rei dans operam, eum capite plecti iubet. Nemo ignorat qualis & quantus inter medicos fuerit Galenus, ille verò de seipso sic scribit: *Felicitatem meam, quam beneficio paterno habueram, quamuis ego maiorem adhuc redderem, quod citius meliusque reliquis omnibus quæcunque docebar ediscerem, nisi tamen per uniuersam adeò uitam in medicinæ philosophiæque theorematibus me diligenter exercuissem, nihil præclarum consecuturus eram*. Tanta uerò animi paulatim acquirenda cognitione sese pascentes delectatione perfruuntur ut iucundi labores omnes, suauissimæque sint uigiliæ. Malè cum ijs studiosis agitur, qui rebus alijs animi intentione occupata, ad scholas tamen accedunt. Ausim dicere, eos oleum & operam amittere, grauissimi autoris Senecæ testimonio: *Magna*, Inquit, *pars vitæ elabitur malè agentibus. Maxima nihil agentibus. Tota aliud agentibus*. Qui enim auribus solis præsentes, mentem aliò intendunt, ij aliud agere Latinis dicuntur.

Quartò, assiduitate opus est. Ars enim longa, vita breuis, vt sapientissimus dicebat Hippocrates. Quanquam vt dicebat Cicero, satis temporis ad comparandas artes natura nobis suppeditauit, sed breue nos ipsi facimus, in delitijs, iocis, voluptatibus, sodalitatibus, bonam eius partem absumentes. Solebant veteres fortunam ita effingere, vt mulier esset, quæ pilę insisteret. Mercurium autem studiosorum numen cùm designabant, basem quadratam seu vndique quatuor angulis nitentem tesseram efficiebant; hoc modo studiorum firmitatem significantes. Et extat Hesiodi carmen, quo iubet in summo uasis, itemque in imo, quantumlibet potare, dum in medio simus parci, quo interpretes indicari allegoricè putarunt, temporis in pueritia & senectute rationem reddendam non esse quoad studia, sed medię ętatis, quę studijs aptissima est, nos debere esse parcissimos.

Quintò, necessaria est exercitatio. Omne artificiū inquit Marcellus, exercitatione recipit incrementū, & Arcadius dixit, Herennium Modestinum notādo & disputando multa optima ratione decreuisse. Hesiodus autor grauissimus & antiquissimus, duas scribit esse Eridas, hoc est, cōtentiones. Alteram hominibus noxiam, alteram uerò utilem. In priore contentione, inquit, is qui uictor est discedit ex certamine peior, in altera uerò is qui uictor est, discedit gloriosior, uictus uerò melior: Illa, ut dicebat Alciatus, ad studiosorum rixas & tumultus pertinet, hęc ad literarias contentiones, disputationesque.

Sextò, necessaria est perseuerātia. Nec enim si quid difficillimum inueniatur statim abijciendus est liber, sed perseuerandum.

Gutta cauat lapidem non vi sed sæpè cadendo.

Scribit Galenus lib. 3. Methodi, cap. 2. cum sibi persuasisset Hippocratem nihil absque magna ratione dicere, & tamen Aphorismum illum (*Dolores oculorum uel potio, uel balneum, uel fomentum, uel phlebotomia, vel purgatio soluit*) non intelligeret, indefessa ac planè obstinata cogitatione se tandem ueritatem ac mentem Hippocratis assecutum esse.

Summus labor, pertinaxque studium, ac industria Demosthenis nota est. Is cùm sibi actionem deesse uideret, domunculam ædificasse dicitur subterraneam, in qua lucubraret. Huc se quotidie contulisse ad formandam actionem, & effingendam uocem, sępeque menses ipsos ibi mansisse, & capitis alteram partem rasisse, ne licet, maximè uellet, prodire posset uerecundię causa. Illudque etiam memorię proditum est, eundem Thucididis libros octies descripsisse, ut eius phrasim memorię mandaret. Scribit Fabius Quintilianus, Heraclidem Sophistam Licium, hebeti ingenio, & ad politiorem cultum ineptissimo, fuisse, pertinaci tamē studio id demùm assecutum fuisse, ut à magnis autoribus elegantissimus appellaretur atque eloquentissimus. Is pollea re ipsa edoctus, nihil esse quod perti-

nax studium non vincat encomium laboris scripsit.

Septimò, illud meminisse oportet quod Alciatus monet lib. 6. Parergon, cap. 8. studijs plus conferre oculos, quàm aures. Proponit Homericum griphũ, cuius carmina ex 19. Odisseæ Virgilius lib. 6. Aeneid. sic Latinè reddidit.

Sunt geminæ somni portæ quarum altera fertur.
Cornea, qua veris facilis datur exitus vmbris.
Altera candenti perfecta nitens Elephanto;
Hac falsa ad terras mittunt insomnia manes.

Ait Alciatus ebore dentes repræsentari, cornu verò oculos. Quæ proprijs luminibus à nobis conspiciuntur, ea & certissima esse, & memoria faciliùs teneri. Quæ verò auditu duntaxat de ore aliorũ percipimus, incerta esse, & quasi per nebulam nobis inspecta celerius euanescere. Studijs igitur & disciplinis plus corneam pupillam conferre, quàm eburneos dentes.

Postremò & illud obseruandum est, quod idem Alciatus alibi monet, in hac arte addiscenda, præceptore ac duce, vt & in alijs omnibus, opus esse. Damnat S. Hieronymus arrogantiæ eos, qui sine magistro se didicisse gloriantur. Nam si satis esset ex solo commen-
A tatio sapere, haud quaquam opus fuisset tot Philosophis, vt per exteras nationes peregrinarentur, eos audituri, quorum libros iam in cubiculo legissent. Viua vox magis afficit, plenius quasi pascit & alit, altiusq; descendunt in animum, in eoque tenacius hærent, quæ pronunciatio, vultus, habitus, gestus docentis affixerit. Non se liber explicat, vt præceptores facere cõsueuerunt, qui multis exemplis, sententijs, argumentis vtuntur, eaque omnia quæ docent vocis moderatione illustrant.

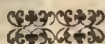
Sed iam receptui canendum est. Tibi Deus fons & largitor omnium scientiarũ, per quem Reges regnãt, & legum conditores iusta decernũt, gratias ago, quod me hoc opus ad finem perducere volueris. Quæcunq;
B scripsi, sanctæ Catholicæ & Apostolicæ Romanæ Ecclesiæ, eiusque Sanctissimi & summi Sacerdotis Domini nostri Iesu Christi Vicarij, Pontificis Maximi censuræ subijcio.

Tu verò, benigne lector, omnia æquo animo accipe, si quid rectè monui, Deo acceptum referas, si qua in re erraui, memor sis Iustiniani sententiæ: *Omnium meminisse, & in nullo penitus errare, diuinitatis est potius quàm mortalitatis.*

ANDRAE



ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER DECIMVS.



CAPVT PRIMVM.
Vtrum Ecclesia in integrum restituatur aduersus præscriptionem quadraginta annorum.



IN controuersia positum est, vtrum Ecclesia in integrum restitutionem petere aduersus præscriptionem quadraginta annorũ possit. Et multis placuit nõ posse, quos refert & sequitur Soc. senior. in cons. 266. nu. 23. lib. 2.

Fundamentum est, quia nullus est in iure Canonico locus, quo probetur huiusmodi restitutionem competere. Contrà verò, plurima sunt testimonia quibus disertè cautum est quadraginta annorum præscriptionem Ecclesiæ nocere. cap. De quarta. cap. Vigilanti. cap. Quia indicante. de pręscript.

Huc accedit quod si daretur restitutio, nunquam Ecclesię noceret pręscriptio; nam semper in integrum restitueretur, quod nõ accidit in minoribus; quia illi fiunt maiores, & post quadriennium excluduntur. l. vlt. C. de temp. in integrum restit.

Sed contraria sententia & communior est & probabilior, ex traditis per Oddum de restit. in integr. par. 2. quest. 90. art. 3.

Fundamentũ est hoc, solidum vt mihi videtur. Ecclesia vtitur iure minoris, c. 1. de restit. in integrum. Sed minor restituitur aduersus præscriptionẽ quadraginta annorum. Ergo, & Ecclesia. Minor probatur. Nam minor olim restituebatur aduersus præscriptionem longi temporis. l. Vn. C. si aduersus vsucap. Iustinianus autẽ statuit eam non currere contra minorem, l. vlt. C. in quib. causis in integrum restit. non est necessaria: Ergo aduersus pręscriptionem longissimi temporis 40. scilicet annorũ hodie restituendus est. Hæc enim præscriptio currit contra minorem, l. Sicut. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Ergo minori danda est restitutio, eadem ratione, qua olim dabatur aduersus præscript. longi temporis, ne. s. minor pp suam negligentiam vel imprudẽtiam damno afficiatur.

Confirmatur hæc sententia ex regula generali quæ A ponitur in Clem. 1. de in integr. restit. vbi summus Pontifex dicit. *Ab Ecclesia aduersus lapsum temporis, in quo se læsam affirmat, restitutio peti potest.* Intra quadriennium tamen: vt ibi dicitur & in c. 1. eod. tit. lib. 6. Ex quo tollit argumentum, quo dicebatur, nunquam Ecclesię nocituram esse præscriptionem, si ei restitutio concedatur; Nocebit enim post quadriennium, vt patet.

Alterum verò argumentum facilius diluitur, quia satis videtur expressum iure Canonico, Ecclesiam esse restituendam aduersus istam pręscriptionem, & iuris ratio satis id suadere videtur, vt ex dictis patet.

CAPVT II.
B *Vtrum minor vigintiquinque annis aduersus contumaciam iudicialem restitutus, expensas aduersario restituere teneatur?*

MInor etiamsi quasi cõtumax condemnatus fit, in integrum restitutionis auxilium implorabit, inquit Hermogenianus in l. 9. ff. de mino. Sed an sumptus aduersario reddere teneatur iuxta l. Sancimus. C. de iudi. non est eadem oĩum snia.

Nam Bart. in l. Si finita. §. Si forte. ff. de dam. inf. videtur velle sumptus restituendos esse; quẽ refert & sequitur Ias. in d. l. Sancimus, nu. 7. Idem docet Hostiensis in C summa de in integr. restit. §. vlt. ad finem, & ita decidit Capella Tholosana decis. 329. & seruari hãc opinionem in Parlamento testatur Boerius decis. 63. nu. 6.

Contrarium docet Alex. in l. Si finita. §. Iulianus, nu. 84. de dam. inf. Natta cõs. 17. nu. 6. Odd. de rest. in integr. p. 2. q. 67. art. 2. nu. 330. Antonin. Thesaur. decis. 9. nu. 6.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia contumax in dolo esse videt. l. Non videtur dolo carere. de reg. iur. Minori autem non succurritur in delictis. l. Si ex causa. §. Nunc videndum. ff. de minoribus.

Sed respõderi potest, esse dolum pręsumptum, quo in casu minoribus succurritur. l. 1. §. vlt. ff. de eden. & in d. l. Si ex causa. §. Nunc videndum. de minorib.

Secundò, quia restitutio minoris non debet alteri fraudi esse. l. Nec auus. C. de emancipatione liberorum, lege prima, C. de his qui ven. ætat. impetr. Esset autem fraudi si minor expensas litis non refunderet.

Tertiò, Nam in l. Intra vtile, § vlt. ff. de mino. & in c. 1. de in integr. rest. probatur, sumptus in rem factos, restituendos esse à minore in integrum restituto.

Sed responderi potest hæc esse dissimilia, quia sumptus iudiciales non sunt in rē facti, & sic in vtilitatem minoris, sicut sumptus vtiles, vel necessarij, quibus res minoris preciosior, & melior efficitur.

Posterioris sententiæ fundamentum est. Primò, quia restitutio, est in pristinum statum repositio l. Quod si minor. §. Restitutio. ff. de mino.

Si minor sumptus refundat non videtur esse in pristino statu.

Sed responderi potest, satis esse, si sit in pristino statu quantum ad rem principalem; hoc est, vt audiatur, contumacia non obstante; & aduersus sententiam restituatur; alioquin hoc argumentum militaret etiam in sumptibus in rem factis.

Secundò, quia si minor deberet sumptus restituere, nihil plus haberet, quàm quiuis alius maior qui auditur refectis expensis, d. l. Sancimus. C. de iud.

Respondet Hostiensis, hoc amplius minori concessum, vt aduersus primum decretum restituatur, etiam post annum: quod alijs non conceditur.

Replicat D. Oddus post annum non agi de primo decreto, sed de secundo, & ideò hoc nihil esse.

Sed bona doctissimi Iurisconsulti venia, multum est hoc: Facit enim in integrum restitutio, vt minore post annum elapsum in integrum restituto ad secundum decretum perueniri non possit. Et consequenter in hoc aliquid specialiter tribuitur minori, quod maioribus non datur.

Tertiò quia expensæ sunt accessoriæ rei principalis, l. Terminato, C. de fruc. & lit. impen. Ergo si minor restituitur quoad rem principalem, videtur etiam in consequentiam restitutus quoad expensas.

Sed certè quod attinet ad l. Terminato nihil facit. Hoc enim dicit, *Terminato per sententiam principalis negotio, non posse suscitari quoad expensas, nisi statim eodē die partibus præsentibus iudex condemnet in expensis.*

Et in terminis nostris aliam esse naturam causæ principalis, aliam expensarum patet; quia contumax auditur quoad rē principalem, sed refectis expensis, d. l. Sancimus.

Quartò. Nam secundum Nattam si minor teneretur sumptus restituere, esset in damno, & sæpius desisteret à petitione in integrum restitutionis. Responderi potest, non videri hoc probabile; quia causa principalis plerunque est maioris momenti, quàm ipsa quantitas expensarum. Et licet damnum sentiat minor, id tamen æquius est, quàm vt aduersarius ferat, qui fuit diligens.

Atque hæc sententia quæ minorem hoc in casu condemnat ad impensarum refectionem mihi videtur probabilior. Videtur enim absurdum, vt qui minorem in iudicio rectè conuenit, ex contumacia ipsius iacturam patiatur expensarum. Daretur etiam minoribus occasio iudicia eludendi, & abutendi hoc beneficio in integrum restitutionis.

Mouet me præterea illud argumentum. Beneficium vni concessum, non debet alteri nocere, l. 2. §. Meritò, ff. ne quid in loco pub. Hic autem noceret, quia alter iacturam faceret impensarum. Respondet Natta, aliquando id contingere vt minor restituatur cum alterius iactura, ex trad. per Abb. in cap. primo, de in integ. rest. Si quis fecerit impensam in rem minoris, non eam recuperat nisi quatenus res est effecta preciosior, licet plus impenderit.

Respondeo id regulare esse in omnibus, ex l. In

A fundo de rei vend. & ideo non esse speciale fauore minoris.

Concludo igitur, minorem refundere debere impensas si vult in integrum restitui, nec hanc ob causam lædi, quia iure communi vtitur, l. vlt. C. de in integr. restit.

CAPVT III.

Ius accrescendi an transeat in emptorem hæreditatis.

INsignis hæc controuersia est. Titius hæres est à Caio institutus ex semisse. Vendidit suam portionem hæreditatis. Post factam venditionem portio cohæredis defecit. Quæritur vtrum ei accrescat, an emptori?

Duæ sunt contrariæ doctorum sententiæ, Vna docet B emptori accrescere, Altera venditori. Prioris authores sunt Bar. in l. Re coniunctì de leg. 3. Curt. iun. in l. Vn. C. quando non peten. par. Duaren. de iure accrescen. lib. 2. cap 6.

Posterioris Iason, Rip. & Crot. in d. l. Re coniunctì Salicet. in d. l. Vn. Vasq. tit. de tacitis substit. seu de iure accrescen. libro tertio, §. 21. num. 65. vers. Illud autem dubium est. Anton. Gomez. variarum resolut. Tit. de iure accrescen. cap. decimo, num. quadragesimoquarto, nouissimè Cuiacius libro duodecimo, obseru. cap. decimotertio.

Prioris hæc sunt argumenta. In emptorem hæreditatis transeunt omnia iura vtilia, & habetur per omnia loco hæredis, l. 2. §. cum quis. ff. de hæred. vel act. vend. ibi: *Emptorem hæreditatis vicem emptoris obtinere.*

Secundò quia ad emptorem hæreditatis omnia spectant, quæ ad hæredem peruenerunt, vel quandocunque peruentura sunt d. l 2. ibi: *vt nec amplius, nec minus iuris* C *emptor habeat, quàm apud hæredem futurum esset.* & in §. Non tantum ead. l. illis verbis: *Et non solum quod iam peruenit, sed etiam quod quandocunque peruenerit, restituendum est.*

Tertium argumentum sumitur ex l. Papinianus. ff. ad Treb. vbi portio deficiens accrescit fideicōmissario, quia in eum transeunt omnia iura hæreditaria.

Quartum sumitur ex l. Si totam. ff. de acq. hæred. Vlpianus: *Si totam hæreditatem, aut partem ex qua quis hæres institutus est, tacitè rogatus sit restituere, apparet nihil ei debere accrescere, quia non videtur habere.* Sic in casu isto non debet accrescere venditori, quia rem non videtur habere, ergo accrescit emptori.

Quintum argumentum est, quia ius accrescendi sequitur rem seu portionem, non autem personam, l. si Titio. ff. de vsufr. ibi: *Quoniam portio fundi portioni; vsusfructus, personæ accederet.* Ergo accrescet emptori apud D quem est portio, non autem venditori, qui nihil habet.

Posterioris sententiæ fundamentum est, Primò, quia venditor hæreditatis retinet iura directa: licet enim vēdiderit, tamen videtur eam possidere. l. 4. §. vlt. ff. si quis omissa causa, ibi: *Si quis vendiderit hæreditatem, possidere videtur:* Ergo ei competit ius accrescendi; quia hoc ius ad hæredem spectat, non autem ad extraneum. Secundò, quia inter succedentes diuerso iure, non habet locum ius accrescendi, l. sed cum patrono. ff. de bonorum possessione. Sed hic succeditur diuerso iure; Hæres enim ex testamento succedit, Emptor autem ex contractu. Igitur inter eos cessat ius accrescendi. Tertio, ex eo quod habetur in l. Ex facto, §. Iulius Longinus, ff. de vulg. vbi ad eum, cui portio hæreditatis aufertur, & fisco applicatur, pertinet portio deficiens; non autem ad fiscum, qui aliam portionem habet. Sed nihil est, quia ibi fuit substitutio expressa cohæredis, non autem fisci: & cohæres satis fuit in eo punitus, in quo fecit contra legem, vt inquit ibi I C.

nimirum,

nimirum, vt suam portionem amitteret, propter fidem accommodatam de restituendo incapaci.

Quartò, quia vendita hæreditate habenda est ratio quantitatis bonorum, quæ fuit tempore venditionis. l. 2. §. 1. de hæred. vel act. vend. Sed portio deficiens post véditionem non est in hęreditate tempore factæ venditionis, Ergo non pertinet ad emptorem.

Hæc posterior sententia magis placet. Ad primum, & secundum argumentum contrariæ sententiæ respódeo, omnia iura transire ad emptorem portionis ei venditæ; & si quid postea peruenit, scilicet ad eam portionem, quæ vendita est, pertinens. Sed istud ius respectu alterius portionis est, quæ non fuit vendita: ergo non pertinet ad emptorem: Pertinet autem ad venditorem quia ipse venditor est hæres iure directo; & portio deficiens accrescit hæredi, non autem ei qui hæres non est, qualis est emptor.

Ad legẽ Papinianus placet responsio Cuiacij lib. 12. obseru. cap. 12. & 13. loqui de hærede, qui coactus adiuit, ac proinde priuatus fuit suo iure. Amittit enim falcidiæ beneficium, & præceptiones, & substitutionem factam sub conditione, si patri hæres esset, & mortis causa capionem, & alia: lege. Ita tamen. §. qui suspectam, & §. si præceptis. lege, si patroni. §. Adeo. ff. ad Trebell. lege. Is cui, de cond. indeb.

Ad id quod dicitur portionem accrescere portioni, respondeo sic esse accipiendum, vt is qui nullam portionem habet, nihil consequi possit ex iure accrescendi: Quomodo enim is qui sua portione indignus est, alterius portionem vellet lucrari? ita loquuntur leges allegatæ, ideoqne nostram conclusionem non offendunt.

CAPVT IIII.

Quæ sit pœna abacti partus?



CVm quæritur quæ pœna sit abacti partus, in promptu est distinctio veterum Doctorũ. Aut partus animatus est, aut inanimatus. Priore casu pœna est capitalis: posteriore non item. Glo. Bartolus, & alij in l. Diuus. ff. de extraord. crim. Gomez. resolut. libro tertio, cap. 5. num. 32. Placca in epito. delict. libro primo, cap. 20. nu. 5. Osasc. decis. 60. Clarus q. 68. Cuiacius nouissimè obser. lib. 19. cap. 9.

Sed indistinctè pœnam extraordinariam imponendum arbitratus est Menochius de arbitr. casu 35. & post eum Thesaurus decisione 12. Veritas igitur ex ipsis fontibus est haurienda.

Distinctionis fundamentum inter factum animatum & inanimatum est in cap. 21. Exodi, vbi sic apertè distinguitur, secundum interpretationem. Sácti Augustini relatam, in cap Moyses 32. quæstione secunda, quæ fuit interpretatio septuaginta interpretum, vt declarat Cuiac. loco annotato, Nam secundum vulgarem interpretationem illa distinctio non habetur sicuti perpendunt Menochius, & Thesaurus locis annotatis. His accedit cap. sicut ex literis, de homic. vbi S. Pontifex distinguit inter fętum viuificatum, & non viuificatum, iubens clericos ab altari abstinere, si viuificatum abiecerint, secus autem si non viuificatum.

Adde homicidam appellari eum qui partum abiecit cap. consuluisti secunda quæstione quinta, & Tertullianus in Apologetico. *Homicidij festinatio*, inquit, *est prohibere nasci, nec refert natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet. Homo est, & qui est futurus, & fructus hominis iam in semine est.*

Contrariæ autem sententiæ fundamentum est in lege Cicero. in secundo casu. ff. de pœnis, in lege Dinus de extraorden. & in lege, si mulierem ad legẽ Corn. de Sicar. quibus in locis pœna exilij constituta est, excepto eo ca-A su, quo mulier pecunia accepta ab hæredibus secundis partum sibi medicamentis abegit, vt in dicta l. Cicero. in principio.

His accedit l. 9. ff. ad l. falcid. ibi. *Partus nondum editus homo fuisse non rectè dicitur*, quod maximè spectandum videtur in pœnalibus. l. interpretatione, de pœnis.

Dicebam ego aliter hác rem iure Canonico, aliter iure Ciuili accipiendam. Licet enim non sit inducenda discordia inter hæc iura cap. primo, & secundo, de open. nou. nunc. Tamen id vnum est in dubio. At hic apertè videmus iure Ciuili pœnam esse extraordinariam, excepto illo casu, quo pecunia interuenit, nec fieri distinctionem inter fętum animatum, & inanimatum.

Iure autem Canonico consideratur hæc distinctio, & clarè adhibetur: vt patet ex textibus iam citatis.

Et ratio adserri potest, quia cum fętus animatus est, impeditur baptismus: & sic impeditur anima illa à regno Dei, quare iste homicida subiacebit meritò pœnis B iuris Canonici, non autem iuris Ciuilis, quia istud non considerat dictam rationem, & loquitur de homine occiso, consequenter de iam in lucem edito, non de eo, qui est in vtero, quia ille nondum natus est, nondum homo est. Sic igitur sentio salua meliori deliberatione.

CAPVT V.

Sitne vis publica cum quis armatus alium aggreditur?



EXistimo vim publicam committi, quoties quis alium armatus in loco publico inuadit vti respondit Thomas Gramm. consi. 43. & 55. Clarus q. 83. vers. Vim publicam, & alij quos isti commemorant.

Moueor authoritate tex. in l. 3. ad l. Iul. de vi pub. *Eadem* C *dem lege tenetur* (ait tex.) *qui pubes cum telo in publico fuerit.* Est enim vis publica cum armis, vis priuata sine armis. §. Item lex Iulia inst. de pub. iud. Ratio est quia omni armorum metu offenditur, ac perturbatur publica securitas.

Aliam diuersam sententiam Bart. videtur habuisse in l. si criminis. C. eod. tit. dum scribit. *Iniuriam factam personæ, ita demum cadere in crimen publicum legis Iuliæ de vi. si fiat coadunatis hominibus*, idq; deducit ex illa lege.

Eandem sentẽtiam late defendit Thesaurus decis. 35. Motus ex l. 3. in fi. & l. qui cętu. ff. ad l. Iul. de vi pub. vbi dicitur quis facere vim publicam, qui hominibus armatis, qui cętu, concursu, turba & c. inuadit, & ex l. qui dolo. ff. eod. vbi ait tex. *Hac lege tenetur qui conuocatis hominibus vim fecerit.*

Deinde argumentum sumit ab etymologia. Dicitur enim publicum, quasi populicum. Ideo vt vis sit publica, requiritur, vt sit populica, quod fit armatis, & coaduna-D tis hominibus.

Præsertim cum hodie inquit, non ita telorum portatio prohibita sit, imò ad solos seruos Imperator Leo, & Anthemius prohibitionem restrinxit, in l vlt. C ad legẽ Iul. de vi pub. & hodie est arbitraria. lege si præses. ff. de pœnis.

Verùm ista nihil mouent. Nam quod attinet ad dictã legẽ, si criminis. C. ad legẽ Iul. de vi pub. illa loquitur de eo qui conuocatis hominibus vim facit, quò quis verberetur & pulsetur, vt patet ex illis verbis. *Sed quoniam à Fisciulo etiam te verberibus affectum asseueras, si hominibus coactis hoc fecerit, si legis Iuliæ de vi priuata*, &c.

Hoc enim casu incidit quis tam in legem Iuliam de vi publica, quàm de vi priuata, vt patet ex lege, qui dolo. ff. ad legem Iul. de vi pub. & lege secunda ff ad legẽ Iul. de vi priuata. cuius rei causam attulit Cuiacius ad senten. Pauli tit. 26. quem secutus est Menochius, de arbitr. casu 394. num. 8.

 Male

Malè igitur Bartolus colligit ex illo textu, ad vim publicam requiri coadunationem hominum, quia etiam coadunans hominibus locus est legi Iuliæ tam de vi publica, quàm de vi priuata.

De vi publica, quia publica pax turbatur coadunatis hominibus. De priuata, quia vis facta est à persona priuata.

Non obstant aliæ leges quæ coadunationem hominũ exigere videntur; quia fateor tunc quoque esse vim publicam: sed non negant dictæ leges etiam aliter, quàm coadunans hominibus posse committi vim publicam. nam posse committi probatur, in l. 3. ff. eod. tit.

Argumentum ab etymologia nihil est, quia iam clarum est posse committi aliter, quã coadunatis hominibus, & in hoc casu etiam locum habet etymologia, quia publica pax turbatur ex armorum metu, vt supra dixi.

Illud improbo, quod armorum prohibitio restricta sit ad seruos, quoniam priuatis hominibus prohibitum esse armorum vsum patet ex l. Vni. C. vt armor. vsus, lib. 11. Rolan. à Valle consi. 3. lib. 2.

Illud probo, si vtriusque legis crimina obiecta sint, mitiorem legem, hoc est priuatorum, esse sequendam. l. si præses de Pœnis.

Puto etiam cessare pœnam legis Iuliæ, de vi publica quæ deportationis est. Lege, Qui dolo in fine ff. eo. cum armorum vsus est alicui concessus: quia tunc cessat ratio, quam adduxi.

Cessat etiam dicta pœna quoties illud absurdum oritur, de quo per Grammaticum consi. 43.

CAPVT VI.

Quæ sit pœna stupri violenti.

Non assentior Claro in §. stuprum vers. Sed quæro: asserenti pœnam mortis esse, neque Bossio idem docenti tit. de coitu damnato, & punibili, num. 19 etenim fundamentum nullum est quod constituunt, in §. Item lex Iulia instit. de pub. iud. illis verbis. *Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem, vel viduam, &c. Pœnam autem lex irrogat stupratoribus, si honesti sunt, publicationem mediæ partis bonorum, &c.*

Non licet argumentari, ergo si cum vi pœna mortis est; nisi raptus interuenerit, vt instit. eod. tit. §. si autem per vim.

Nec etiam iuuat hanc sententiam. l. 1. de extraord. cri. Illa enim est accipienda de stupro commisso raptu interueniente. Est enim raptus, siue quis inuitam mulierem abduxerit, siue eam malis artibus sollicitauerit, & corruperit, atque ei persuaserit, vt consentiat. l. Vni. C. de raptu virg.

Pœna stupri violenti est legis Iuliæ, de vi publica l. 3. ad l. Iul. de vi pub. vbi sunt verba expressa.

Pœna legis Iuliæ, de vi publica est aquæ et ignis interdictio. l. qui dolo. §. vlt. in fi. ff. eod.

In locum eius successit deportatio. l. 3. ff. ad legẽ Iul. pecula.

Quandoque tamen etiam mortis pœna est imposita, vt si cædes interuenerit l. 6. C. ad l. Iul. de vi pub. Vel si seruus violentiam fecerit l. seruos. C. eod. vel si raptus interuenerit. l. qui cœtu. §. 1. ff. eod.

Ergo pœna deportationis regulariter erit constituenda in stupratorem virginis violentum cuius loco successit, ex communi vsu pœna arbitraria.

CAPVT VII.

Vtrum vidua possit petere vsuras dotis mora commissas, ab hæredibus viri?



Existimo viduam rectè petere vsuras dotis ab hæredibus viri sui moram committentibus in restituenda dote.

Primò, quia in bonæ fidei iudicijs vsuræ post moram veniunt. lege. Mora. §. In bonæ fidei, de vsur. Actio autem de dote, est bonæ fidei. l. Vni. §. sed & si. C. de rei vxo. act.

Secundò ex dicta lege. Vnica. §. exactio ibi. *Sin autem supersederit res mobiles, &c. restituere, etiã vsuras æstimationis omnium rerum, &c. maritus præstet.* Eadem ratio est in hærede mariti.

Tertiò, quia dos datur, vt interueniat oneribus matrimonij Lege. Pro oneribus. C. de iur. dot. ergo hæc tacita conditio inesse videtur obligationi dotis, vt ex ea sustineri possint onera matrimonij. Quare sicut vsuræ debentur marito si dos non ei detur c. salubriter de vsur. ita & mulieri si non ei dos restituatur, quod est argumẽtum Nauarri, in cap. si fœnerauerit 14. q. 1 3. nu. 67.

Quartò, quia plerisque in locis vel statuto vel consuetudine cautum est, vt vsuræ præstentur mulieri viduæ, si dos ei non reddatur.

Quintò, quia plerisque in locis non desunt lucrandi occasiones ijs qui pecuniam habent in promptu, vel emptione rerum immobilium, vel annuorum redituum, vel aliter. Quare videtur peti posse vsuras quasi lucri cessantis nomine, & vice.

Atque ita docuerũt Cyn. & Dyn. in d. § exactio Grãmat. decis. 103. nu. 93. Iason consi. 92. lib. 1. Panor consi. 39. lib. 2. Nauarrus, vbi supra. Anton. Thesaur. decis. 42. alios citat Lupus, in l. Curabit Comment. 1. § 4. num. 48. quibus & ipse assentior.

Contrarium docuerunt Bart. in l. A qui natura §. Nõ tantum, de neg. gest. in l. in insulam §. vsuras solut. matr. Alexan. in l. Diuortio, num. 23. eod. tit. & consi. 27. lib. 4. Afil. deci. 284 Cagnol. in l. Curabit, nu. 15. C. de act. emp. Crauetta consi. 69. nu. 3. & 189. num. 7. Couuar. lib. 3 variar. cap. 1. vers. Sextò hinc. Lupus loco proximè annotato. Menoch. consi. 703 nu. 15. lib. 8.

Primum argumentum est, quia vsuræ iure canonico sunt prohibitæ, etiam pro redemptione captiuorum c. super eo, de vsur.

Respondeo istud esse intelligendum, de vsuris lucratiuis; nostra quæstio est de vsuris compensatiuis. Nam cũ dos detur vt sustineãtur onera matrimonij, hęc tacita cõditio inest doti; & sic mulier debet vsuras cõsequi in cõpensatione fructuũ ex quibus ali & sustentari posset.

Secundum. In vidua cessat ratio c. salubriter, de vsuris quia non sustinet onera matrimonij, sicut maritus, ergo non debentur ei vsuræ dotis.

Respondeo eandem rationem in vidua militare, vt possit se ex dote sua alere, & sustentare. Et cum vir & vxor sint correlatiua, dispositum in vno videtur porrigendum ad alterum, vt dicebat in proposito Nauarrus. l. 1. C. de Cupressis lib. 11.

Tertium argum. In potestate est viduæ dotem suam consequi; ergo vsuræ ei non debentur. l. 1. ff. de vsur. ibi. *Cum in potestate sit actoris iudicatum exigere*, quæ sunt verba Papiniani.

Respondeo rationem illam Papiniani à Paulo reprehensam fuisse, vt ex sequentibus verbis apparet, sic enim ait tex. *Paulus notat, quid enim pertinet ad officiũ iudicis, post condemnationem futuri temporis tractus?*

Præterea argumentũ procedit cum debitum offertur creditori; tunc si non accipiat, non potest vsuras petere: sed aliter dicendum cum debitor interpellatus non soluit; tunc enim vsuræ debentur in recompẽsationẽ damni, vel lucri cessantis.

Denique

Denique non potest debitor, qui fuit in mora, debitori culpam adscribere cur non petierit. l.pen.ff.de vi & vi arm.

Et certè si valeret hęc ratio, nec maritus nec vllus alius posset vsuras petere post moram, quia semper culpa ei imputaretur, cur non coegisset debitorem iudicialiter ad soluendum: quod cum minimè dicendum sit, sequitur, nec istud posse viduis obijci dum hæredes sunt, in mora dotis restituendæ.

CAPVT VIII.

An vsuræ donationis propter nuptias viduæ post moram debeantur?

NOn deberi ter decisum fuit in consilio Neapolitano teste Afflicto decis. 291. Sed contrarium suo tempore decisum fuisse in eodem consilio testatur Grammaticus decis. 103. nu. 96. Et hanc sententiam posteriorem Senatus Pedemontanus secutus est apud Thesaurum decis. 45. quæ mihi etiam placet.

Probatur in §. Si autem. in Auth. de non elig. secun. nub. ibi. *Sin autem omnis forte consistat in pecunijs, aut alijs mobilibus rebus antenuptialis donatio, tertiam vsurarum partem percipientem matrem cum cautione iam definita, non exigere a filijs aurum, nisi forte idonea sit viri substantia, &c.*

Idem probatur in l. Hac edictali, §. His illud. C. de secund. nupt.

Fundamentum contrariæ sententiæ est, quia donatio propter nuptias dicitur lucrum, quod facit mulier ex dote, l. Assiduis, C. qui. potio. in pign. habean Consequenter mulier haberet vsuras ex lucro, & sic vsuras vsurarum, quod iure prohibitum est, l. Improbum. C. ex quib. cau. infam. irrog.

Responderi potest non hic agi de vsuris vsurarum, sed de vsuris percipiendis ex sorte, hoc est, ex quantitate debita donationis propter nuptias. Licet enim ea lucro cedere vxoris dicatur, nó cedit tamen lucro tanquam vsura, sed tanquam sors debita ex pacto vel statuto.

CAPVT IX.

An vsuræ dotis longo tempore non exactæ præsumantur remissæ?

TRes sunt doctorum sententiæ hac de re. Vna, remissas videri: ita Dionysius Perusinus inter consilia Baldi cons. 474. lib. 3. Alexander cons. 74. nu. 8. lib. 5. Corneus cons. 206. lib. 2. Alciatus de Præsumpt. reg. 1. Præsumpt. 32. num. 4. Tiraquell. de Præscript. §. 1. Glos. 4. vers. Octauò istis. Menochius de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 12.

Fundamentum est in l. Cum quidam. §. Diuus. ff. de vsuris. *Diuus Pius rescripsit, parum iustè præteritas vsuras petis, quas omisisse te, longi temporis internallum indicet, &c.*

Et in l. Vir vsuras. ff. de donat. inter vir. & vxor. Papinianus. *Vir vsuras promissę dotis in stipulatum deduxerat, easque non petierat; Cum per omne tempus matrimonij sumptibus suis vxorem & eius familiam vir exhiberet dote prælegata, sed & donationibus verbis fideicommissi confirmatis, legato quidem dotis vsuras non contineri videbatur, sed titulo donationis remissas.*

Altera est sententia remissas non videri. Ita Roman. cons. 517. nu. 14. Iason in l. Quę dotis, num. 19. sol. matr. Alex. cons. 56. nu. 6. & 63. nu. 16. lib. 4. et 208. nu. 10. lib. 7. Corneus cons. vlt. lib. 2. & cons. 164. lib. 3. & 53. num. 3. lib. 4. Deci. cons. 571. num. 4. Balb. de Pręscript. in 1. parte 3. partis princ. q. 10. nu. 4. Grammat. decis. 70.

Fundamentum est in l. Libertis. §. 1. ff. de alim. & cib.

A leg. vbi aliméta pręteriti temporis peti possunt, licet longo tempore petita non fuerint.

Et quia actio non tollitur minori spatio 30. annorum l. Sicut. C. de pręscript. longiss. temp.

Tertia est sententia Olasci decis. Pedem. 132. distinguentis vtrum maritus adhuc viuat, & vsuras petat temporis præteriti, & tunc non videri remissas; an verò sit mortuus & nunquam petierit, & tunc remissas videri.

Mihi prior sententia magis arridet, cum nitatur textu satis euidenti in d. § Diuus: reliquę verò sententiæ nullum firmum fundamentum.

Nam quod attinet ad d. l. Libertis. §. 1 non loquitur de vsuris, sed de alimentis, quę sunt longè fauorabiliora.

Regula verò d. l. Sicut, ad rem non facit; quia ista non est pręscriptio temporis, sed coniectura quędam remissionis factę ex longi temporis interuallo, quo quis vsuras non petijt. Fateor esse hanc coniecturá fortiorem si maritus nulla petitione vsurarum facta decesserit; sed tamé B etsi non decesserit, non puto.

CAPVT X.

Excussio principalis debitoris, an requiratur cum quis agit hypothecaria contra possessorem rei specialiter obligatæ.

COnstat ex Nouella 4. de fideiuss. hypothecariam exerceri non posse contra possessores, nisi prius excusso principali debitore. Sed obijcitur quod Iustinianus scribit Nouella 112. tit. de litigiosis. in hæc verba. *Ab hoc autem litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus, & in his hanc distinctionem tenere, vt siquidem speciales res mobiles, vel immobiles aut se mouentes, nominatim fuerint hypothecæ suppositæ, liceat quidé debitori eas quando & cui voluerit vendere; sic tamen vt ex precio earum vsque ad debiti quanti-* C *tatem satisfaciat creditori. Si autem hoc debitor non fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet, eandem rem vendicare, donec ei satis pro debito fiat.*

His verbis Imperator videtur dare potestatem creditori rectà vendicandi res specialiter hypothecæ suppositas: ergo, nulla requiritur excussio principalis debitoris. Atque ita sentit Accurs. d. Nouell. 4. de fideiuss. §. Sed neque. & hanc sententiam latè defendit Antonin. Thesaur. decis. 51.

Sed mihi non placet. Primò, quia generalis est constitutio illa quę requirit excussionem principalis debitoris, & consequenter omnem hypothecam complectitur siue generalem siue specialem.

Secundò, quia eadem est ratio in speciali quę in generali hypotheca.

Tertiò, quia si hoc erat discrimen adhibédũ inter specialem & gñalem hypothecá, ęquum erat id exprimere.

D Quartò, quia nó ille est sensus dictæ Nouellæ 112. tit. de litigiosis, sed hęc est snĩa Imperatoris: si creditor conuenerit debitorem, qui ei res obligauerat, & is pendente lite res nominatim obligatas alienauerit, nó incidere in pęná alienantis res litigiosas, imò licere ei res vendere, ita tñ, vt ex precio earũ creditori suo satisfaciat. Nisi ex dicto precio creditori suo satisfecerit, dat Imperator licentiam creditori res alienatas vendicandi.

Ita hãc rem, & rectè, explicauit Cuiac. in expositione Nouellę 4. de fideiuss. cum dixit non aduersari Nouellá 112. qa in specie d. Nouellę, creditor egit prius personali, lite autem pendente pignus à debitore venditum fuisse, quare ei licere cum emptore experiri hypothecaria.

Non explicauit Cuiacius, cur dicta Nouella 112. loquatur de hac facti specie, quando scilicet creditor prius egit cum debitore, & is lite pendente rem vendidit; sed tamen id verissimum est. Nam Imperator ibi dicit hypothecas separare à vitio litigiosi; quod nil est

aliud, quam rem litigiosam non esse, quæ hypothecæ supposita est, licet lis super ea pendeat inter debitorem & creditorem. Consequenter debitor etiam lite pendēte potest alienare rem speciali hypothecæ suppositam. Ratio est quia lis debet esse de dominio rei, non autem de hypotheca, vt res dicatur litigiosa & alienatio prohibita, quare debitori licet alienare, sed vult Iustinianus vt ex precio redacto eo, ipsa re alienata creditori satisfaciat, alioquin creditori dat facultatem eam vendicandi: Et hoc est quod Imperator ait, *damus licentiam creditori qui rem venditam suppositam habet, eam vendicare* scilicet in casu isto speciali: vt patet ex verbis præcedētibus. Ex quo non rectè infertur ad generalem conclusionem, quod possessor rei specialiter obligatæ possit hypothecaria cōueniri, non facta excussione debitoris principalis.

CAPVT XI.

Ad l. Cum quis. C. de iuris & facti ignorantia.

Dioclitianus. *Cum quis ius ignorans indebitam pecuniam soluerit, cessat repetitio.* l. 10. C. de iuris, & fa. ignor.

Mouet dubitationē quod Papinianus scribit in l. 7. ff. eod. tit. iuris ignorantiam nō nocere suum petentibus: & rursus in l. 8. eod. iuris errorem in damno amissionis rei suæ, non nocere. Nam si non nocet iuris ignorantia ijs, qui de damno euitando certant, videtur dicendum ei, qui indebitum soluerit iuris ignorantia, repetitionem competere: ne damnum incurrat amissionis rei suę, hoc est pecunię indebitè solutę.

Veteres omnes post Accurs. explosa Vltramontanorū sententia, ita rem hanc explicant, vt concludant, hanc constitutionem non esse accipiendam de omni indebito soluto ex iuris ignorantia, sed de eo quod ciuiliter indebitum est, verum debitum naturaliter: exemplum est in l. pen. ff. de iu. & fa. ign. & in l. 1. & l. error. C. ad l. falcid. Cæterum si aliquod sit indebitum, tam ciuiliter, quam naturaliter repeti posse, ne quis sentiat damnum pecuniæ suæ.

Hæc sententia mihi non placet. Existimo enim repeti non posse quod iuris ignorantia solutum est indebitū, licet ciuiliter & naturaliter sit indebitum; excepta muliere, cui datur repetitio l. Quamuis. C. ad Vell.

Moueor. Primò quia d. constitutio l. Cum quis non distinguit, vtrum ciuiliter tantum sit indebitum vel etiam naturaliter, nec vlla est alia lex quæ hanc distinctionem adhibeat.

Secundò. Cum quis per facti ignorantiam soluit indebitum ciuiliter, sed naturaliter debitum, non habet repetitionem. l. Naturaliter. de cond. indeb. Ergo nullum esset discrimen inter ignorantiam iuris, & facti; quod apertè repugnat d. l. Cum quis, vbi fit distinctio inter ignorantiam facti, & iuris.

Tertiò moueor ex l. Cum pater. §. Meuio de leg. 2. vbi nullo iure debitū fuit quod ex causa donationis ibi fuit solutum, & tamen repeti non potest, & ibi Glo. & Doct. dicunt ob stultitiam debitoris donatarium lucrari: id est, ob ignorantiam iuris.

Quartò, quia fideiussor inutiliter obligatus si soluat ex iuris ignorantia, non repetit. l. si fideiussor. §. Non male. ff. mand. & vbi inutilis est obligatio, fieri potest, vt nec naturalis oriatur obligatio.

Quintò moueor ex l. 2. de confessis, vbi dicitur nō esse confessum eum qui errauit, nisi ius ignorauit: Ergo confessio per errorem iuris facta nocet confitenti, quare si quis per errorem iuris confiteatur se debitorem, pro iudicato habetur l. 1. ff. eod.

Sextò ex l. 1. ff. Vt in possess. leg. ibi *benignè satisdationem condici posse*. Hæres enim ibi nec ciuiliter nec naturaliter obligatus erat ad satisdandum; satisdedit ex

A iuris ignorantia? Dicit tex. condictionem dari ex benignitate, in illo casu speciali. Sed si vera esset distinctio Doctorum ipso iure non autem ex benignitate competeret illa condictio.

Septimò quia quod scriptum est in l. 7. & 8. de iuris & fa. ign. non pertinet ad solutionem indebiti, sed ad amissionem rei propriæ. Exemplū est in l. Qui fideicommissum 81. de leg. 1.

Quod attinet ad l. 1. l. error. C. ad l. falcid. ratio est, quia hæres agnouit defuncti voluntatem. l. Non dubiū. C. de testa. l. 2. C. de fideicomm. l. si fideicommissum de cond. indeb.

Nec solus sum in hac sententia. Socios habeo Duarenum cap. 3. in tit. de cond. indeb. & Cuiac. lib. 19. ad Papinianum in explicatione l. 7. de iu. & fa. igno.

CAPVT XII.

B

Iuris ignorantia an sit lata culpa.

Iuris ignorantiam latam culpam esse docuit Bartolus in lege. Quod Nerua nume. 19. ff. depo. & idem docuerunt antiqui Doct. vt videre licet ex Menochio de Præsumptio. lib. 6. Præsumpt. 23 nu. 11.

Primum ex l. Regula. §. pen. ff. de iu. & fa. ign. ibi: *Sciās ignorantiam facti, non iuris, prodesse; nec stultis solere succurri, sed errantibus.*

Secundum argum. ex l. liberorum. §. Notantur. ff. de his qui not. infa. ibi. *Ignorantia enim excusat, non iuris, sed facti.*

Tertium quia leges debēt ab omnibus sciri l. Leges sacratissimæ. C. de legib. Nec permissum est eas ignorare l. constitutiones. C. de iu. & fa. ign.

C Quartū quia lata culpa est, non intelligere quod omnes intelligunt l. latæ de verb. sign. sed leges ab omnibus sciuntur, aut sciri debent: ergo earum ignorantia latę culpæ annumerabitur.

Contrarium docet Corasius lib. 4. Miscellaneor. c. 17. Primò quia lata culpa dolum repręsentat l. 1. §. Non autem. ff. si is qui testa. lib. esse iuss. fuer.

Sed hoc est falsum in iuris ignorantia, quia nemini nocet in amissione rei suæ. l. 8. ff. de iu. & fa. igno. ergo nō est lata culpa, quia tunc noceret, sicuti constat dolum nocere.

Secundò, quia paucissimi leges intelligūt; ergo earum ignorantia non est lata culpa, quia illa est, non intellire, quod omnes intelligunt. l. latæ de verb. sign.

Tertiò lata culpa requirit summam negligentiam. l. cedere diem. §. vltimo, de verborum significatione, vbi appellatur nimia negligentia. Lege. Si fideiussor. ff. mād. Ergo non video, inquit Corasius, quo pacto clericus, mercator, artifex, & alij id genus homines, qui non ciuilibus

D studijs operam dederunt, sed honestam aliam artem secuti sunt, legum peritiam non habentes, in lata culpa dici debeant.

Excipiēdos autem putat Doctores, & Assessores quia isti tenentur scire iura, Lege secunda. ff. quod quisque, iu lege vltima. ff. decurijs, & extraord. cog. quibus meritò obijci potest quod Seruio Sulpicio fuit obiectū l. 2. §. Seruius, de ori. iu.

Non obstat, quod dicitur leges ab omnibus sciri debere, quia id accipiendum videtur de legibus, quæ diuino præcepto vel non naturali ratione confirmantur, & ad morum instructionem, cohibendamque hominum insolentium vitam pertinent. Sic ferè Corasius.

Tertia est sententia Zasij libro primo sing. resp. cap. 2. numero 19. iuris naturalis, & diuinorum præceptorum ignorantiam, esse latam culpam. lege Venia. C. de in ius vocando.

Præterea in culpa est, qui ignorat legibus prohibita & illicita. l. extat. ff. quod met. cau.

Rursus

Rursus si quis doctorem se profiteatur, & ius ignoret in culpa est, l. 2. §. Seruius de ori. iu.

Nec excusari qui negocia habent iudicialia si ius ignorauerint l. sicut C. de præscrip. 30. anni.

Extra dictos casus negat Zasius iuris ignorantiam esse latam culpam, quia si lata culpa est ignorare quod omnes intelligunt, econtrario non erit lata culpa, ignorare quod pauci intelligunt. Sed iura pauci intelligunt. ergo.

Ego verò constituo sex conclusiones. Prima. Non est lata culpa iuris ignorantia ad hunc effectum, vt qui iura nesciant reprehensione digni sint, aut vllam pœnam notamve infamiæ incurrát, quia vt dicebat Zasius, maxima pars mortalium hoc morbo laboraret, cum pauci sint iuris periti.

Secunda conclusio. Iuris ignorantia non est lata culpa ad effectum, vt amittat quis rem suam Pulchrum exemplum in l. qui fideicommissum. 81. de leg. 2.

Tertia concl. Iudices, doctores, & Assessores sunt in lata culpa si ius ignorent, l. 2. §. Seruius de ori. iu. l. 2. quod quisque iu. l. vlt de varijs & extra ord. cog.

Quarta concl. Iuris ignorantia culpæ non adscribitur minoribus 25. annis, nec mulieribus in certis casibus, nec militib. l. Regula in pari. ff. de iu. & fa. ig. l. 1. C. eod. l. vlt. C. eod.

Quinta. Iuris ignorantia culpæ adscribitur cum quis facit rem iure prohibitam. l. Liberorũ §. Notantur. ff. de his qui not. inf. l. Venia C. de in ius vo. Et sic loquitur l. leges sacratiss. C. de legib. l. Constitutiones. C. de iu. & fa. ig. l. 1. de legibus ibi. *Delictorum quę sponte vel ignorantia, &c.*

Sexta. Iuris ignorantia est culpa ad effectum, vt commodum auferatur ei qui potuit consulere peritiores l. Regula. ff. de iu. & fa. ig. l. in bonorum. ff. de bon. possess. l. 2. §. vlt. ff. quis ordo in bono. possess. ser.

CAPVT XIII.

Ad l. Petens. C. de Pactis.



MVlta de pactis iã diximus libris superioribus, sed nunquam explicauimus l. Petens C. de Pactis circa quã ingens semper fuit cõtrouersia. Verba legis hæc sunt. *Petens ex stipulatione quæ placiti seruandi causa secuta est, seu antecessit pactum, seu post secutum statim interpositum sit, rectè secundum se ferri sententiam postulat.*

Prima interpretatio. Pacto conuenisti mecum, vt aliquid dares, vel faceres. Huius pacti seruandi gratia stipulatio subiecta est, sicut olim moris erat l. Titia §. vlt. de verb. oblig. deciditur, peti posse ex stipulatione quod continetur in pacto, & petentem rectè secundum se sententiam ferri postulare. Atque idem iuris esse siue antecessit pactum, siue post secutum est.

Non placuit Accursio neque Bartolo, Alexandro, Iacopino, Aretino, Corneo nec alijs antiquiorib. propter verbum *statim* positum in textu. Nam ex stipulatione, quæ placiti seruandi causa interposita est, agi potest; licet pactum non statim secutum sit, sed longo interuallo post l. Si ita fuero stipulatus. §. 1. cum l. seq. ff. de noua. l. quidam cum filium §. vlt. de verb. obl l. qui pecuniã. ff. si cert. pet.

Secunda interpretatio. est legem loqui de stipulatione interposita gratia declarandi id quod in pacto continetur, quod stipulationem præcessit, vel statim subsecutum est.

Reijcitur quia lex apertè loquitur de stipulatione interposita placiti seruandi gratia, non autem declarandi.

Tertia interpretatio est Bar. & aliorum communiter, loqui de pacto incontinenti adiecto, vt aliquid detur, vel fiat stipulatori, verbi gratia: Tecum conueni vt fundum meum cum tuo permutarem, & vtrinq; stipulati sumus. Postea pactus sum incontinenti, vt tibi domum ædificẽ; ait lex, posse ex stipulatione agi, vt fiat id, quod contine-

A tur in pacto: Hoc in casu necesse est, vt pactum statim sequatur post stipulationem, alioqui actionem ex stipulatu non informaret.

Si dicatur legem loqui de stipulatione interposita placiti seruandi gratia, hæc autem interpretatio vult, eam loqui de pacto longè diuerso à stipulatione.

Respondetur interpositam fuisse stipulationem placiti seruandi gratia, hoc est, illius primi pacti, de re permutanda. Sufficit enim stipulationem adiectam fuisse alicuius pacti seruandi causa.

Adde quod cum incõtinenti pactum secutum est, stipulatio videtur interposita placiti seruandi gratia: quia de tali pacto cogitatum fuisse videtur tempore stipulationis.

Non placuit Vltramontanis, & meritò: Nimis enim dura est. Nam lex loquitur de stipulatione interposita placiti seruandi gratia, non autem alicuius placiti.

Quartam interpretationem ipsi attulerunt, pactum

B præcessisse, & stipulationem interpositam fuisse, placiti seruandi causa hoc modo: Conuenimus de permutando meum Codicem cum tuo, pacto adiecto, vt tuum mihi compactum traderes; & stipulatio hinc inde fuit interposita placiti seruandi gratia. Dicit lex agi posse ad id qđ in pacto continetur: quod pactum debet esse incontinenti adiectum.

Hæc sententia cęteris displicuit, quia in proposita specie agi potest, etiamsi pactum non statim secutum esset, sicut supra dictum est, circa primam interpretationem.

Quinta expositio est Salic. hanc legem loqui de stipulatione incipiente à pręcedenti conditione hoc modo. Si Stichum non dedero promitto tibi decem nomine pœnæ: & incontinenti nudo pacto promisi tibi eundem Stichum. Dicit lex agi posse ex hâc stipulatione.

Refellunt hanc sententiam Alex. Fulgo. Iacop. & alij, quia nulla in tex. fit mentio pęnalis stipulationis, & siue incontinenti siue ex interuallo pactum sit adiectum pe-

C nalis stipulatio committitur, l. Si pacto quo pœnam. C. de pactis.

Sextam interpretationem attulit Angelus, hanc legẽ loqui de stipulatione idem continente quod pactũ continet, se habens ad stipulationem per modum causæ, v. g. Promittis mihi stipulanti decem quia eadẽ mihi promisisti nudo pacto? Dubitandi ratio est, quia in stipulatione sine causa obstat exceptio doli l. 2. §. circa. ff. de doli mali excep. Contrarium deciditur quia duo vincula magis ligant: Interuenit enim pactum, & stipulatio.

Reijcitur, quia agi potest, siue incontinenti, siue ex interuallo pactum sequatur. Nã si nudo pacto mihi aliquid promittis; deinde nudo pacto idem promittis, Oritur actio de cõstituta pecunia l. 1. §. Debitum de const. pecu. Multo igitur magis si stipulatio interponatur.

Nouissimè Alciatus lib. 5. paradoxo. cap. 2. & in commentarijs huius legis & Cuiacius libro 10. obser. cap. 24. priorem interpretationẽ superius a nobis allatam appro-

D barunt, quos ego sequor. Nam conuenit verbis d. legis & nullam habet difficultatem, præterquam in verbo *statim* quod videtur esse superfluum vt supra dictum fuit.

Sed respondetur non esse superfluum, quia vbi ex interuallo pactũ sequitur, nullam parit actionem l. Iurisg. §. Vt puta de pact. In continenti autem adiectum parit actionem, l. In bonę fidei. C. eod. Vbi ergo pactum ex interuallo sequitur, nulla est ratio dubitandi quin agi possit ex stipulatione: non enim ex pacto potest agi. At vbi pactum incontinenti adiectum est, ratio dubitandi esse potest, quia pactum incontinenti adiectum parit actionem: ergo ex ipso agendum videbatur, non ex stipulatione.

Contrarium deciditur, quia stipulatio adijcitur pro maiori firmitate ac robore pacti: consequenter actionem producit, §. 1. Instit. de verb. oblig.

CAPVT XIIII.

Ad l. Si superstite. C. de dolo.

NOn parui momenti controuersia est, an in l. Si superstite. C. de dolo. patris dolus cum filia transigentis interuenerit. Affirmant Gloss. Alex. Alberi. & Salic. quia si nullus patris dolus interuenisset male rescripsissent Impp. filiæ tribuendam esse actionem in factum, loco actionis de dolo, quæ alioqui tribuenda fuerat, nisi paterna reuerentia obstitisset.

Nec potest dici dolum resultare ex immodica læsione, quia non ex quantitate lęsionis colligitur, sed ex qualitate facti, l. Dolus C. de rescind. vend.

Contrarium voluerunt Fulgo. ibi. Pinell. ad l. 2. C. de rescind. vend. parte 1. cap. 4. nu. 23. quia text. dicit transactionem bona fide factam fuisse.

Et quòd attinet ad actionem in factum propter paternam reuerentiam loco actionis de dolo, istud est ob immodicam lęsionem, vt patet ibi. *Sanè si immodicè lęsa es*. Nihil enim refert an dolus ex proposito interueniat, vel reipsa l. si quis cum aliter de verb. obl.

Ad l. Dolus C. de rescin. vend. respõdent, locum habere in emptione ac venditione in qua licitum est contrahentibus se inuicem decipere circa precium l. In causę §. Idem Pomponius ff. de mino. Ideo non potest argui dolus ex læsione circa precium.

Secus in cęteris contractibus. Nam dolus ex læsione probatur l. Maiorib. C. comm. vtriusque iud.

Ego puto patris dolum ex proposito non interuenisse, quia nulla fit mentio doli patris in tex. imò dicit transactionem bona fide interpositam.

Et quia tex. facit vim in immodica læsione. Sed cur dicit actionem in factum competere propter paternam reuerentiam, non de dolo? Quia immodica læsione detecta, ipsius filiæ pater dolo facere videbatur non restituendo filię quod erat iustum. l. 2. §. si quis sine causa & §. Item quæritur vers. *Nam etsi inter initia.* ff. de doli mali excep. l. si quis mancipijs. §. vlt. ff. de instit. act. l. si quis cum aliter. de verb. oblig.

CAPVT XV.

Testamentum metu factum, an ipso iure valeat?

COmmunis & vera sententia est testamentũ metu factũ ipso iure valere Vide Menoch. de arbitr. casu 395. nu 7. Peregrinum de iure fisci tit. 6. nu. 4. Duaren. ad l. 1. de testam. Fundamentum est, quoniam ea quæ metu fiunt, valent, licet rescindantur. Nam voluntas coacta, voluntas est l. si mulier § pen. ff. quod met. cau. l. si patre cogente. de ritu nup.

Contrarium docuit Imola in l. 1. de testa. Iason in l. 1. C. si quis aliquem testa. prohib.

Primum argum. est ex d. l. 1. de testam. vbi testamentum est iusta sententia. Non enim videtur iusta sententia testamentum metu factum.

Respondeo iustam sententiam accipi pro solenni & perfecta; quod potest conuenire etiam testamento metu facto; sed rescindi debet.

Secundum argum. Promissio facta de instituendo aliquem hæredem non valet, lege, stipulatio hoc modo, de verborum oblig. ergo multò minus valet hæredis institutio metu facta.

Respon. negando consequentiam: quia hæreditas pactis non datur l. Hæreditas. C. de pactis conuen. sed testamentum metu factum non est pactum, nec fit per modum pacti.

Tertium: Hęredis institutio non debet ex alieno arbi-

A trio pendere l. Illa institutio de hæred. instit. Sed institutio metu facta pendet ex alieno arbitrio, igitur nõ valet.

Respon. non pendere absolutè ex arbitrio alieno, quia voluntas coacta, est voluntas vt dixi.

Quartum. Testes in testamento debent esse rogati l. Hæredes palam §. In testamentis de testam. Si inuiti detineantur, non valet testamentum l. qui in testamento §. vlt. ff. eod. ergo multò minus valebit quando testator inuitus facit testamentum.

Respon. hæc esse dissimilia; quia testium rogatus est de solennibus testamenti. Voluntas autem testatoris est de substantia, quæ etiam coacta voluntas dicitur.

Vltimum si valeret testamentum, auferretur hæreditas hæredi tãquam indigno, & fisco applicaretur arg. l. 1. C. si quis aliq. testa. prohib. vel cog. Ergo fieret præiudicium legitimis hæredibus, quod videtur iniquum.

Respondeo fisco applicari d. l. 1. dum ait *Ciuilis disceptationi crimen adiungitur*. Sed clarius in l. 1. 2. 3. ff. eod.

B Nec istud est absurdum, quia legitimi hæredes actionem habent ad interesse, aduersus eum qui vim intulit arg. l. Lucius. §. Sempronia de leg. 2. l. si quis affirmauerit §. 1. de dolo l. pen. C. eod. tit.

CAPVT XVI.

Ad l. 2. C. de his quæ vi metusve causa fiunt.

ALexander Imperator Alexandro *Cùm te non solum cauisse, verùm etiam soluisse pecuniam confitearis: qua ratione, vt vim passus restitui quod illatum est postules, perspici non potest: quando verisimile non sit ad solutionem te properasse omissa querela de chirographo, vtpote per vim extorto; nisi & in soluendo vim te passum dicas*. l. 2. C. de his quæ vi metusve cau. fiunt.

Obstare videtur l. 7. ff. de cond. ob tur. cau. vbi Pom-
C ponius. *Ex ea stipulatione quæ per vim extorta est, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat.*

Dicebat olim Irnerius hoc Alexãdrum velle; non esse verisimile chirographum obligationis per vim extortum fuisse; quando debitor postea sponte & nulla querela proposita soluit: si tamen probari posset vi extortum fuisse chirographum, pecuniam repeti posse.

Non placet, quia etiam si constaret chirographum vi extortum fuisse, si tamen sponte & nulla querela proposita pecunia fuisset soluta, negat Imperator pecuniã posse repeti; sic enim ait *qua ratione vt vim passus restitui quod illatum est postules, perspici non potest*. Responderi enim posset, facile id perspici posse, probata scilicet vi & metu in extorquendo chirographo.

Veteres communiter sumunt rationem huius legis ex l. 8. de cond. ob tur. cau. vbi probatur quoties turpitudo est ex parte recipientis pecuniam, tunc si soluatur ab eo qui promisit, nulla exceptione opposita repeti non
D potest.

Sed in d. l. 2. turpitudo est ex parte recipientis pecuniam, qui chirographum per vim extorsit & debitor soluit nulla querela proposita: ergo repeti non potest: & hęc est ratio rescripti.

Non placet; quia l. 8. loquitur quando turpitudo est ex parte dantis & recipientis. Cum enim est ex parte recipientis tantùm, datur repetitio l. 2. ff. de condit. ob turp. cau. l. pen. & vlt. C. eod.

Secus vbi est ex parte vtriusque; quia repetitio non datur l. 3. ff eod. & ita est in casu d. l. 8. vt patet ex illis verbis. *Porrò autem si & dantis & recipientis turpis causa sit, possessionem potiorem esse, & ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum sit.*

Sublata enim causa proxima stipulationis, pristina causa superesset, hoc est, turpitudo ex vtraque parte, vt tex. indicat verbis sequentibus.

Cõfirmatur; quia si in illa specie de qua loquitur d. l. 8.

esset

esset turpitudo ex parte recipientis tantùm, sicut est in ca A sú d.l.2. nulla causa adferri posset cur cessaret repetitio. Nam pecunia esset apud eum cui soluta fuit, sine causa; *Perpetuò autem Sabinus existimauit veram opinionem existimantium, id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici* l.6.de cond.ob tur.cau.

Sic puto dicédum in l.2.non competere repetitionem ex edicto quod metus causa, quia pecunia fuit spóte soluta, nulla proposita querela vt ait tex. Poterat enim condici liberatio stipulationis l. 9. §. sed etsi per vim. ff. quod met.cau.

Volo autem hic verba illa expendi. *Qua ratione vt vim passus, restitui quod illatum est postules*. Indicat enim tex. non dari repetitionem ex illo edicto quod metus causa, quia scilicet sponte soluit, non condixit liberationem, nec vllam querelam proposuit.

Verum isti competere potest repetitio pecuniæ solutæ alio remedio, videlicet condictione ob turpem causam; quia turpitudo est ex parte recipientis tantùm, hoc B est, illius qui extorsit per vim chirographum; Et hæc est sententia l.7.de cond.ob turp. cau. quæ ita conciliari potest cum dicta l. 2. Quod paucis verbis indicat Cuiacius in l.9.§.sed quod Prætor.ff.quod met.cau.sic dicens *Competit quidem condictio ob iniustam causam. Lex ea (quæ est l.7.) de cond.ob tur. cau. non tamen actio quod metus causa l.2.C.de his quæ vi vel met.cau.gesta sunt.*

CAPVT XVII.

De testamento, facto ad alterius interrogationem.



SCripsi de hac quæstione aliàs; sed iuuat repetere quoniã posteriores cogitationes sunt meliores, quicquid ergo alibi dixerim, istis quæ nunc dicam stari volo.

Inter omnes cõstat testatorem debere nominare hæredem ore proprio l. Hæredes palam de testa. C l.Iubemus C.eod. Sed tamen recepta est sententia Glos. ibi valere testamentum factum ad alterius interrogationem.

Sed controuersia est, an istud indistinctè procedat, an verò cum quadam distinctione, si videlicet constiterit & probatum fuerit, contenta in testamento facto ad alterius interrogationem, scripta fuisse de voluntate testatoris, eo scilicet dictante & exponente suam voluntatem notario, vel alteri qui eum postea interrogauit.

Et quidem absque distinctione ista procedere sententiam Glos.& locum habere, etiamsi non constiterit voluisse testari, quoniam in potestate eius erat recusare vel approbare hæredis nominationem, respõdit Alex. consi. 33.nu.11.lib.3. vbi dicit opinionem eorum qui aliter sentiunt carere ratione & æquitate D.Menoch. alios citans de Præsump.lib.4.Præsump.8. nu.16.& seq.

Sed contrariam sententiam & communiorem & veriorem esse iudico. Nam quod sit illa distinctio adhibenda, vt sententia Glos.in d.l.Iubemus locum habeat, quan D do constat de voluntate testatoris, quod voluerit ita testari, & suam illam voluntatem prius exposuerit seu dictauerit notario antequam interrogatus fuerit, docuerũt Castren.in l.Hac consultissima §. At cum humana nu.2. C.de testam. & in consi.155.nu.2.lib.1.vers. Tunc ergo. Corneus in d.l.Iubemus nu.31. & in consi.232. nume.4. lib.3.& 319.nu.2.vers.Et glos.illa eodem lib.Iason in d.l. Iubemus in fine.Crauetta consi.117. nu.1.& 143.nu.13. & 670.nu.7. Socinus iunior consi.183.nu.31. lib.2.Ioan. Crot.in l.1.§.si quis ita num.21. de verb.oblig.Antonius Gabriel.tit.de testam.concl.2.nu.10.

D.Tiberius Decianus consi.65.num.13. lib.2.vbi citat Ioan.Andr.Roman.Corneum, Butr.& Marsilium sing. 449 nu.2.Addo ego Ruinum consi.8.nume.9.lib.3. Petr. Angusc.consi.73.nu.16.Ploт.consil.17.nu.13. Collegium Patauinum consi.1.inter consi.vlt.vol.lib.4. Becium consi. 86.nu.31.Couuar.in c.cum tibi nu.4. vers.est tamen intelligenda. de testam.D.Mantic.de coniect. lib.2.titu.6. nu.9.Crass.de successi.§.Institutio q.17.nume.9. Surdum consi.414.nu.54.lib.3.

Ex quibus patet hanc esse communem sententiam sicut multi ex præallegatis testantur.

Et mihi verissima videtur, quia cum iura tam apertè requirant expressionem hæredis ore proprio testatoris & Glos.in d.l.Iubemus testamentum ipsum sustineat factum ad interrogationem per tex.in l.Hac consultissima §.At cum humana C. de testam. necesse est intelligere illam secundum legem quam allegat; & ideo secundum dictum tex.est intelligenda, qui loquitur quando testator prius notario suam voluntatem exposuit, deinde interrogatus an ita vellet disponere, respondit, quod sic. Alioqui non ex matura & deliberata voluntate testamenta procederent, & non deesset locus falsitatibus & malis suggestionibus.

Non obstat quod fuerit in potestate testatoris respondere vel non respondere, consentire vel non consentire, approbare vel reprobare hæredis nominationem; quia requiritur deliberata hæc voluntas, aut obseruatio formę à lege præscriptæ, per expressionem factam nominis hæredis, vel per æquipollentem modum supra dictum. Atq; ita aliàs respondi Pisis, & verum puto.

CAPVT XVIII.

Ad l.Centurio de vulg.& pupillari.



QVæritur quis sit sensus illorum verborum l. Centurio de vulg. & pupill. *cum fructibus inuentis in hæreditate*. Vna est sententia; illa verba intelligenda de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filij Bart. in C d.l.Centurio in vlt opp.Baldus in 4. opp. & 6.not.Imola num.5.Aretin.col.1.vbi dicit hanc esse communem sententiam Socinus senior nu.13. & nu.28. Ripa nume.38. Alciatus nu.53.Socin.Iun.nu.164. Aquilinus nu.126.

Primum argum.est Bart quoniam substitutio est directa militaris, quæ sustinetur ex militari priuilegio; ideo veniũt etiã fructus ab hærede percepti, licet in fideicommissaria non veniant l. In fideicommissaria ff.ad Trebel.

Respondet Socin. Iun. nume. 169. nullibi apparere in toto iure, quod fructus percepti ab hærede pertineant ad substitutum militarem. Priuilegia enim militum strictè sunt accipienda, vt minus derogent iuri communi l. quod verò de legib.

Secundum argum.est Aretini colnm.1. vers.& tamen quoniã illa verba tex.*cum fructibus* &c. essent superflua, si intelligerentur de fructibus inuentis tempore mortis testatoris; quia fructus sunt pars hæreditatis l.Item veniunt §.Item non solum de pet. hæred.consequẽter cum tex.dixerit substitutum capere bona patris, etiam fructus huiusmodi comprehendit. Itaque non erat opus addere *cum fructibus*. Ergo necesse est intelligere de fructib.inuentis tempore mortis filij.

Respondet Decius in l.In testamento nu.16.vers. Mihi tamen placet C.de testa.mil.illa verba non esse superflua, licet intelligantur de fructibus inuentis tempore mortis testatoris; licet enim tales fructus sint vniti cum hæreditate, tamen petuntur sub nomine fructuum d.l. Item veniunt §. Fructus de pet. hæred. & sic textus non sine causa fecit mentionem fructuum.

Sed replicat Socinus senior in l. Centurio nu. 13. fructus perceptos ex hæreditate peti sub nomine fructuũ, quando percipiuntur post mortem testatoris. Ita enim loquitur tex.in d.§.Fructus, sed tex.noster loquitur de fructibus inuentis in hæreditate, & sic perceptis in vita testatoris; qui non dicuntur fructus, sed bona defuncti; & idem in effectu replicat Ripa nu.39.

At Socinus Iun. nu.169. respondet etiam fructus perceptos

ceptos tempore mortis, dici posse fructus, si contingat de illis disputari. Pro qua responsione nihil adfertur, ego adfero l. 1. C. de his quib. vt indig. vbi fructus dicuntur tam percepti quàm inuenti in prædijs hæreditarijs, & sic etiam percepti in vita testatoris.

Tertium argum pro hac communi sententia est Socini senioris, vbi suprà dicit text. substitutũ capere fructus inuentos in hæreditate, ergo à contrario sensu, consumptos non capit, quia isti non inueniuntur in hæreditate; quod tamen esset falsum si intelligeretur de fructib. inuětus in hæreditate testatoris, tempore mortis eius: quoniam si filius eos consumpsisset, teneretur restituere, sicut cætera patris bona, l. Marcellus. §. Res quæ. ad Treb.

Respondet Socin. iun. nu. 169. argumentum à contrario sensu locum habere hoc modo; Substitutus habet fructus inuentos in hæreditate: ergo non potest petere consumptos, scilicet à testatore. Et licet istud sit indubitatũ, tamen argumentum à contrario sensu toleratur, licet sit indubitatum id, quod ex eo infertur.

Quartum argum. colligitur ex Iasone in d. l. Centurio, nu. 14. Fructus non conseruantur vltra triennium Glos. in l. Vn. C. Si aduer. vsucap. Ergo tex. noster intelligi nō potest de fructibus qui erant in hęreditate tempore mortis patris; quia isti præsumuntur consumpti, & non extare amplius cum filius moritur, et substitutus succedit; nisi velimus filium vixisse tantum triennio; quod est diuinare.

Resp. Socin. iun. nu. 169. cum de aliqua re disputatur cætera præsupponi habilia, l. Qui testamento de testam. & sic præsupponendũ esse, fructus extare tempore mortis filij.

Addit Ripa, nu. 40. filium videri fuisse in culpa non distrahendo tales fructus, qui seruari non poterant, l. Lex quæ. C. de admi. tuto. Et consequenter si perierint, tenetur ad eorum æstimationem, l. Mulier. §. Sed etiam. ff. ad Trebell.

Vltimum argum. est Socini iun. nu. 170. qualitas adiecta verbo, debet intelligi secũdum tempus verbi, l. In delictis. §. Si extraneus de noxalib. declarat. Bart. in l. Ex facto de vulg.

Sed ista qualitas quod fructus inuenti in hæreditate pertineant ad substitutum, est adiecta verbo capiet: ergo debet intelligi secundum tempus verbi, & consequenter secundum tempus quo dicti fructus percipiuntur, id est, tempus mortis filij, & sic de inuentis tempore mortis filij.

Responderi potest inspiciendum esse tempus mortis filij, vt substitutus fructus capiat, sed non capit fructus à filio perceptos, verùm eos fructus quos testator in hæreditate reliquit, & nũc extant tempore mortis filij: Nam sicut verbum *capiet* determinat qualitatem illam bonorum patris secundum tempus mortis filij, sic determinare debet quoad fructus inuentos in hęreditate, scilicet vt intelligatur de fructib. qui erant in hæreditate patris, & illos vnà cum bonis patris, substitutus habeat tempore mortis filij.

Contrariam sententiam, videlicet tex. intelligendum esse de fructib. inuentis in hæreditate tempore mortis patris secuti sunt Angel. in l. Centurio: Castrens. num. 6. Alex. nu. 39. Dec. in l. In testamento, nu. 16. C. de testam. mil. & ibidem Iason, nu. 13.

Primum argum. Ang. & Alex. Hæres grauatus alteri restituere hæreditatem, non tenetur restituere fructus quos percepit, nisi fuerit in mora, l. In fideicommissaria, l. Ita tamen, §. 1. l. Postulante. §. vlt. ad Treb.

Ergo filius qui est hæres testatoris in d. l. Centurio nō tenetur fructus quos percepit restituere substituto, cum non fuerit in mora. Si enim qui grauatus est non tenetur restituere huiusmodi fructus, multò minus qui grauatus non est. Filius autem iste non est grauatus, quia datus est illi substitutus directò, vt in textu.

Respondet Ripa, nu. 40. & Socin. iun. nu. 166. cum cui

A datus est substitutus verbis directis deterioris esse conditionis, quàm is, qui grauatus est per fideicommissum. Nam grauatus per fideicommissum deducit quartam ex Trebelliano, l. Iubemus. C. ad Treb. Is verò cui datus est, directò substitutus, non deducit. Iste desiuit esse hæres, ille non item. Nil igitur mirum, si & hoc in casu est deterioris conditionis.

Secundum argum. est Alex. num. 39. Tex. loquitur de fructib. inuentis in hæreditate: ergo non loquitur de inuentis tempore mortis filij, quia illa non est hæreditas, sed patrimonium ipsius filij, l. Sed etsi plures. §. Filio de vulg.

Resp. Socin. iun. nu. 167. hæreditatem aditam retinere suum nomen cum alteri restituenda est. l. 1. ad Treb. Sed hic filius tenetur eam restituere substituto, ergo &c.

Tertium argum. sumitur ex Decio in d. l. In testamento, nu. 16. Verba in dubio debent referri ad testatorem, non autem ad hæredem. l. Cum in testamẽto & ibi Bart. B de auro & arg. leg. Ergo verba illa tex. *cum fructibus inuentis in hęreditate*, debent referri ad hęreditatem testatoris, non autem hæredis.

Resp. Socin. iun. nu. 168. doctr. Bart. in l. Cum in testamento, locum habere in verbis testatoris, sed hæc verba sunt legis, non autem testatoris.

Replicat Ripa, nu. 40. etiam verba legis referenda esse in dubio ad testatorem arg. l. Filiusfa. §. Diui de leg. 1. vbi illud verbum *creditoribus* refert ad creditores testatoris. Sed responderi potest illud ibi contingere propter subiectam materiam, nec posse inferri regulam generalem vt infertur.

Vltimum argum. (omissis leuibus) sumi potest ex Aretino in d. l. Centurio, col. 2. Miles directò substituere potest post pubertatem in bonis, quæ ex testamento ad hęredem suum peruenerunt. l. 5. ff. de mil. testam. Sed fructus ab hærede percepti in casu d. l. Centurio non peruenerunt ad ipsum hæredem ex testamento, saltem imme- C diatè sicut illa dictio, ex, requirit vt per Bart. in l. ex placito. C. de rer. per. & in l. Non dubium. C. de legibus, & est tex. in l. Socium qui. ff. pro socio. Ergo non pertinent ad substitutum.

Hæc sunt ab alijs dicta & considerata. Mihi magis placet eorum sententia, qui dixerunt illa verba intelligenda de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis patris testatoris.

Primò, quia text. dicit substitutum capere bona patris tantum, vnà cum fructibus inuentis in hæreditate: si enĩ tales fructus non essent testatoris, sed filij, textus contineret repugnantiam, quia caperet bona patris, & etiam filij; isti enim fructus sunt filij, quos ipse filius percepit, tanquam hęres patris.

Secundò, quia fructus ab hęrede percepti, distinguuntur à fructibus inuentis in hæreditate, l. 1. C. de his quib. vt indign.

Tertiò, quia grauatus per fideicõmissum fructus per- D ceptos ante moram facit suos, nec veniunt in restitutionem fideicommissi, l. In fideicommissaria ad Trebel. ergo nec iste.

Non obstat quod dicebatur deterioris esse conditionis istum cui datus est directò substitutus. Hoc enim procedere potest in certis casibus, sed non respectu dominij, quod habet antequam eueniat casus substitutionis. Est enim dominus pleno iure non minùs quam hęres grauatus per fideicommissum, ergo fructus suos facit; & non tenetur restituere. Et si in eo grauatur vt non detrahat quartam, ex Trebelliano, non est etiam in hoc grauandus, vt fructus restituat, qui, cum moritur, reperiuntur in eius hęreditate; imò potius releuandus. arg. l. Eum qui. de iureiur.

A

CAPVT XIX.

Fideicommissum resultans ex probibitione alienationis, iuncta causa, quia volo bona conseruari in agnatione; *an restringatur ad terminos substitutionis præcedentis.*

IN causa nobilium Varniensium Pisanorum Testator instituerat filios suos, & descendentes eorum substituerat; prohibens ipsis alienationem bonorum extra familiam: quod si aliquis alienaret, substituit Bartholomeum fratrem suum, cui similiter alienationem prohibuit, & in casu alienationis, substituit eius descendentes; quia voluit bona sua conseruari in familia. Filij & descendentes non alienarunt, & ideo nũquam fuit locus fideicommisso in fauorem Bartholomei, quia fuit vocatus in casum alienationis, qui non euenit. Successit tamen dictus Bartholomeus iure sanguinis in dictis bonis, nec alienauit: Cùm autem ad fœminas proximiores bona peruenissent, proximiores agnati de familia instituerunt aduersus mulieres iudicium ex fideicommisso resultante propter illa verba, quia voluit bona conseruari in familia. B

Pro quibus adducta fuit authoritas atque sententia eorum, qui ex dicta clausula voluerunt generale fideicommissum induci, non restrictum ad præcedẽtem substitutionem. Riminal. Iun. consilio 20. nume. 13. & 456. nume. 28. Surdus cons. 67. numero 20. Biretta consi. 116. nu. 20. Macabrunus cons. 61. nu. 240. D. Petra de Fideic. quæst. 11. nu. 568.

Sed contrarium decisum fuit: quam sententiam ego cum Clarissimis atque Excellentissimis duobus Collegis meis amplexus fui; Motus, quia non potuit fundari hoc fideicommissum in persona Bartholomei, quia non fuit vocatus nisi in casu alienationis factæ à descendentibus testatoris, quæ non fuit facta; ergo nec grauari potuit nisi eo in casu, quo fuit vocatus l. Ab eo C. de fideicomm. Et cum ipse Bartholomeus frater testatoris non fuerit vocatus nisi in casu alienationis, non est mihi visum verisimile alios agnatos remotiores, & nondum natos, qui ex dicto Bartholomeo descendere debebant, vocatos fuisse aliter, quàm in casu alienationis. Et cum testator non vocauerit Bartholomeum in casu quo ipsius testatoris descendentes deficerent; sed tantummodo in casu alienationis, non est credendum voluisse vocare dictos nascituros remotiores, nisi in casu alienationis. Visum est igitur fideicommissum resultans ex illis verbis *quia volo* restringendum esse ad terminos præcedentis substitutionis, in persona Bartholomei: quod si in persona eius locum habuisset substitutio ex alienatione, quæ fuisset secuta, non erat qui dubitaret, quin postea locus fuisset generali & absoluto fideicommisso in casum mortis, in fauorem familię totius, & ita doctores superius allegati accipiẽdi visi sunt. Et quod fiat restrictio ad terminos præcedentis substitutionis, eaque deficiente deficiat fideicommissum in terminis nostris, communior est sententia Alexander consilio 24. numero 6. & 59. numero 21. libro 3. Decius consilio 291. numero 6. & 636. numero 8. Ruinus consil. 134. numero decimoquinto, libro tertio, Gozadinus consilio 30. numero decimosexto. Rubeus consilio 120. numero 9 Alciatus consilio 31. numero 22. libro 9. D. Cesalus consilio decimoseptimo, numero 24. & 153. numero 56. & 477. numero 13. & 16 & 544. numero 12. & 16. Roland. consilio 34. numero 65. libro 4. Hiero. Gab. consilio 132. Bursatus consilio 195. numero 9. Osascus decis. 50. numero 12. Pedroca. consilio 19. numero 56. Hippo. Rimi. consilio 80. numero 32. Albanus consilio primo, numero octauo, & consilio vigesimoprimo numero 8.

CAPVT XX.

Fideicommissum conditionale, an transmittatur ad filios præmoriente patre ante euentum conditionis, quando filiorum testator rationem habuit, ponendo eos in conditione.

NOn patiar pro virili mea vires assumere maiores eorum sententiam qui dixerunt, conditionale fideicommissum transmitti ad filios præmoriente patre ante conditionis euentũ, quando filiorum visus est testator rationem habere, ponendo eos in conditione. Sic enim voluerunt multi à D. Cesalo citati cons. 16. nu. 42. & ab Oddo de compendiosa parte 6. art. 2. nu. 21. Latissimè Hondedeus cons. 70. Menoch. cons. 452. nu. 56.

Nullo enim satis firmo nituntur fundamento, nisi imaginaria quadam testatoris voluntate, quam nõ videmus; repugnantibus iuris regulis, quæ conditionalis fideicommissi transmissionem impediunt. l. Vn. §. Sin autem, C. de cadu. toll. D. Mantica, latè lib. 11. tit. 20. Repugnante tex expresso in l. Hæredes mei. §. Cum ita. ad Trebell.

Contrariam igitur sententiam amplector quam amplexi fuere Curtius iunior cons. 69. Ruin. cons. 181. lib. 2. Parisius cons. 63. lib. 3. Natta cons. 551. nu. 15. Ripa in d. §. Cum ita, nu. 64. Torniellus, nu. 67. Socin. iun. nu 37. & 47. & istos citat & sequitur Peregrinus de fideicommiss. art. 31. nu. 16. Adde D. Manticam de coniect. lib. 11. tit. 20. sub nu. 28. quibus me lubens socium adiungo. Fundamentum enim habet in regula iuris generali; quod fideicommissum conditionale non transfertur, & in speciali decisione d. §. Cum ita.

CAPVT XXI.

C

De fideicommisso conditionali vnito cum iure accrescendi, an transmittatur.

NEc permittam firmiores agere radices eorum sententiã, qui dixerunt fideicommissum conditionale transmitti ante conditionis euentum, si fuerit vnitum cum iure accrescendi. Ita D. Cesalus cons. 16. nu. 45. & 283. num. 26. Crauettà cons. 567. nu. 3. Hondedeus latè cons. 70.

Quibus sese opposuere D. Mantica de coniect. lib. 11. tit. 20. nu. 13. Menoch. cons. 200. nu. 116. Peregrin. de fideicommis. artic. 31. num. 16. in fine, qui multos alios citant; quos ego sequor, secutus Iureconsultum in l. Hæredes mei. §. Cum ita: ad Trebell. & communem regulam, quod fideicommissa conditionalia non transmittuntur, l. Vn. §. Sin autem. C. de cad. tollen. Quibus nihil obstat, l. Qui patri de acq. hęred. vbi contraria sententia fundamentum habet; quia loquitur in speciali casu, & de pupillari substitutione, & diuersam habet rationem, quę in fideicommisso non militat: Vis videre: Neratius. *Qui Patri hęres extitit, si idem filio impuberi substitutus est; nõ potest hęreditatem eius pręteroittere: quod sic recipiendum est; etiamsi viuo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit. Nam is qui hęres extiterit, pupillo quoque hęres necessariò erit. Nam si ipsum inuitum obligat, coniungi eum paternę hereditati, & accrescendi iure acquiri cuicumque patri hęredi existimandum est.* Illa ratio. *Nam is qui hæres extiterit, &c.* rursus illa. *Nam si ipsum inuitum obligat, &c.* non habent locum in fideicommisso. Quid igitur commune habet fideicommissaria substitutio cum pupillari, longè diuersa & diuersam rationem habente? D

CAPVT

CAPVT XXII.

Vtrum pupillaris tacita contineatur in vulgari expressa, matre viuente, licet non habeat effectum contra matrem.



Variæ sunt doctorum sententiæ hac de re. Prima est contineri, Bart. in l. Centurio in 4. oppo. de vulg. & est comm. vt testatur ibi Socin. Iun. nume. 123. Menoch. de Præsump. lib. 4. Præsump. 40. Mantica de coniect. lib. 5. tit. 13. nu. 18.

Fundamentum est in l. vlt. C. de instit. & subst. vbi dicitur tacitam pupillarem locum habere, si mater moriatur ante pupillum, ergo ab initio continetur in expressa, quia si non cõtineretur, non posset effectum habere mortua matre ante pupillum; propter iuris regulam, quæ ab initio inutilis est institutio, tractu temporis non conualescit l. quæ ab initio de reg. iu.

Et quia pupillaris tacita, venit ex voluntate testatoris tacita l. Iam hoc iure. eod. tit. Non potest autem testatoris voluntas considerari, nisi secũdum tempus testamenti l. Si ita de auro & arg. leg. Nam vt dicebat Aretin. in d. l. Centurio col. 5. voluntas testatoris morte eius expirat l. 4. ff. locati.

Huic argumento responsin colligitur ex mente Decij in l. Precibus nume. 11. C de impub. & Socin. Iun. in d. l. Centurio nu. 127. locum habere in institutione facta ab homine, nine si non valet initio, nec tractu temporis con ualescit; secus in institutione inducta a lege, quia illa potest inducere ex post facto; non enim ad certum tempus restricta est, vt homo. Itaq; in propotito nostro lex inducit tacitam substitutionem post mortem matris.

Sic videmus testamentum in quo filius est præteritus, non valere ab initio, & tamen tractu temporis conualescere l. 2. §. Expectandi. de bonor. possess. contra tab. Sic in l. Titius §. Lucius de lib. & posthum. institutio facta de nepote nasciturо tempore testamenti, non valet, cum iam natus esset, & tamen lex voluit eam valere ex præsumpta mente testatoris.

Confirmatur ista responsio, quia regula legis, Quæ ab initio. locum habet, quando ab initio non valet institutio ex defectu substantialium; secus si non valeat ex defectu accidentalium; tunc enim tractu temporis potest conualescere l. qui soluendo. de hæred. instit. Dec. in d. l. quæ ab initio.

Sed in quæstione nostra hæc substitutio non continetur ab initio ex accidenti, quia mater viuit; ergo matre mortua potest conualescere.

Contrariam sententiam habuerũt doctores vltramontani vt refert Bart. in d. l. Centurio Ruinus ibi numero 8. Ripa nume. 34.

Fundamentum est, quia actus defunctorum, non possunt stare in suspenso l. vlt. ff. comm. præd. sed si hæc tacita pupillaris contineretur in expressa, actus defuncti maneret in suspenso, Penderet enim ex vita vel morte matris.

Responderi potest, illud non esse absurdum l. si nemo de testa. tut. quia non vltima voluntas, sed illius effectus manet in suspenso Menoch. vbi suprà nu. 6.

Secundò pro hac sentẽtia adfertur l. 2. ff. de vulg. vers. sed etsi extraneũ, vbi substitutio pupillaris facta de persona extranea non valet in principio, & tamen conualidatur, si postea extraneum testator adoptauerit in locum filij.

Respon. Socin. Iun. in d. l. Centurio nu. 127. eo in casu impedimentũ cessare viuente testatore, secus in quæstione nostra, quia mater moritur post testatorem.

Tertiò pro hac sententia adfertur regula, taciti & expressi eadem est virtus l. Cum res de leg. 1. l. cum quid. si cert. pet. Ergo si tacita ista pupillaris contineretur matre viuente, illa matrem excluderet, sicut expressa excludit.

A Respondet Bart. in d. l. Centurio, non semper taciti & expressi eandem esse virtutem l. 2. de lib. & posthumis: quæ solutio non placuit Saliceto in d. l. Precib. colum. 3. quia non est recedendum à regula, licet in aliquo casu reperiatur limitata.

Respondet Iason in d. l. Centurio numero 22. pupillarem excludere matrem, ex quadam legis dispensatione, quæ cum sit odiosa, c. 1. de fil. presbyt. non extenditur ad tacitam, & sic taciti & expressi non esse parem virtutem in odiosis.

At Socin. Iun. d. l. Centurio numero 126. negat esse dispensationem; & dicit etiam in dispẽsationibus fieri extensionem: Nam in testamento militis nõ est locus querelæ de inofficioso l. De inofficioso C. de mil. testamen. l. si instituta §. De inofficioso ff. de inoff. testamen. & tamẽ hoc extenditur ad tacitam exhæredationem l. Sicut certi C. de milit. testam. Ideo aliter ipse Socin. Iun. respondet. Taciti & expressi non eandem esse virtutem, quan-

B do tacitum venit ex natura expressi. Tacita autem pupillaris non venit ex natura substitutionis, sed ex interpretatione legis d. l. Iam hoc iure. de vulg.

Sed tamen solutio Bartoli videtur bona, quia dum adduxit l. 2. de lib. & posthum. voluit inferre in materiam priuationis hæreditatis, tacitum non æquiualere expresso. Hic autem agitur de priuatione matris, quia excluditur ab hæreditate filij; ergo non bene infertur de expresso ad tacitum; quia legis interpretatio cessat, vbi priuatio inducitur. Menoch. de Præsumptiõe Præsumpt. 40. numero 10.

Nec obstat quod inquit Ripa in d. l. Centurio num. 34. in exhæredatione non esse parem virtutem taciti & expressi, propter formam à lege traditam, vt expressa fiat exhæredatio. Nam generaliter verum hoc videtur, non induci priuationem, nisi in casu expresso. §. Cum igitur in Authent. de non elig. secun. nub. Menochius de arbitr. casu 276.

C Tertia est opinio, pupillarem hanc tacitam manere in suspenso. Nam si mater moriatur, effectum habet, si non præmoriatur, secus. Ita Bald. in d. l. Precibus in 10. opp. & ibidem Salic. Soci. Sen. in d. l. Centurio nu. 21.

Fundamentum est, quia non est nouum iure nostro, vt aliquid in suspenso maneat l. 1. §. si pendeat ff. ad Maced. l. si impuberem ff. de falsis §. 1. & alibi. Expediri autem dicere, quod maneat in suspenso; quia si diceremus contineri ab initio, tunc frustrà contineretur, si mater superuiueret: lex autem non permittit actum frustratoriũ l. Dominus testam. de cond. indeb. l. 1. §. Dixerit aliquis. de publicanis. l. Hec stipulatio §. Diuus vt lega. nom. cau. Sic & ius accrescendi est quædam legalis substitutio l. si Titio & Mæuio §. 1. de leg. 1. quæ cessat, dato substituto vulgari l. pen. de iniusto rup. Cessante autem substituto, vulgaris locum habet. Respon. Socin. Iun. in d. l. Centurio nu. 129. vltimas voluntates non posse stare in suspenso: & non dici superfluum, quod aliquo in casu effectum

D operatur: Iason in l. Nemo col. 3. vers. sustinendo commune. C. qui testa. fa. poss.

Vltima est opinio, hanc pupillarem ab initio contineri quantum ad substãtiam; quantum verò ad effectum inesse sub conditione, si mater præmoriatur, vel non velit, aut non possit hæres esse Ita Aretin. in d. l. Centurio col. 5. Socinus Iun. numero 129. Bolognet. num. 88. Menoch. locis suprà citato.

Quæ sententia est eadem cum sententia Bartoli quam primo loco retuli; & est communis vt ibi dixi, & mihi verissima videtur. Moneor ex d. l. vlt. C. de inst. & subst. vbi frustrà quæreretur an mater substitutum excluderet, vel contrà substitutus, matrem, nisi à principio inesset: Quia igitur à principio inest, videbatur dicẽdum, matrem excludi; & hæc ratio fuit dubitandi.

Contrarium deciditur, quia licet insit, non tamen effectum habet contra matrem: vt ibi. Et hanc puto esse veritatem, quæ nimiam subtilitatem vincere debet.

CAPVT

CAPVT XXIII.

Vtrum compendiosa substitutio verbis communibus facta filio impuberi, sine temporum distributione, sit omni tempore fideicommissaria.

HViusmodi substitutionem filio mortuo in pupillari ætate, valere in vim pupillaris, postea in fideicommissariam transferri, communis est sententia Bart. in l. Centurio nume. 26. de vulg. Ripa ibi num. 114. Socinus Iun. nu. 257. nouissimè Peregrinus de fideicomm. art. 34. nume. 24.

Argumenta sunt ista. Primum Bartoli: quicquid determinatur secundum cursum temporis, variato tempore variatur l. Precia rerum §. Nonnullam ad l. Falc. l. Titia Seio §. Vsuras de leg. 2. l. pen. C. de vsufr. l. Pomponius in negocijs de nego. gestis. Sed hæc substitutio determinatur secundum cursum temporis, vt patet: ergo variari debet secundum diuersitatem temporis. Respon. Ripa vbi B suprà, negando substitutionem hanc recipere determinationem ex cursu temporis, imò videtur eam recipere ex voluntate testantis l. In conditionib. de cond. & dem.

Secundum argum. est eiusdem Bart. ex l. Pater *Seuerinam* §. Conditionum de cond. & dem. vbi datio tutoris in testamento valet intra tempus pupillaris ætatis: postea verò tutores dati intelliguntur esse curatores. Respond. Ripa vbi suprà, ibi non potuisse sustineri voluntatem testatoris, nisi fieret variatio; sed hic sustineri potest semper, in vim fideicommissariæ.

Tertiò solet adserri l. Centurio de vulg. vbi variatur substitutio: sed respon. Ripa vbi suprà, loqui de priuilegio militari: Ex quo infertur in contrarium esse ius commune l. Ius singulare de legib.

Quartò adducitur l. Precib. C. de Impub. Respon. potest loqui in milite, nec constare, factam fuisse ibi substitutionem verbis communibus.

Quintò adducitur cap. Si pater de testa. in 6. Respon. C Bart. consi. 54. nu. 5. testatorem ibi vsum fuisse verbis directis, quoniam illa verba *Moriatur ei* sunt directa, quasi dicat, moriatur ad vtilitatem eius.

Sed replicat Alexan. in d. l. Centurio etiam ad vtilitatem substituti per fideicommissum videri mortuum hæredem grauatum. Verum tex. in d. c. si pater, aliter etiam induci solet pro hac sententia, quatenus, videlicet dicit, in dubio substitutionem intelligendam esse, vt sit directa, non autem obliqua: ergo intra tempus pubertatis directa esse intelligitur. Respon. Corneus in d. l. Precibus. illam regulam restringi debere ad casum de quo agitur in d. cap. si pater vt colligitur ex illis verbis d. cap. si pater, *sicut* &c. Sed Iason in d. l. Centurio & post eum Socin. Iun. num. 262. respondent regulam esse generalem, & illud esse exemplum directæ substitutionis, quod non restringit regulam §. Hactenus insti. de gradib. Aliter resp. Ripa ad c. si pater, loqui de directa substitutione, vt patet ex limitatione ipsius regulæ ibi. *quanquam interdum directa trahatur ad obliquam*. Replicat Socin. Iun. illum D versiculum loqui de substitutione directa, non autem de substitutione facta per verba directa. Quod nihil est dicere, quia nulla est ratio diuersitatis inter directam substitutionem, & eam quæ fit per verba directa. Respon. igitur potest tex. in d. c. si pater, loqui de substitutione facta, si filius decesserit sine liberis, per verba dubia; nam si essent directa sua natura, nulla fuisset opus interpretatione, l. Ille aut ille §. Cum in verbis de legat. 3. At S. Pontifex ibi dicit interpretari debere vt sint directa, ergo non erant directa sua natura.

Sextò pro comm. adfertur: Verba debent intelligi secundum conditionē personæ l. Plenū §. Equitis de vsu & hab. Sed ista substitutio refertur ad pupillū; ergo debet intelligi pupillaris, intra tempus pubertatis. Resp. potest etiā in persona pupilli rectè consistere fideicommissariā; & ideo non esse necessarium, ut pupillaris intelligatur.

A Septimò adfertur. Fideicommissum est onus. l. Cohæredi. §. Cum filiæ de vulg. Pupillaris aūt substitutio continet fauorē pupilli. l. Si pupillus de acq. hęred. ergo præsumitur facta ponus pupillaris, quàm fideicommissaria, ne filius grauetur à patre, qui præsumitur bonū capere consiliū pro filio. l. Nec in ea. de adult. Resp. potest nulla lege probari, q. pupillaris substitutio contineat fauorem filij; solùm probatur in d. l. Si pupillus. vtile esse pupillo vt successorem habeat: potest autem illum habere aliter, quàm per substitutionem pupillarem, vt patet.

Vltimò adducitur. Verba sunt intelligēda in potētiori significatu. l. 1. §. 1. ff. si aget vectig. ergo vt sint directa. Respōderi potest, cum verba sint communia, æquè propriè adaptari ad obliquam, sicut ad directam.

Contrariam sententiam, videlicet in proposita specie substitutionem omni tempore fideicommissariam esse, amplexi sunt doctores antiqui quos refert Bart. in d. l. Centurio & fuit olim communis, teste Ripa, nu. 117. quā & consulendo Bartolus aliquando secutus est.

Primum arg. Valet argumentum de personis ad tempus. l. Qui plures de vulg. Sed substitutio respiciens plures personas, est vniformis, respectu omnium, l. Iam hoc iure supra eod. ergo & respiciens plura tempora, est vniformis, respectu omnium temporum. Rñdetur ex mente Ripę & Soc. iun. illud argm̄ non valere, vbi est diuersa ratio. Est autem hic diuersa ratio. Nam in personis ideò est vniformis, quia aliàs resultaret inæqualitas, vt in d. l. Iam hoc iure: illa autem inæqualitas nō oritur, licet substitutio non sit vniformis respectu temporum.

Secundum arg. Non debet fieri diuisio voluntatis, l. Eum qui. §. vlt. ff. de his quib. vt indig. sed hic fieret diuisio voluntatis, si substitutio vno tēpore esset directa, alio tempore fideicommissaria: ergo omni tempore est fideicommissaria. Resp. hanc non esse diuisionem voluntatis testatoris, quia cùm substitutio respiciat plura tempora, censetur facta diuerso modo, s̄m tpum diuersitatē. Alia rō est in d. §. si qa ibi si hęres haberet partē legati, & partem fisco restitueret, fieret diuisio voluntatis testatoris.

Tertium arg. Vna & eadem res non debet diuerso iure censeri. l. Eum qui ædes. de vsucap. Resp. illam regulā procedere in dispositione, quę respicit vnum tempus, secus si diuersa tēpora respiciat. l. Centurio de vulg. d. l. Precib. C. de impub. Socin. iun. in d. l. Centurio, nu. 263.

Mihi placet prima sententia, quæ communis est. Et moueor d. cap. Si pater.

Non obstat resp. Ripæ, quia ibi sunt duæ regulæ: Vna, qd substō debet interpretari vt sit directa: Altera, qd directa substitutio interdū trahit ad obliquā. Hęc non est exceptio prioris regulæ: qa prior regula loquit in dubio, qñ s. substō non est directa, sed dubia, tunc interpretari dēt, vt sit potius directa, q̄ obliqua. Altera verò regula loquit de substōne directa prorsus, qd interdū trahatur ad obliquā: Deinde moueor rōne qua vtit Bald. in d. l. Precib. nu. 41. & post eū Peregrin. fideicomm. art. 34. nu. 28. Cōpendiosa continet vulgarē, vt per Bart. in d. l. Cēturio, nu. 32. sed in vulgari continet tacita pupillaris d. l. Iā hoc iure. de vulg. ergo in cōpēdiosa cōtinet tacita pupillaris.

CAPVT XXIIII.

Dos promissa, an sit propriè dos?



Ractant hac quęstionem doctores in rub. sol. matr. vbi Alex. nu. 26. Ripa, n. 58. Soc iun. nu. 18. in 3. par. Io. Bolog. nu. 144. Ruin. num. 158. Paris. nu. 193. Soci. sen. in l. De diuisione eodē tit. In qua ego existimo eorum sententiam esse probabiliorem, qui affirmant, dotē propriè dici quę promissa est.

Primùm, quia dos legibus nostris appellatur. l. Ad exactionē. C. de do. promiss. l. vlt. C. sol. matr. l. Ex morte. C. de pact. conuen. l. Si mulier. §. Si dos. ff. quod met. cau. l. Vnica, §. Accedit. C. de rei vxo. act. § Dotes in Authent. de nupt. Non videtur autem verisimile, totiès sic appellari, & semper impropriè.

Secundò, quia hanc sniam apertè probat text. in l. Cũ post. § 1. ff. de admi. tuto. Paulus. *Sed is de quo tractamus, si non donandi animo, sed negocij gerendi causa dotem promiserit, habet mulierem obligatam, & poterit dici, etiã manente matrimonio eam teneri, quia habet dotem.*

Tertiò accedit tex. in l. 1. §. 1. ff. de colla. dotis ibi. *Etsi tantùm promissa sit dos, collatio eius fiet.*

Contraria argumenta sic diluuntur. Primum est, ex l. Titio centum. §. Titio genero. de condit. & demonst. ibi. *Hoc enim & mulieris interest, vt incipiat esse dotata.*

Respondeo, textum loqui de muliere dotata cum effectu, & reipsa; quis. n. dubitet eam dotatam dici, quæ doté accepit? Nõ licet tñ inferre eã, cui dos promissa, & , nondum soluta est, dotatam non dici: quia contrarium patet ex legibus allegatis: Itaque & cum dos soluta est, & cum promissa est, mulier dotem habere dicitur.

Secundũ arg. Dos non soluta nõ inseruit onerib. mrimonij, ergo nõ est dos arg. l. Si pr mulieris. ff. de iure dot.

Resp. licet actu nõ inseruiat, apta tñ est inseruire cum fuerit soluta. Adde qđ dotis ꝓmissæ & nõ solutæ, vsuræ debẽt l. vlt. §. Præterea. C. de iu. do. c. Salubriter. de vsur.

Non obstat d. l. Si pater, quia donatio causa mortis de qua ibi, confertur in tempus, quo matrimonium iam solutum est; ideo non valet. Esset enim absurdũ vt ait I. C. dotem tũc incipere, cum matrimonium est solutum: sed promissio dotis fit constante matrimonio, igitur illa lex non obstat.

Tertium arg. sumitur ex verbi etymologia, quasi dicta sit à dando, & consequentur datio requiratur, non autem promissio sufficiat. Resp. deriuari à verbo græco, vt declarat Varro, lib. 4. de lingua Latina; & satis esse quod in vsu sit apud iuris auth. in hac significatione: qm̃ propria significatio sumitur etiam ab authoritate, vt declarat Batt. in l. omnes populi, nu. 59 de iust. & iure.

Quartum arg. est Soc. iun. Dotis fructus pertinent ad maritum pro oneribus matrimonij; si permittat vxorem eos percipere, repetitionem habet, quatenus mulier locupletior facta est. l. Pro oneribus. C. de iure do. Sed cũ dos promissa tantum est, valet absolutè conuentio, vt mulier fructus habeat. l. Iulianus. ff. de iure do. Ergo dos promissa non est vera dos. Resp. in d. l. Iulianus non dici, fructus promissæ dotis donari posse à marito vxori suæ, sed doté ita cõstitui posse à principio, vt non exigatur viua vxore. Hæc sunt verba textus. *Iulianus scribit valere talem stipulationem; Cum morieris dotis nomine tot dari: quia & pacisci solet, ne ea viua exigatur: quod non esse simile accepi: aliud est enim differre exactionem; aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit.*

Vltimum arg. sumi potest ex l. 1. C. de dote cauta non num. vbi dotem non scriptura dotalis, sed numeratio facit. Resp. tex. loqui quantum ad effectum repetitionis dotis Si enim mulier dotem non soluit, licet maritus fuerit cõfessus se eam accepisse, obstat exceptio dotis cautæ nõ numeratæ: id patet ex verbis sequentibus tex. *Et ideo non ignorares, ita demum te ad dotis petitionem admitti posse, si dotem a te datam probaueris.*

CAPVT XXV.

Statutum excludens filiam dotatam à successione patris, stantibus masculis, an locum habeat, si filia in testamento patris dos relicta fuerit.



Cribit Bart. in l. Titio centum. §. Titio genero, nu. 5. de cond. & dem. filiam cui testamento dos relicta est à patre, dotatam videri, ac proinde excludendam fore ab hæreditate stantib. masculis; statuto dictante filiam dotatam excludi ab hæreditate patris, stantibus masculis: quam sentẽtiam communem esse testatur Ripa in rubr. soluto matrim. nu. 61. & Socin. iun. in 1. parte, num. 30.

A Fundamentum verò est in l. Non est matrimonium de ritu nup. in l. qui pupillam ad l. Iul. de adult. quibus legibus æquiparantur ista, quòd filia nupta sit vel desponsata à patre, vel nuptui destinata. Cùm enim pater dotem ei reliquit, videtur eam dotasse, siue vt Bart. loquitur dotandi actum exercuisse, quantum in ipso fuit; Ideò perinde est, ac si dotauerit, argumen. l. Mulier. §. vltim. de cond. inst. l. Stichus si hæredi. de statulib.

Sed contrarium docuerunt Imola in d. §. Titio Fulg. in l. Non sine. C. de bo. quæ lib. Alex. cons. 13. lib. 3. alios citat Ruin. in rub. sol. matr. nu. 4.

Fundamentum est, quia dos est contractus, qui re perficitur, ideo si non incipiat à traditione, sed à promissione, non est dos, sed dotis promissio, vt docet Bart. in l. Iurisgentium ff. de pact. His adstipulatur tex. in d. §. Titio genero. ibi. *Hoc enim & mulieris interest, vt incipiat esse dotata.* Ergo ante solutionem dotis, non videtur esse dotata.

B Tertiò, aut legatum dotis est purum, aut conditionale. Si conditionale est, non videtur satisfactum esse statuto, requirenti mulierem esse dotatam; sicut institutio conditionalis non est propriè institutio l. suus quoque de hæred. instit. & conditionalis donatio, propriè donatio non est l. 1. ff. de dona. Si verò purum esse intelligatur huiusmodi legatum, multò minus verificantur verba statuti; quia licet filia non nupserit, legatum tamen debetur: Consequenter etiam debetur eo casu, quo filia non est dotata: Nam sine matrimonio dos nõ est l. 3. de iure dot.

Quartò requirit statutum, vt filia sit dotata tempore successionis: sed ex dote debita sub conditione, mulier non dicitur esse dotata l. 1. §. si sub conditio ff. de collat. do. Ergo verba statuti non conueniunt.

Quintò, hoc statutum iuri communi aduersatur; ergo strictè est intelligendum, & accipiendum de filia nupta, quæ verè & realiter dotem acceperit, quia pater tenetur filiam nubere & dotare. l. qui liberos. ff. de ritu nup. er-
C go ei dotem relinquendo in testamento suæ, non satisfacit obligationi.

Sed magis est, vt communiori adhæream sententiæ: Nam qui actionem habet, ipsam rem habere videtur. l. qui actionem de reg. iur. Sed filia cui pater dotem legauit, actionem habet ad eam consequendam: Est igitur perinde ac si dotem haberet. Confirmo ex l. Cum post § 1. de admi. tuto. ibi *quia dotem habet.* Accedit ratio statuti filiam excludentis, nimirum, vt filij masculi succedant, & bona in familia conseruentur: quæ ratio locum habet etiam in casu isto, quo dos à patre relicta est in testamento.

Ad argumenta in contrarium sic respondeo. Ad primum, concedo perfici cõtractum dotis ex rei traditione; sed hic est idem ac si dos esset tradita; quia mulier actionem habet l. qui actionem de reg. iu.

Ad §. Titio respondeo vt suprà in præcedenti cap. filiam dotatam esse, cum dos est numerata, vt ibi: Sed &
D dotata intelligitur, cum actionem habet ad dotem d. l. Cum post §. 1. de admit. tutor.

Et notandum est in casu d. §. Titio genero. dotem filiæ relictam non fuisse, sed genero; ideò filia non habuit actionem, sed gener, vt ibi dicitur: quæ causa esse potest, cur mulier tunc incipiat esse dotata cum dotem habuit, vt ibi dicitur. At in quæstione nostra filia habet actionem, ergo videtur dotem habere, & sic dotata esse intelligitur.

Ad tertium respond. legatum esse conditionale, si filia nupserit: Nihilominus satisfactum videtur statuto; quia cum de filia dotata loquatur, præsupponit matrimonium præsens, vel futurum, sine quo dos esse non potest l. 3. ff. de iu. do. Consequenter conditio illa tacitè inest, & ex natura rei.

Ad quartum respond. statutum intelligi posse de filia dotata tẽpore successionis, re vel spe, quia & illa dicitur doté habere, cui relicta est vel promissa d. l. Cũ post. §. 1.

Licet

Licet ad effectum collationis faciendæ, si dos sub conditione promissa sit, non videatur esse dotata, nisi cum euenerit conditio, vt in l. 1. §. si sub conditione de coll. do. Nemo enim conferre cogitur, quod non habet. A

Ad quintum respondeo nullam esse differentiæ rationem siue filia nupta sit, & dotem acceperit, siue nuptura & dotem acceptura sit. Patrem verò suæ obligationi satisfecisse, legando ei dotem, cum viuens non potuit eam nubere.

CAPVT XXVI.

Statutum loquens de dote data, an locum habeat in dote promissa?



Mihi quoque videtur statutum de dote data locum habere non posse in dote promissa, sicut Bart. docet in l. Iubemus §. sanè nume. 7. C. de Sacrosanct. Eccl. cuius sententia communiter est recepta, vt per Rolan. de lucro dotis q. 6. & Ofasc. decis. Pedem. 21. Nō quia id probetur in §. pen. in Auth. de non elig. secun. nub. quoniam ibi vnus coniugum dedit, alter non dedit; quæ causa est, vt locum non habeat pactum de lucrando, respectu eius qui non dedit. Non etiam per tex. in d. §. sanè, quia Bart. ibi declarat optimè, nihil facere pro hac sententia: sed quia aliud est dare, aliud promittere, vt patet ad sensum; licet quantum ad aliquos iuris effectus, non ignorem aliquando paria esse dare vel promittere l. vlt. C. ad l. Falc. & quantū ad actionem l. qui actionem de reg. iu. B

Sed argumenta Socini Iun diluenda sunt, in rub. sol. matr. nume. 52.

Primum est, quia ratio statuti militat etiam in dote promissa. Respondeo id negari posse, sed dato quod militaret eadem ratio, non debet fieri extensio: Iste enim non est casus omissus, sed exclusus à statuto. Cum enim requirit dotem esse datam, rectè colligi potest, promissionem non sufficere. Sic videmus orationem Diui Seueri, quæ traditionem requirebat, locum non habere in promissione l. Papinianus, vbi Glos. in ver. donationem ff. de donatio. inter vi. & vxo. licet eadem ratio militare videatur in donatione re non tradita, quæ in donatione re tradita. Vtroque enim casu adest voluntas donatoris perseuerantis vsque ad mortem, iuxta l. Cùm hic status ff. eodem tit. C

Secundum argumen. est ex communi vsu loquendi, secundum quem verba sunt exaudiēda l. librorum §. quod tamen Cassius de leg. 3. Hic autem videtur esse communis vsus loquendi, vt mulier dicatur dotem habere cum ei promissa est. Respondeo hunc communem vsum loquendi probandum esse, quia de eo minimè constat; & debet adesse tempore statuti conditi, vt inde colligi possit statuentes ad illum respexisse.

Tertium argum. sumitur ex doctrina Saliceti in l. si constante C. de dona. ante nup. vbi docet, statutum disponens, vt soluto matrimonio morte vxoris vir restituat tertiam partem dotis, locum sibi vendicare in dote promissa, licet verbum *restituat* videatur requirere dotem datam ac numeratam esse. Respondeo argumen. ex authoritate doctoris non esse necessarium, sed probabile, & nullas vires habere contra communem opinionem; sed & Salicetum reprobat Ruin. cons. 197. lib. 1. D

Quartum argum. Non debet esse melioris conditionis mulier quæ dotem promisit, & non dedit, quàm illa quæ dedit. Sed esset melioris conditionis, si statutum deferens lucrum dotis datę, non haberet locū in dote promissa: ergo &c. Respondeo id esse imputandum viro, qui pacto sibi non prospexit circa lucrum dotis promissæ, vel quia dotem sibi solui ac numerari à principio non curauit, vel quia promissam non exegit.

CAPVT XXVII.

Vtrum soluto matrimonio dos propriè dicatur, antequam sit ab vxore recuperata?



Communis est doctorum sententia in rub. sol. matr. dotem propriè dici solum matrimonio priusquam sit ab vxore recuperata: Castren. ibi in prin. Alex. num. 24. Socin. sen. nume. 10. Areti. in prin. Iason nu. 9. Corasi. nu. 12. Socin. Iun. nu. 55. Ab hac sententia recesserunt Ripa ibi nu. 70. Alciat. nu. 46. Ruin. nu. 257.

Communis sententiæ argumenta hæc sunt. Primum ex d. rub. sol. matr. quemad. dos petatur. Apparet enim dotem appellari etiam soluto matrimonio. Respōdent contrariæ sentētiæ authores, rubricam se referre ad id quod fuit. Nam dos fuit constante matrimonio, quæ eo soluto, largè ac impropriè dos dicitur.

Secundum est ex l. etiam ff. de fundo dota. vbi etiam dirempto matrimonio fundus dotalis intelligitur. Respōdetur hoc intelligendum esse fictè & impropriè vt denotat verbum *intelligitur*.

Tertium sumitur ex l. si marito § 1. sol. matr. vbi dicitur pecuniam in dote esse soluto matrimonio, & idem probatur in l. si pater ignorans eod. tit. Respon. non aliud probari his textibus, quàm actionem de dote competere soluto matrimonio; ex quo inferendum non est, dotem esse soluto matrimonio. Nam & post aditam hæreditatem competere dicitur hæreditatis petitio, quæ impropriè dicitur hæreditas, vt not. doct. in l. 1. §. Veteres de acquit. possess.

Quartum argum. est ex legibus, quibus dos appellatur matrimonio soluta l. si cum dotem §. 1. & 2. l. filiæ l. filiasa. sol. matr. l. Titio centum §. Titio genero de cond. & dem. l. Vn. §. Tractat. C. de rei vxo. actio. §. Fuerat inst. de actio. Respon. impropriè dotem appellari; habita scilicet relatione ad tempus, quo matrimonium erat, & consequenter dos verè dicebatur.

Quintum est ex l. si constante §. 1. soluto matrimonio ibi *vt ex die adita patris hæreditatis incipiat ei dotis exactio*. Respon. vt suprà, non esse bonam consequentiam, dos soluto matrimonio exigitur, & tunc competit actio, igitur est dos propriè: quia petitio hæreditatis datur post aditam hæreditatem, quæ tamen hæreditas adita, non est propriè hæreditas, vt suprà dixi.

Contrariæ sententiæ argumēta sunt ista. Primum dos non potest esse sine matrimonio l. 3. de iure do. l. vlt. C. de dona ante nup. ergo solu. matr. non dicitur dos. Respon. dotem esse non posse sine matrimonio, scilicet præsenti, vel præterito ita Bart. in l. si marito. §. 1. ff. sol. matr.

Secundum sumitur ex l. 1. §. pen. ff. de vsucap. pro dote. Vlpianus. *Cæterum si cesset matrimonium, Cassius ait cessare vsucapionem; quia dos nulla sit*. Respond. illa verba *si cesset matrimonium* sic intelligenda, id est si nullum fuerit matrimonium contractum. Nam & cessare dicitur, quod non incipit l. 3. C. de iuris & fam. igno. l. si is à quo ff. vt in possess. leg. l. si seruus communis meus. de stip. ser. l. si procurator §. Mandati actio. ff. mand. l. ergo §. Planè de fideicomm. liber. l. qui res §. Aream ff. de solutionibus.

Tertium arg. Soluto matrimonio morte mariti, dominium rei dotalis transit in vxorem l. In reb. C. de iu. dot. Ergo dos esse non potest, quia cum reliquo vxoris patrimonio vnita est, arg. eorum quæ not. in l. 1. §. Veteres. de acquit. poss. vbi hæreditas adita, non dicitur hæreditas. Respon. imò tunc verè dotem esse, cum & actio competat de dote, & priuilegia dotibus concessa tunc maximè locum habeant; nam dos non est ita incorporata cum patrimonio reliquo, sicut hæreditas adita, sed dotis actione repetenda est: quare absurdum videtur dicere, eam peti actione de dote, & non esse dotem.

Quid dicendum? Videbatur prima facie verior sententia contra communem. Primo quia vbi res caret effectu, debet etiam carere nomine cap. Admonere 33. quæst. 2. Sed soluto matrimonio dos caret effectu, quia matrimonij oneribus non inseruit: ergo debet etiam carere nomine.

Secundò quia fructus dotis spectãt ad maritum l. Pro oneribus C. de iu. do. Soluto autem matrimonio ad vxorem spectant l. si marito §. vlt. sol. matr. ergo soluto matrimonio non est dos propriè.

Tertiò, quia non videtur congruè responsum ad d. l. 3. de iu. do. vbi generaliter dicitur. *Neque enim dos sine matrimonio esse potest. Vbicunque igitur nomen matrimonij non est, nec dos est*. Hac generali regula videtur contineri etiam casus noster quando matrimonium est solutum; quia tunc matrimonium non est, ergo nec dos est.

Quartò quia non videbatur sufficienter responsum ad l. 1. §. penul. ff. pro dote. Illa enim verba, *si cesset matrimonium*, videbantur accipienda de matrimonio contracto, sed dissoluto; quoniam supra I. C. locutus fuerat de matrimonio constãte. Confirmatur hæc interpretatio, quia si nullum sit contractum matrimonium, absurdum est dubitare, an vsucapio pro dote locũ habeat. Adde quòd paulò supra dixerat tex. ante nuptias contractas non habere locum vsucapionem pro dote; vt non sit verosimile ferè idem repeti illis verbis, *Caterum si cesset matrimonium*.

Sed istis nil morantibus amplector communem sententiam, eo potissimum argumento, quod soluto matrimonio tunc de dote actio incipit, tunc priuilegia dotis procedunt. Implicat ergo contradictionem, quod non sit dos.

Ad primum argumentum respondeo dotem non carere effectu matrimonio soluto, quia mulier potest iterum nubere. Præterea iam deseruiuit oneribus matrimonij. Contraria locum habent vbi res semper caruit, & caret effectu.

Ad secundum respondeo, licet fructus dotis soluto matrimonio spectent ad mulierem, non tamẽ infertur non esse dotem; dos enim est, sed aliter de ea leges disponunt constante, aliter soluto matrimonio.

Ad tertium respondo, egeneralem illam regulam vbi non est matrimonium, ibi non est dos, intelligendam esse vt notat Bart. in d. l. si marito §. 1. soluto matrimonio vbi non est, nec vnquam fuit matrimonium, vt sic leges legibus concordentur.

Ad quartum, concedo non rectè fuisse responsum ad d. l. 1. §. pen. ff. pro dote. Verus enim sensus est *si cesset matrimonium*, id est, si matrimonium contractum quidem fuerit, sed non valeat. Nam tex. subdit. *Idem scribit etsi maritus putauit esse matrimonium, cum non esset*, quasi dicat, non esse vsucapionem pro dote, cum matrimonium cessat, id est, non valet, marito hoc sciente; & idem esse quando non valet, marito existimante illud valere. Et quod ista verba, si cesset matrimonium, significent matrimonium inualidum, adfero textum in l. si concubina ff. de act. rer. amotar. illis verbis. *Et consequenter dicemus vbicunque cessat matrimonium, vt puta in ea, quæ tutori suo nupsit, vel contra mandata conuenit, vel sicubi alibi cessat matrimonium, cessare rerum amotarum actionem*. Quibus verbis perspicuum est denotari matrimonium inualidum, contra leges contractum. Sic igitur accipiendus est text. in d. l. §. penul. vt dotis vsucapio non procedat, matrimonio inualido existente: qui, vt mihi sanè videtur, verus & genuinus sensus illorum verborum est.

CAPVT XXVIII.

Dos recuperata, an dotis nomen retineat?

DOtem soluto matrimonio recuperatam suum nomen amittere, communis est doctorũ sententia in rub. sol. matr. Castr. ibi in princ. Ias. nu. 10. Alciat. col. pen. Socin. iun. nu. 62.

Fundamentum est in l. vlt. C. Comm. vtriusq; iud. vbi dos ad patrem reuersa soluto matrimonio, dicitur effecta paternæ substantiæ, sicut hæreditas adita, non dicitur amplius hæreditas, sed proprium hęredis patrimonium. l. Sed etsi plures. §. Filiofa. ff. de vulg. Et dote recuperata, cessat de dote actio; ergo & nomen ipsum dotis, arg. l. Fundus. §. Toties. de fundo dotali.

Sed contrarium docuit in rub. sol. matr. Visitarinus, nu. 26. Io. Campeg. tract. de dote, q. 3. Io. Coras. in l. qui liberos, nu. 44. de ritu nup. Alex. cons. 101. num. 2. lib. 5. Ias. in cons. 204. nu. 3. lib. 2.

Primum argum. est ex l. Si socius pro filia. ff. pro socio, vbi dos appellatur, quæ recuperata fuit.

Secundum ex l. Filiæ dotẽ. C. de colla. sed nihil facit.

Tertium ex l. Si cũ dotẽ. §. 1. ibi: *Dotem exactam* sol. matr. & in l. Si marito. §. 1. eod. & in l. Cum post. propè finem. de adm. tuto.

Quartum ex rub. sol. matr. ex l. 2. eod. tit. ex l. etiam de fundo dotali. Sed nihil faciunt; quia non loquuntur de dote recuperata.

Quintum arg. est, quia vidua dicitur in eodem matrimonio permanere. §. Soluto igitur in Authen. de nupt. l. vlt. C. de bon. matern.

Conciliari possunt opiniones hoc pacto. Dotem propriè non esse, quæ iam recuperata est; quia nec inseruit tunc, nec forsitan in futurum inseruiet oneribus matrimonij, sed dotem appellari, quia fuit iam dos, & esse potest, si mulier iterum nubat. Sic insulam appellamus, quę iam fuit. l. Insula in fine de acq. rer. dom. ibi, *eum agrum qui insula fuerat, insulam appellari*. Sic & reliquiæ præteritę dignitatis considerari solent. l. vlt. ff. de decurion. & memoria prioris dñi. l. Vnius. §. Seruus. ff. de quæstion.

CAPVT XXIX.

Statutum disponens mulierem non posse testari nisi de tertia parte dotis: vel mandans eam de dote testari æqualiter, inter liberos primi & secundi matrimonij, an locum habeat in vidua?

COmmunis est sententia, eiusmodi statutum locum habere, etiã in vidua; Bald. in l. 1. C. Vnde vir & vxor & ibidẽ Decius & Ias. Paul. Castr. in rub. sol. matr. & ibidem Ripa, nu. 72. vbi testatur esse communem sententiam. Socin. sen. ibi, nu. 13. Socin. iun. nu. 74. Alciatus, nu. 53. Coras. in l. Qui liberos, nu. 46. de ritu nup. Sed contrarium post alios quosdam docuit Ruin. in d. rub. nu. 270.

Fundamentum communis sententiæ positum est, primò in communi vsu loquendi: solemus enim dicere, viduas habere dotem: Sed bene respondet Aret. id ex facto pendere, & incertum esse, ac proinde non supponendũ, sed probandum.

Secundò in l. vlt. C. comm. vtriusque ind. & in l. Filiæ dotem. C. de collat. vbi dos dicitur posteaquam recuperata est, & exacta, ad effectum collationis faciendæ, quæ ob æqualitatem inducta est. l. Illud. l. Vt liberis. C. de collat. Ergo similiter dos dici debet ad effectum statuti disponentis, vt æqualiter dos relinquatur filijs primi & secundi matrimonij.

Tertiò in l. Etiam. ff. de fundo dota. vbi, etiam soluto matrimonio fundus dotalis intelligitur.

Quartò, quia vidua dicitur in eodẽ matrimonio perdurare. l. vlt. C. de bonis matern.

Quintò,

Quintò, quia ratio statuti militat in vidua, ne sexus fragilitate inducta, de dote testetur ad filiorum suorum præiudicium. Et vt æqualitas seruetur inter omnes liberos, quæ legibus maximè curę est, & grata. l. Cum pater. § Euictis, de leg. 2. l. penult. C. de colla. Ergo, & in vidua statutum debet locum habere. l. Illud ad l. Aquiliam. A

Vltimò, quia statutum extenditur ad casum, qui sub larga verborum significatione continetur. l. Filium habeo. ff. ad Maced. Continetur autem sub lata dotis significatione etiam dos exacta. l. Si socius pro filia. ff. pro socio.

Fundamentum autem contrariæ sententiæ illud est, potissimum, quia dos non dicitur postquam est à muliere recuperata, sicut nec hæreditas dicitur, quæ iam apprehensa est. l. Sed etsi plures. §. Filio de vulg. ergo non verificatur qualitas à statuto requisita, vt scilicet dos sit, eo tempore, quo mulier testatur, iuxta reg. l. In delictis. §. Si extraneus. ff. de noxalib.

Respondent Decius & Iason locis annotatis, id procedere, cũ hæreditas est liberè apprehensa ab hærede, hoc est, absque onere restituendi, secus si cũ onere restituendi: tunc enim etiam post apprehensionem remanet hæreditas: toto tit. ff. & C. ad Trebell. Sic igitur & in dote dicendum videtur, vt nimirum retineat suum nomen, quia non liberè, ad vxorem reuertitur, sed cum onere, statuti, vt nimirum de ea disponat mulier secundum formam statuti, & non aliter. B

Quæ responsio Socino iuniori non placuit, num. 75. quia cum hæreditas alteri restituenda est, id contingit ex voluntate testatoris ita disponentis; Sic autem non constat mentem statuentium fuisse, vt statutum viduas quoque ligaret: hoc est enim illud, quod ponitur in controuersia, & consequenter non videtur pro certo esse supponendum: & idem dixit Ruin. in rubr. sol. matrim. num. 280.

Respondet igitur Socin. iun. vbi suprà, qualitatem hãc à statuto requisitam adesse tempore, quo mulier testatur: quia dos recuperata, saltem largè, dicitur dos d. l. Si socius pro filia. ff. pro socio. C

Secundò, quoniam in vidua cessat ratio statuti. Illa enim ratio fuisse videtur, ne mulier à viro seduceretur, vt iniquum faceret de dote sua elogium. Hæc autem ratio cessat mortuo marito: ita Ruin. in d. rub. sol. matr. nu. 276. & ante eum Iason in d. l. 1. C. vnde vir & vxor. Cui argumento minimè satisfacere potest Decij responsio ibidem, dum ait, statutum fuisse conditum vt æqualitas inter filios seruaretur: Nam hæc ratio pertinet ad statutum Mutinense, non autem ad statutum Senense. Respondet Socin. iun. statuti rationem consistere in fauore filiorum, & in mulieris fragilitate: noluisse enim statuentes de mulieribus confidere, in actu testandi de dote, & hæc ratio locum habet etiam in vidua.

Mihi sententia communis verissima videtur: quia negari non potest, quin & statuti verba, & eius ratio etiam in vidua locum obtineant: Verba quidem, quia etiã dos recuperata, saltem largè, dicitur dos, vt diximus in præcedenti capite: Mens verò statuti, quia fuit ita decretum, ne mulieres, quarum consilium satis regulariter infirmum est, l. 2. ad Vell. male & imprudenter de dote testando disponerent. D

Quæ si rectè perpendantur, argumenta facilè diluentur, quæ Ruin. in medium attulit in hac disputatione, & quę optimè refellit Socin. iun. vbi suprà.

CAPVT XXX.

Vtrum maritus putatiuus habeat legis beneficium, vt non teneatur, nisi inquantum facere potest.

SI matrimonium non constiterit, errore intercedente, quod nostri putatiuum vocant, mulier in bonis viri quasi priuilegium habet pro dote opinata. l. Si cum dotem. §. vlt. sol. matr. l. Si sponsa de iure dot. æquum est enim eam ad priuilegium admitti, licet nullum matrimonium sit contractum. l. 2. §. vlt. de priuil. cred. Interest. n. reipub. & hanc solidum consequi, vt ætate permittente nubere possit, inquit Paulus in l. 3. ff. eod. Verùm quod attinet ad maritum, cessare videtur hæc ratio; quamobrem ille non lucratur doté ex pacto inito, l. 1. C. de cond. ob cau. sed totam restituere tenetur, vt rescriptum est in cap. 1. de donat. inter vir. & vxor.

Quæ cum ita sint, facile adducor ad oppinatidum nullum marito in hac opinata dote competere priuilegrum; vt scilicet non teneatur nisi inquantum facere potest, iuxta tex, in l. Maritum sol. matr.

Etenim vbi matrimonium non valet, fructus non lucratur; sed eos restituere tenetur, nisi in oneribus mulieris fuerint absumpti, l. In insulã. §. Fructus. ff. sol. matr. Licet aliàs eos lucretur. l. Pro onerib. C de iu. do. Nec locum habet vsucapio pro dote. l. 1. §. vlt. ff. pro dote. Nec competit dilatio, aliàs cõcessa ad doté restituendã, Glos. in l. Vn. §. Exactio: vers. Restituendis. C. de rei vx. actio.

Et in puncto, quo de agitur, hoc est in marito putatiuo, non esse ei hoc indulgendũ vt teneatur in quantum facere potest, cõis est doctorũ snia, quam & ipse sequor. in rub. sol. matr. & in c j. de donat. inter vir. & vx. Cõem hanc esse sententiam testantur in d. rub. Parisius, nu. 24. Socin. iun. nu. 83. in 1. parte, licet ipsi contrariam fuerint amplexi; nec non Ruin. ibidem, num. 149.

Primò, quia mulier habet priuilegium in hac dote putatiua; ergo, & maritus; vt æqualitas seruetur. Respódeo, negando consequentiam, propter rationis diuersitatem, quæ est inter maritum & vxorem; Vxorem. n. ad priuilegium admitti ęquum fuit, vt ætate permittente nubere possit. l. 3. de priuil. cred. quæ ratio cessat in marito.

Secundò, quia priuilegium hoc, ne teneatur maritus, nisi inquantum facere potest, concessum est ob reuerentiam, quam vxor illi debet. l. Vn. §. Cum autem. C. de rei vx. act. quę reuerentia ei debetur, licet matrimoniũ non valeat. Respondeo, summa ratione id negari posse, tantã reuerentiam exhibendam esse marito putatiuo, quanta debetur vero marito.

Tertiò, quia filij nati ex matrimonio putatiuo sunt legitimi, c. pen. qui filij sint legit. Respondeo, istud esse fauore prolis, qui non militat pro marito.

CAPVT XXXI.

Vtrum dos sit ius vniuersale.

COmmunis est sentẽtia, dotem esse ius vniuersale: Bart. in rub. sol. matr. nu. 17. Ias. nu. 28. & alij magis cõiter, vt testatur Ripa, num. 43. & Socin. iun. nu. 20. in 3. p. Natta cõs. 650. nu. 7. D. Cefalus cons. 365. nu. 29. Menoch. cõs. 1. nu. 25. lib. 3.

Fundm̃ est in l. 1. vers. Sed quod diximus. de dote prę leg. ibi: *Sed ad vniuersitatem erit referendum*, & in l. Qđ dicitur. ff. de impen. in reb. dota. fa. ibi: *Non enim ipso iure, corporum, sed dotis fit diminutio.* Et quia recipit augmentum & diminutionem sicut cętera iura vniuersalia, veluti hæreditas, peculium, & similia. l. 5 §. Sed si impensis. l. Si marito. §. vlt. sol. matr. l. Etiam. C. de iure do. l. Hæreditas, l. Nihil aliud. de reg. iur. l. Peculium nascitur. de peculio. Et hanc sententiam ego quoque solitus sum sequi & alijs confirmare, & replicare ad ea quæ pro responsione ad supradicta afferri solent.

Sed cõtratiam ſententiã habuerunt Bald. in l. 1. ff. ſol. matr & clariùs in l. vlt. C. de ſent. quæ ſine certa quant. Baldus Nouellus de dote parte 2. in prin. Caſtren. Cuma. Alciat Socin. Iun. & Crot. in rub. ſol. matr.

Primò quia leges dicũt dotem dari l. Dedit dotem de collat. bono: Vẽdicari, l. In reb. C. de iure do. Sequeſtrari, l. ſi cum dotem. § ſin ante ſol. matr. Hæc autem non conueniunt iuribus incorporalibus l. Seruus §. Incorporales de acq. rer. do. Reſpon. iſta dici habito reſpectu ad res in dotem datas, quæ ſunt corporales. Sic quoque dicimus hæreditatem reſtitui l. Reſtituta ff. ad Treb. licet ſit incorporale ipſum ius hæreditatis, vt Inſtit. de rebus corporalib. & incorp.

Secundò, quia extractis corporibus particularibus ius vniuerſale manet l. Hæreditas etiam de pet. hæred. l. Peculium. de pecul. Dos autem, extinctis corporibus extinguitur l. Plerunque de iure do. ergo non eſt ius vniuerſale. Reſpon. argumen. procedere in vniuerſalibus quæ ſine corporibus ab initio produci poſſunt, veluti eſt hæreditas, d. l. Hæreditas etiam: At dos à principio non eſt niſi aliquid detur. Non obſtat l. Peculium; quia hoc tantum dicit, peculium manere licet exhauſtum ſit ære alieno, ſi corpora in eodem ſtatu maneant.

Tertiò ius vniuerſale continet actiones, tam actiuè quàm paſſiuè. l. Hæreditatis appellatione l. Pecuniæ de verb. ſig. Dos autem æs alienum non recipit. l. Cum res C. de dona. Reſpondeo nõ recipere æs alienum, quia maritus nõ repræſentat perſonam mulieris, ſicut hæres perſonam defuncti; & ſic eſt diuerſa ratio.

Quartò, quia dos poteſt conſiſtere in vna re, etiam minima l. Neratius de relig. & ſump. ergo non poteſt eſſe ius vniuerſale. Reſpondeo, etiam peculium in vna re conſiſtere l. Depoſiti §. Peculium l. Peculium de peculio.

Quintò, ſi hæreditas fuerit vendita & vna res euicta, non tenetur emptor de euictione l. 2. de hæred. & act. vend. Secus in dote l. Vn. §. Et vt pleniùs C. de rei vx. act. l. 1. C. de iure dot. vbi tamen diſtinctio adhibetur. Reſpondeo licet in hoc hæreditatis naturam non imitetur, non tamen inferri poſſe, quod non ſit ius vniuerſale; quia neceſſe non eſt, vt ſpecies contentæ ſub vno genere ſint eiuſdem naturæ.

Sextò quia Falcidia reſecat legatum dotis, ſicut cętera legata particularia Gloſ. in l. Tali. de iure do. Reſpondeò iſtud accidere propter corpus legatum, quod eſt particulare, & æſtimatur in ratione legis Falcidiæ: Ipſum enim ius dotis vniuerſale non venit in ratione legis Falcidiæ.

Septimò iura vniuerſalia ſumptibus non minuuntur l. Cogi. §. Inde quæritur ad Treb. Dos autẽ minuitur ſumptibus neceſſarijs l. quod dicitur ff. de impen. in reb. dota. Reſpondeo non hoc dici in d. §. Inde quæritur; ſed quod ex iure vniuerſali corpus deduci non poteſt, vt ibi declarat optimè Caſtren.

Octauò ſi dos eſſet ius vniuerſale, deberet eſſe apud maritum: ſed non eſt apud maritum l. Etiam ſi putauit §. Sed quòd Marcellus de pet. hæred. Reſpondeo imò eſſe D apud maritum: poteſt enim conueniri actione vtili, vt ibi dicitur, licet non directa: At iſtud nihil refert, cum vtraque actio eiuſdem ſit poteſtatis, & eundem habeat effectum l. Actio de neg. geſt.

CAPVT XXXII.

Libellus generalis vtrum in dote procedere, & admitti debeat?



On puto libellum generalem etiam in dote admittendum, ſecutus Caſtr. & Cumanum in rub. noſtra, Baldum & Salic. in l. vlt. C. de ſent. quæ ſine certa quant. Moueor ex regula generali, quæ negat libellum generalem admittendum, quia talis debet eſſe libellus, vt ex eo deliberare poſſit reus, an velit cedere vel contendere l. 1. &

A ibi notant Bat. & alij ff. de edendo. Excipio facti ſpeciem quæ habetur in l. Cum poſt §. Gener de iure do. & in l. 7. C. eod. Scio communẽ in contrarium eſſe Bar. in rub. ſol. matr. col. pen. Ripa nu. 47. Socin. Iun. num. 31. in 3. parte. Sed vt me terret authoritas communis ſententiæ, ita parum mouent argumenta.

Primum eſt, quia in vniuerſalibus iudicijs admittitur libellus generalis, vt per Bart. in d. l. 1. ff. de eden. Reſpondeo in ijs iudicijs hoc procedere, in quibus certum eſt, quid ſub iure vniuerſali contineatur; vt puta in hæreditate: Certum eſt enim ea contineri omne ius quod defunctus habuit l. Nihil aliud de verb. ſig. At non eſt certum, neque iurę determinatum quanta ſit dos, vnde nec dotis promiſſio incerta valet l. 1. C. de dotis promiſſ.

Secundum arg. eſt ex l. vlt. C. de ſent. quæ ſine certa quant. proferun. ponderando, in illa facti ſpecie ſententiam ideo fuiſſe nullam, quia duplex erat incertitudo, vna reſpectu libelli; altera, quid maritus accepiſſet; quã- B obrem inquit Bart. ſi vna tantum fuiſſet incertitudo propter libellum generalem, ſententiam fuiſſe valituram. Quod confirmat Socinus ſenior in d. rub. ſoluto matrimonio, perpendendo in caſu d. l. vlt. ſententiam fuiſſe ab alio iudice confirmatam. Si enim nulla fuiſſet ob libelli incertitudinem non potuiſſet ab alio iudice confirmari. cap. Cum dilecti de emp. & vend. Sed reſpondeo deciſionem illius tex. fundari in ea ratione, quoniam incertum erat, *quid accepiſſet, quantumque ab eo peteretur*: Hoc eſt, nec libellus certam quantitatem continebat; nec in proceſſu facta erat liquidatio quantitatis dotis. Namque inter omnes conſtat libellum generalem & obſcurum valere, ſi fiat liquidatio in illo vel in alio iudicio; vt docent in d. rub. ſoluto matrimonio Alex. num. 31. Alciat. nu. 30. Socin. Iun. nu. 35. Ioan. Campeg. de dote parte. 1. quæſt. 4. Ergo cauſa nullitatis fuit libelli incertitudo. Ad confirmationem Socini ſenioris reſpondeo, negando in caſu d. l. vlt. ſententiam fuiſſe ab alio iudice confirmatam: Nam C tex. dicit ab alio iudice certam ſententiam prolatam fuiſſe; An autem ſuper eodem, vel ſuper alio libello, textus non declarat. Adde quod ſi fiat liquidatio in proceſſu, tunc generalis libellus ſuſtinetur; vt ſupra dixi paulò ante. Nec volo ſententiam, quam firmaui procedere, eo caſu quo fit liquidatio.

Tertium argumentum eſt, quia valet libellus quo legitima petitur generaliter, vt tradit Iaſon in rub ſol. matr. adducens Baldum in cap. conquerente. de off. ordin. Reſpondeo legitimã eſſe certam; eſt enim triẽs, vt in Auth. de Triente & ſemiſſe: dotis verò quantitas incerta eſt. Sunt & alia quædam, ſed leuiora ſanè argumenta, quàm vt egeant confutatione.

CAPVT XXXIII.

Si duo inſtrumenta hypothecæ proferantur eodem die contracta, vnum fiſci, alterum priuati ex titulo onerofo, vtrum, in dubio, præſumatur prius?



Ariæ ſunt doctorũ ſententiæ hac de re. Prima eorum qui dixerunt, præſumẽdum eſſe inſtrumẽtum fiſci prius, Bald. in l. ſi debitor C. de priuil. fiſci. Socin. ſen. in l. 1. num. 6. ſol. matr. & ibidem Iaſon nu. 4. Ripa nu. 4. Baldus Nouell. de dote parte 9. in 1. priuil. Neguz. de pigno., in 2. parte 2. memb. nume. 117. qui communem teſtatur. Couuar. Variar. reſol. lib. 1. cap. 16. num. 2. Peregrinus de iure fiſci lib. 6. tit. 6. nu. 21.

Primò quia fiſcus eſt creditor priuilegiarius l. 1. & 2. C. de priuil. fiſci; vbi etiam quod à pari procedit cum dote. Reſponderi poteſt id procedere in caſib. iure expreſſis quia regulariter vtitur iure priuatorum, l. quod placuit. de iure fiſci Gloſ. in l. Item veniunt §. In priuatorum. de peti. hæred. Quod verò dicitur fiſcũ & dotem pari iure cenſeri, ſic eſt accipiendum prout loquitur d. l. 2. vt nimirum,

rum, fiscus prior tempore in hypotheca, præferatur mulieri,& è conuerso:non autem habet hunc sensum,quòd omnia priuilegia quæ mulieri competunt in dote, conceduntur etiam fisco: id patet:nam mulier præfertur in tacita hypotheca omnibus, etiam anterioribus l. Assiduis C.qui potior.in pign. hab. Fiscus autem non; vt patet ex l.1.C.rem alienam gerentes &c.

Secundum argumentum est ex l. si is qui.ff.de iure fisci. Respondetur in textu rationem adferri, illis verbis *præuenit enim causam pignoris fiscus*: declaro; Si duobus priuatis bona futura obligentur, ambo cõcurrunt in pignore.l.7.§.1.ff. qui pot. in pig.hab. fiscus autem hoc in casu præfertur:ratio est,vt declarat Antonius Faber li.2. coniect.c.10. quia eo ipso quod contrahit, hypothecam habet. l. Anfertur. §. Fiscus eod. tit. alter verò non alias quàm finito perfectoq; contractu, cuius ea est accessoria: Hæc est igitur legis sententia,fiscum præuenisse causam pignoris; quia antequam contractus priuati perficeretur,cui hypotheca accedit,fiscus iam absolutè, & simpliciter hypothecam acquisiuit contrahendo. Sed certè non obligantur bona præsentia,& futura,nisi contractus perfectus sit, ex quo hypotheca huiusmodi descendit; ideo non placet hæc interpretatio Antonij Fabri. Placet igitur magis hoc esse constitutum fauore,& priuilegio fisci; vt nimirum fiscus præferatur anterioribus creditoribus in bonis postea quæsitis; & verba illa, *Præuenit enim causam pignoris fiscus*, non esse præteriti temporis, sed præsentis; quasi dicatur,fiscum præuenire solere in eiusmodi bonis postea quæsitis pignoris causa, sicut rectè explicat ibi Bartolus,secus in antea quæsitis,Lege, si fundũ.C.qui pot.in pig.habeantur. Ratio adferri potest,quia fisci hypotheca est legalis; hypotheca verò priuati,est conuentionalis; ideo si concurrant, æquum est vt præferatur legalis: quia lex potentiùs operatur,quàm homo: priusquam enim bona postea quæsita essent, hypotheca priuati non erat creata; quia res quæ nondum est, hypothecæ subiecta esse non potest: Eo autem momento temporis,quo bona acquiruntur,deducitur in esse hypotheca tam fisci, quàm priuati; sed præfertur hypotheca fisci,cùm sit à lege creata,priuati verò hypotheca,ab homine.

Tertium argumentum est ex l.1.C.de iure fisci lib.10. Respondetur loqui quando priuatus habet causam lucratiuam ex donatione; fiscus autem, causam onerosam. Præterea respondetur, ibi fiscum intentionem habuisse rectè fundatam,quia probauit suam obligationem:quare aduersarius, qui dicebat bona sibi fuisse donata ante illã obligationem,meritò probare debuit.

Quartum argumentum est,quia dotis causa præfertur creditoribus anterioribus.l. Assiduis. C.qui potio. in pig. & semper,& vbique præcipua est l.1. ff.solut. matrim. & hoc propter publicam vtilitatem, ergo similiter & fiscus præferri debet,quia in eo vertitur publica vtilitas. Respondetur in fisco agi de re priuata ipsius Imperatoris.l. Vn.§.vltimo. C.de cad.tollen.l.2.ff.ne quid in loco pub.

Quintum argumentum est, quia si probationes sint pares in causa vertente inter fiscum,& priuatum,sententia pro fisco est ferenda, secundum specul. tit. de teste.§. Postquam, numero septimo Alexan. in l.1.num.2.ff.sol. matrim. & si duæ sint contrariæ sententiæ,præfertur ea quæ fisco fauet. Specul.ibi supra Iason, in l.1.nume.37. sol.matr. Respondetur ista legibus non probari, & alios contrarium docuisse Menochius,de præsump. lib.2.præsumpt.72.videlicet,nu.13.14.

Altera est sententia, priuati instrumentum præsumi anterius: Authores sunt Bart. in l. Non puto. ff.de iure fisci Mathesil.not.71.Alexã.in l.1.num.2.solut.matrim. Iason consilio 99. lib.1. Alciat.reg.3. Præsumpt.41.alios quosdam citat Soc.Iun.in l.1.nu.17.sol.matr.

Fundamentum est in Lege. Non puto,de iure fisci, & in l.1.C.de secun.nup. & in l.Vni.§.vlt. C.de cad.tollen. Respondetur quantum attinet ad Legẽ. Non puto, non

A aliud ibi velle Modestinum, quàm illum delinquere,qui in dubijs quæstionibus contra fiscum pronunciauerit. Nam olim sub malis principibus,grande piaculum habebatur fisco non fauere, vt patet ex Plinij Panegyrico ad Traianum. *Quę præcipua* inquit *tua gloria est, sæpius vincitur fiscus; cuius mala causa nunquam est,nisi sub bono Principe*.

Quod autem attinet ad alias leges,nihil aliud volunt, nisi Principem non inhiare lucris fiscalibus, nec eorum rationem habere in legibus condendis pro Reipublicæ vtilitate.

Tertia est sententia Menochij de præsump. lib.2.præsumpt.72.num. 12. in arbitrio esse iudicis, pronunciare vel pro fisco vel pro priuato: quemadmodum cum inter priuatos res agitur, in arbitrio est iudicis pronũciare pro actore vel pro reo.Sed non placet hæc sententia:quia tale arbitrium iure non est concessum Iudici, sed debet iudicare secundum leges, & constitutiones, & iuris regu-
B las,non autem pro suo arbitrio,& libitu.

Quarta sententia est aliorum, quos refert, & sequi videtur Socin.Iun.in l.1.num.29. & 35 hoc in casu neutri prærogatiuam esse concedendam, sed idem seruandum, sicut quando inter duos priuatos res agitur: nam & tunc quid sit iure cõstitutum habetur, in l.si fundus.§.si duo. ff de pig. & per Neguz.de pig 2. membr.5. partis,nu 45.

Hæc sententia mihi verissima videtur, quia cum nullum hoc in casu priuilegium fiscus habere conspiciatur, consequens est, vt iure communi priuatorum vtatur, sicut regulariter vti debet,vt dixi suprà.

CAPVT XXXIII.

Quid iuris cum inter mulierem de dotis hypotheca agitur, & fiscum, in specie proposita in capite præcedenti.

C ALij præferendam esse mulierem dixerant: alij fiscum & mulierem æquo iure censeri. Prioris sententiæ authores sunt Bald. in l. dotis.C.de iu.do.& in l. ad exactionem. C. de dotis promiss. Ias.in l.1.nu.37. sol.matri. Soc.ibi,nu.15.Ripa,nu.10.Soc. Iun. nu.36. Paris.nu.14. Neguzan.de pig.2.membr.3.par.nu.109. Alciat de præsumpt reg.3.præsump.41.Couuar.variar resol. lib.1. c.16. nu 6.Menoch.de præsumpt.lib.2.præsumpt.72. num.18. Peregrinus de iure fisci lib.6 tit.6.nu.33. Posterioris autem Salic.in l.2.C.de priui.fisci.Baldus Nouell. de dote. parte 9 priui.1.Herculan. in l 1. sol.matr.num.15.Huius posterioris fundamentum est in l.2. C.de priui. fisci: & quia dos,& fiscus parificari videntur in priuilegijs,arg.§. his consequens in auth.de æqual do. iuncta l. quod quis, de priui. cred. Prioris autem sententiæ præcipuum est fundamentum, quia mulier videtur habere maius priuilegium,quàm fiscus: Nam fiscus non præfertur anterio-
D ribus creditoribus hypothecam tacitam habentibus l.1. C.rem alien.geren.l.vlt. ff. qui potio.in pig.habean.mulier verò præfertur. l. assiduis. C. qui potio. in pign. hab. Sed hæc argumenta tam prioris, quàm posterioris sententię non admodum vrgere videntur,quia dos & fiscus æquo iure censentur,quantum ad hoc,vt qui prior est tempore,potior sit iure, ita loquitur.l.2.C.de priui. fisci: sed hic constat vter sit prior tempore. Quod verò mulier habere videatur maius priuilegium,quam fiscus,id non facit,vt fisco sit præferenda; quia maiora priuilegia habet, cum inter eam & creditores contentio est; ita loquitur. d.l.assiduis; secus si cum fisco contendat.d.l.2. C.de priuil.fisci.

Existimo tamen in hoc articulo pro muliere dotẽ exigente litem esse dandam, potioremq; eius causam iudicandam:quia regula iuris docet,in ambiguis,pro dotibus respondere melius esse. l. In ambiguis, de reg iur. At in proposito casu ambigua res est, an prius confectum fuerit in-

rit instrumentum dotis vel fisci. Cōtrà in fisco habemus, non delinquere eum, qui in dubijs iuris quæstionibus contra eum facile pronunciauerit. l. Non puto. ff de iure fisci. Excipe causam primipilarem, quæ mulieri præfertur l. 4. C. in quib. cau. pig. tacitè contrahat.

CAPVT XXXIV.

Priuilegium dotis tacitæ hypothecæ, & prælationis, an transeat ad mulieris hæredes, vel ad patrem, vel ad cessionarium.



TRactat hanc quæstionem fusè, & accuratè Baldus Nouellus de dote, parte 12. in prin. & Doct. in rub. sol. matr. diuersæ sunt doctorum sententiæ, quas referre non est operæpreciū; quia res hæc videtur mihi apertissimis iuris testimonijs decisa.

Priuilegium tacitæ hypothecæ ad hæredes mulieris transire indicat tex. in l. Vn. §. Illo. C. de rei vx. act. ibi: *Si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat, &c sed ad mulieris hæredes ex stipulatu actio secundùm sui naturam transmittatur.* Hæc est autem natura stipulationis huius, vt ei tacita insit hypotheca d. l. Vn. §. & vt plenus. Idem iuris est in parente d. l. Vn. § Extraneum ibi: *Parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus.* Si enim habet parens priuilegium tacitæ stipulationis, consequens est vt illud habeat cum sua annexa tacita hypotheca, l. Assiduis. C. qui potio in pig. habean. ibi: *Sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote restituenda dedimus, cuique tacitum donauimus inesse hypothecam:* idem habet, in §. Fuerat. inst. de actio. ibi. *Sed & tacitam ei dedimus hypothecam.* Ad hæredes non transit priuilegium prælationis, nisi sint filij mulieris, d. l. Assiduis vers. exceptis. C. qui potiores. Cæteri non habent hoc priuilegium Iustin. Nouella 91. vt exactio instante dotis &c. *Non enim alijs dedimus dudum, & damus hoc priuilegium, aut hæredibus, aut creditoribus, sed solis filijs.* Idem in Nouella 61. ad finem. *Omnibus priuilegijs dotis datis in sua firmitate manentibus, quando mulier moueris: alijs enim omnibus, præter mulierem, huiusmodi priuilegia, nec ex antiquo dedimus, neque nunc damus.* Idem in § Fuerat inst. de actio. *Præferri autem alijs creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius prouidentia hoc induximus.* Pater igitur non habebit hoc priuilegium prælationis; quia nullus alius præter mulierem, & eius filios, habet.

Sed quid in cessionario mulieris? mouet, quia cessionarius fisci, priuilegio gaudet tacitæ hypothecæ. l. vlt. C. de priuil. fisci; contrà vrget, quod soli mulieri, & non creditoribus eius hoc priuilegium indultum sit. Sed verba legis captanda non sunt: quid enim si mulier cedat ad sui commodum, & vtilitatem iura sua, & mulieris intersit cessionarium gaudere priuilegio, quia totum eiusdem mulieris commodo cedat? nonne idem respondendum, quod responderetur, si ipsa mulier ageret, & de dote experiretur? sic puto, aliàs secus.

CAPVT XXXV.

Vtrum mulier pro dote hypothecam habens in bonis viri sui, præferatur creditoribus anteriorem hypothecam expressam habentibus.



TRes sunt Doct. sententiæ hac de re: prima est communior, mulierem præferri creditoribus habentibus tacitam anteriorem, non autem expressam hypothecam anteriorem Glos. & Bar. num. 6. in l. Assiduis. C. qui potio in pig. habean. Ripa in l. 1. num. 1. ff. sol. matr. Soc. iun. ibidem num. 10 5. qui alios citat.

A Altera, mulierem præferri omnibus creditoribus anterioribus, etiam expressam hypothecam habentibus ita olim. Martinus Glossator quem multi alij secuti fuere, Bolog. hic num. 174. Mysing. cent. 4. obser. 13. dixi lib. 1. controuersiarum cap. 59.

Tertia est sententia, mulierem habentem expressam hypothecam posteriorem, præferri creditoribus habentibus anteriorem expressam: secus autem si mulier habeat tacitam hypothecā: ita Angelus in Auth. de æqual. dotis. §. His consequēter Aretin. in l. 1. col. 5. ff. sol. matr. alios citat Paris. ibidem nu. 2. vbi etiam refert. Neguz. & alios, qui ab hac sententia recesserunt, negantes mulierem præferri creditoribus expressam anteriorem hypothecam habentibus, siue ipsa expressam habeat, siue tacitam.

Sed videamus argumenta: Primum argumentū prioris sententiæ: qui prior est tempore, potior est iure. c. qui prior de reg. iur. in 6. sed prior est tempore creditor qui B expressam habet anteriorem hypothecam; ergo potior esse debet.

Secunda, lex faciliùs suum auxilium aufert, quàm illud quod ex nostra prouisione nobis competit, vt notat Glos. magna in l. siue apud acta. C. de transact. arg. l. Filiusfa. §. erit. ff. de fideic. libertat.

Tertium argumentum, fiscus & mulier paribus iuribus censentur. l. 2. C. de priul. fisci & tamen fiscus non præfertur creditoribus anterioribus expressam hypothecam habentibus, l. si pignus. ff qui potio. in pig. hab. ergo neque mulier præferri debet.

Quartum sumitur ex l. Vbi adhuc. C. de iure do. illis verbis, *Sed ita posse eam easdem res vendicare, vel à creditoribus posterioribus, vel ab alijs, qui non potiora iura legibus habere noscuntur.*

Quintum arhumentum est ex l. In rebus. C. eod. quatenus ibi constitutum est, mulierem præferri omnibus anterioribus creditoribus absolutè, in rebus, quas ipsa in C dotem dedit. Videtur enim inferri posse, secus dicendū si præferri velit in rebus proprijs viri sui, quæ sunt ei obligatæ; non enim anterioribus expressam hypothecam habentibus præferenda esse videtur.

Sextū argumētum sumitur ex l. Assiduis. C. qui potio. in pig. hab. vbi constitutum est, mulierem in dote præferri anterioribus creditoribus, qui priuilegio sunt vallati: Isti creditores priuilegiarij sunt, qui tacitam hypothecam habent, non qui expressam.

Fundamentum verò alterius sententiæ positum est in l. Assiduis. C. qui pot. in pig. habean. quatenus ibi nulla distinctione adhibita Iustinianus constituit mulierem, etiam prēferendam omnibus creditoribus anteriorem hypothecam habentibus. Et quia mulier præfertur in sua hypotheca creditori, qui mutuauit in refectionem. §. His consequens in Auth. de æqual. dotis. Talis verò creditor præfertur omnibus alijs creditoribus habentibus anteriorem expressam, l. Interdum. ff. qui po. in pig. D habean. Si ergo vinco vincentem te, multò magis vinco te, l. de accessionibus. ff. de diuer. & tempo. præscript.

Tertiæ autem sententię fundamentum est in d. l. Assiduis, & in l. Moschis. ff. de iure fisci: & in l. Est differētia. ff. in quib. cau. pig. ta. contrah. Et quia facile posset eludi constitutio d. l. Assiduis per hypothecam expressam anteriorem; & quia cum mulier sibi prospicit de hypotheca expressa, tunc nititur non solùm legis auxilio, sed etiam prouisione propria, quare prēferenda esse videtur creditoribus habentibus expressam; quia & illi nituntur propria prouisione; cui dotis fauor prēferri debet, duplici funiculo nexus.

Mihi verò iuri magis consona videtur eorum sententia, qui affirmant mulierem prēferendam esse omnibus creditoribus hypothecam anteriorem habentibus, siue tacitam siue expressam; & moueor, quia hęc sententia maius habet & firmius fundamentū, quàm alia vlla: nititur enim l. Assiduis, C. qui po. in pig. habean. cum aliæ

nitantur.

nitantur leuibus argumentis, nec multum ſanè probabilibus.

Quod attinet ad d.l. Aſſiduis, illa ſuffragatur huic ſententię, primum in verbis quę generalia ſunt. & omnem hypothecam complectuntur: deinde in ratione ſua, quã prolixè ibi Iuſtin. adfert; quæque conuenit etiam vbi creditor expreſſam habet hypothecam: Tertiò, quia ſi excipere Iuſtin. voluiſſet hypothecam expreſſam, æquum eſſet id exprimere; quod facile fieri potuiſſet; vt & alibi ipſe argumentatur, in l. Vn. §. ſin autem, ad deficientis. C. de cad. tollen. Quartò, quia facile illa conſtitutio eludi poteſt, ſi expreſſa hypotheca non cõtineatur: facile enim & ſæpenumero contingit, vt creditores expreſſam hypothecam habeant, cùm tacita hypotheca in pauciſſimis caſibus conceſſa ſit.

Denique ſi nulla alia eſt lex, vel noua vel antiqua quæ diſtinctionem iſtam induxerit inter expreſſam, & tacitam hypothecam, cur nos, nulla lege, nulla veterum authoritate freti, audeamus nouam Iuſtin. conſtitutionem, noua quadam interpretatione coarctare?

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, priorem eſſe tempore creditorem, ſed mulierẽ præferri ex d. conſtitutione Imp. in l. aſſiduis: ſi argumẽtum valeret, non deberet etiam præferri habentibus tacitam hypothecam; quod falſum eſt.

Ad ſecundum reſpõdeo, regulam illam generalem & brocardicam non eſſe ſpectãdam, cum ſans clara ſit Imperatoris conſtitutio, in d.l. aſſiduis.

Ad tertium, negatur conſequentia: nam pro fiſco nulla extat conſtitutio talis, qualis pro muliere promulgata eſt in d.l. aſſiduis. Et quod dicitur fiſcum, & mulierem æquiparari, locum habet quando inter eos eſt contentio; ita loquitur d.l. 2. non autem id ita accipiendum eſt, vt per omnia idem iuris habeat dos, quod fiſcus: Nam fauorabiliorem eſſe dotem, quàm ſit fiſcus, patet ex d. l. aſſiduis.

Ad quartum reſpondeo, l. vbi adhuc, ante fuiſſe editã quàm l. aſſiduis; & ideò mulier non habebat eo tempore prælationem creditoribus anterioribus hypothecam habentibus, quod poſtea emendatum eſt, in d.l. aſſiduis.

Ad quintum, negatur conſequentia; nec enim tale argumentum ſumi poteſt ex d.l. in rebus, ex quo repugnet d.l. aſſiduis.

Ad ſextum reſpondetur. d. l. aſſiduis loqui generaliter de omnibus creditoribus, ſiue priuilegiarijs, ſiue non; ſicut ex verbis generalibus intelligi poteſt.

Non obſtant illa verba quibus dicitur, eam præferri etiam anterioris tẽporis priuilegio vallatis; quia illa verba non ſignificant priuilegium tacitæ hypothecæ, ſed temporis. Nam qui prior eſt tempore, potior eſt iure; id appellat ibi tex priuilegium, ſed impropriè: quia iure communi ſancitum eſt, ſatis eſſe priuilegium temporis, non autem tacitæ hypothecæ.

CAPVT XXXVI.

Dotis cauſa an poſsit diebus feriatis cognoſci.



TRes ſunt Doctorum ſententiæ de hac re; Vna, diebus feriatis (non tamen in honorẽ Dei) expediri poſſe. Altera, non poſſe. Tertia, videndum, an dos petatur vt ex ea poſſint alimenta præſtari, quia aliunde nõ ſuppetant; & tunc etiam diebus feriatis tractari expedirique poſſe, alias ſecus. Vide Caſtr. Alex. Socin. Sen. & Iun. nu. 127. in l. 1. ff. ſol. matr. Ripam eodem in loco, nu. 46. Pariſ. nu. 62. Ruin. num. 106. Bald. Nouell. de dote parte 9. priuil. 13. Et cum nulla ex dictis ſententijs, aliquod habeat firmum fundamentum, excepta vltima, iſtam complector, cęteris reiectis Fundamentum hæc habet, in l. 2. ff. de ferijs; vbi cauſa alimentorum à ferijs excipitur, ergo, & dotis cauſa excipienda eſt, ſi ex ea quis ali debeat;

A quia dos loco alimentorum ſit, nec aliunde ſuppetant: exemplum, in l. ſi cum dotem. §. ſin autem in ſęuiſſimo. ff. ſol. matr. Aliæ ſententiæ ijs nituntur argumentis: primum argumentum eſt ex. d. l. 2. de ferijs, argumentando de alimentis ad dotem. Reſp. id procedere ſecundum ſupradictam diſtinctionem, cum mulier non habet aliunde alimenta.

Secundum ex l. publicas. C. de ferijs: Reſpon. loqui de cauſis publicis principaliter, nõ ſecũdariò, prout eſt dos.

Tertium argumentum: cauſa dotis dicitur pia. l. cum is. § ſi mulier, de condit. indeb. ergo non ſeruantur in ea feriæ c. vlt. de ferijs Reſpon. tex. in d.c. vlt. loqui de cauſa pia propriè, & ſtrictè.

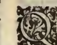
Quartum argumentum: in eccleſiaſticis cauſis nõ ſeruantur feriæ, vt not. in c. vlt. de iud. ergo nec in cauſa dotis. Reſp. nego conſequentiam; neque enim dotis cauſa eſt eccleſiaſtica, niſi quatenus ex matrimonio pẽdet, cuius cognitio pertinet ad iudicem eccleſiaſticum.

B Quintum argumentum: feriæ non impediunt tutoris dationem. l. 2. de ferijs: ergo nec dotis iudicium. Reſpon. negando conſequentiam: quia illa cauſa non patitur moram propter pupilli neceſſitates; & non pertinet ad contentioſam iuriſdictionem: hæc verò moram patitur, ſi non inde ſit alenda mulier, & ad contentioſam iuriſdictionem pertinet.

Sextum: quia cauſa dotis pendet ex matrimonio, & videtur eſſe matrimonialis: quæ expeditur ſine ſtrepitu, & figura iudicij Clem. *Diſpenſioſam*, de re. iud. ergo, & dieb. feriatis. Clem. ſæpe, de verb. ſign Reſp. d. Clem. diſpenſioſam loqui de cauſis matrimonialibus, hoc eſt, vbi principaliter vertitur matrimonialis cauſa: Alterius verò ſententiæ, quę vult cauſam dotis cognoſci non poſſe diebus feriatis fundamentum eſt, in regula iuris quæ prohibet cauſas tractari dieb. feriatis. l. 1. & tot tit, ff de ferijs. l. vlt. C. eod. tit. Ab hac regula non reperitur cauſa dotis excepta, imò quod ſit cognoſcẽda more iudiciorũ, indi-
C cant. l. 3. C. de dotis promiſſ. l. ſi mulier. l. ſi cum dote. §. eo autem. ff. ſol. matri. l. vni. §. & hoc ex rei vxoriæ. C. de rei vx. act. Reſp. id verum eſſe, niſi petatur dos, vt inde alimenta ſuppeditentur; tunc enim reipſa non differt à cauſa alimentorum; ac proinde excipienda eſt à ferijs, ſicut cauſa alimentorum excipitur, in d. l. 2. de ferijs.

CAPVT XXXVII.

Vtrum cauſa dotis ſit mixti fori, cum principaliter agitatur?



QVinque ſunt potiſſimum argumenta quibus perſuadere quidam conati ſunt dotis cauſam eſſe mixti fori. Primum eſt ex c. 1. 2. & 3. de donat. inter vir. & vxor. Quibus rectè reſpondetur, loqui de cauſa dotis inciden-
D ter deducta, & in conſequentiã matrimonij & diuortij.

Secundum ex c. Nuper. eod. tit. illis verbis *cum eccleſia dotes protegere teneatur viduarum*. Reſp. non eſſe bonam cõſequentiam; tenetur eccleſia protegere dotes viduarũ, ergo eccleſiaſticus iudex adiri poteſt, tanquã ordinarius in cauſis dotalibus: ſatis enim eccleſia protegere dicitur, ſi in ſubſidium, iudice ſeculari negligente, viduis iuſtitiam miniſtret.

Tertium eſt ex c. ex litteris de pign. Reſp. non id velle ibi S. Põtificem, ſed hoc tantum, mulieris dotem ſaluam eſſe, cum viri ſui bona confiſcata ſunt.

Quartum argumentũ eſt, quia dos eſt cauſa pia. Reſp. impropriè id eſſe, & ideo non gaudere priuilegijs piæ cauſæ.

Quintum, quia vidua eſt miſerabilis perſona Reſpon. nihil ad rem: nam miſerabiles perſonæ ſunt pauperes, & eccleſia eas protegere ſolet; ſed non hinc ſequitur, viduas eſſe ita ſub eccleſiæ protectione, vt aduerſarium trahere

poſsint

poſſint ad iudicem eccleſiaſticum contra iuris regulam, quæ dicit actor forum rei ſequitur. cap. Cum ſit. de foro compet. Alex. in l. 1. ſol. matr. exiſtimat in terris eccleſię cauſam dotis cognoſci poſſe coram eccleſiaſtico iudice, ſecus in terris Imperij: quia in terris Imperij ſeruantur leges, quę ſine peccato ſeruari poſſunt: Et in terris eccleſię S. Pontifex habet pleniſſimam poteſtatem. c. Cauſam quæ. cap. Peruenerabilem. Qui filij ſint legitimi. Sed hæc ſententia dubium non habet, quando S. Pontifex cauſam committit eccleſiaſtico iudici, vel vbi Iudex ordinarius loci à S. Pontifice conſtitutus (vt plerumque eſt) eccleſiaſticus eſt: Cæterum ſi ordinarius iudex loci laicus ſit, quem S. Pontifex conſtituerit, non video cur dotis cauſa coram ipſo agitanda non ſit; cum nullus iuris Canonici locus proferatur, quo S. Pont. iubeat dotis cauſas principaliter motas, coram eccleſiaſticis iudicibus cognoſcendas eſſe.

Tertia igitur Doctorũ ſententia, quæ negat dotis cauſam etiam mixti fori, mihi veriſſima videtur: quia hæc regulis iuris eſt conſentanea; quibus cauetur cauſas temporales & profanas à iudicibus laicis eſſe cognoſcendas. His accedit text. in l. In contractib. in finem, C. de non num. pec. qui iure Canonico correctus nõ reperitur: vbi conſtitutum eſt, in ſubſidium adiri poſſe Iudicem eccleſiaſticum. Accedit etiam. c. Ex tenore. de foro compet. illis verbis. *Mandamus quatenus, niſi ſit talis cauſa quæ ad eccleſiaſticum Iudicem pertinere noſcatur, ei ſuperſedere curetis, dummodo per iudicem ſecularẽ ſuam poſſit iuſtitiam obtinere.* Et text. ibi loquitur de vidua. Vide in hac quæſtione Dec. in auth. quod locum. C. de collen. Doctores omnes in l. 1. ſol. matr. vbi Socin. iun. nu. 132. Ripa, num. 47. Pariſ. nu. 86. Ruin. nu. 95.

CAPVT XXXVIII.

Vtrum pater dotare teneatur filiam diuitem.

Ommunis eſt ſententia, patrem teneri ad dandam filiæ dotem, licet ea ſit diues; vt teſtatur Ripa in l. 1. nu. 54. ſol. mat. Soc. iun. ibi nu. 157.

Fundamentum eſt in l. Qui liberos. ff. de ritu nup. ibi: *Coguntur in matrimonium collocare & dotare.* & in l. vlt. de dotis promiſſ. illis verbis. *Neque enim leges incognitæ ſunt, quibus cautum eſt omnino paternum eſſe officium, dotem vel antenuptias donationem pro ſua dare progenie.* Vbi notandum text. loqui quando filia erat diues bonis maternis. Nec valet Alciati reſp. lib. 8. Patergon, cap. 3. officium quidem paternum id eſſe, ſed non imponi neceſſitatem, ſicut cum dicit l. C. *Voluntatis & officij magis eſſe, quàm neceſſitatis commodare* in l. In commodato. §. Sicut. ff. commod. Nam patrem cogendum eſſe, & conſequenter neceſſitatis id eſſe, non autem voluntatis, patet ex d. l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. Quæ replicatio melior eſt, quàm Duareni, ad officium tutorum & curatorum aliorumque iudicum & magiſtratuũ recurrentis, vt inde excludat neceſſitatem: in tit. ſol. matr. c. 3. His accedit, dotem ſubrogatam videri loco legitimæ, l. Quoniam nouella. C. de inoff. teſta. legitimam verò filijs debitam eſſe, quãtumuis locupletes exiſtant, vt in §. Aliud quoque capitulum. in auth. Vt cum de opp. cog.

Verum iſtis non morantibus magis placet Bart. ſententia, negantis patrem obligatum eſſe ad dotandam filiam diuitem in l. Mulier. §. Cũ proponeretur. ff. ad Treb. ſequitur Duarenus, vbi ſuprà. Alciat. in l. 1. num. 65. ſol. matr. & alij quos commemorat ibid. Soc. iun. nu. 157.

Fundamentum eſt, quia pater nõ tenetur alere filiam, quæ eſt diues, l. Si quis à liberis. ff. de ag. lib. Ergo nec dotare: nulla eſt enim ratio diuerſitatis; quia ſicut Pater tenetur alere, ita & dotare: ſed excipitur caſus, quo filius eſt diues, vt non teneatur pater eum alere: igitur & excipiendus eſt idem caſus, vt non teneatur dotare; eſt enim eadem ęquitatis ratio, ergo idem ius, l. Illud ad l. Aquil.

A Non nego patrem teneri ad quęrendam cõditionem filię eamque matrimonio copulandam: nego eum teneri ad dandam dotem.

Non obſtant argumenta contrariæ ſententiæ: nam ad l. Qui liberos reſp. regulariter id verum eſſe, ſicut & regulare eſt patrem teneri ad alendum filium; ſed hunc excipimus caſum, quando filia diues eſt.

Ad l. vlt. C. de dotis promiſſ. placet illa reſp. patrem in illa facti ſpecie non fuiſſe obligatum; quod illa verba ſatis indicant, quibus toties liberalitatis paternæ ſit mentio in illa lege, nam in neceſſitatibus nemo liberalis exiſtit. l. Rem legatam de adim. legatis Confirmatur hęc interpret. Nam ſi pater in illa facti ſpecie fuiſſet obligatus, nulla erat dubitandi ratio, quin de ſuis bonis dotaſſe intelligeretur. Quod autem ibi dicitur paternum eſſe officium dotem dare, pro ſua progenie, ſic accipiendum id-eſt, regulariter & ſecundum iuris regulam: & hæc fuit ratio decidendi, quia pater ibi intelligitur voluiſſe dotare B filiam ex ſuis bonis, licet allegare potuiſſet ſe non teneri, cum filia haberet bona materna: quæ ratio eſt cur Imp. toties dixerit, patris fuiſſe liberalitatem.

Quod autem dicebatur dotem loco legitimę ſuccedere, & legitimam relinquendam eſſe filiæ, etiamſi diues ſit, nihil mouet; quia eſt res longè diuerſa; ſic enim ſancitum eſt in ijs, quæ ad teſtamentũ patrisfam. pertinent, vt filios ſuos debeat inſtituere hęredes, aut exhęredare ſi iuſtam cauſam habeat: non patitur lex, vt iniuria filij afficiantur pręteritione, vel iniuſta exhęredatione: & hæc eſt ratio, cur filio, etiam diuiti legitima ſit relinquenda: quæ ratio iniuriæ non æquè militat in dote; ſicut enim pater non dicitur iniuriam facere filio, aliunde habenti vnde ſe alat, ſi ei neget alimenta; ſic exiſtimo nullam facere iniuriam filiæ diuiti, ſi dotem ex bonis ſuis ei non dederit. Hæc ita eſſe nullum eſt euidẽtius teſtimonium, quàm quod ex verbis d. l. vlt. colligitur, dum ait *Liberalitas itaque talis maneat vera & irreuocabilis, vt & patro no* C *mine liberalitas, & debitum ſuam ſequantur fortunam.* Hic vides appellari patris liberalitatem veram & irreuocabilem: ex quo apparet patrem donaſſe filiæ ſuæ dotẽ, volens paternum exequi officium, licet non teneretur; quia filia habebat res maternas, ex quibus dotem cõſequi ſufficientem poterat.

CAPVT XXXIX.

An Lex Vltima, C. de dotis promiſſ. locũ habeat, vbi filia renunciauit maternis & paternis bonis, & quando pater dedit illi dotem computato omni eo, quod habere debet ex bonis maternis.

Irca hoc contrariæ ſunt doctorum ſententiæ: Nam quod conſtitutum eſt in l. vlt. C. de dotis promiſſ. locum ſibi vendicare, etiam filia renunciante maternis bonis, deciſum fuit apud D Aſſlict. deciſ. 178.

Sed contrariũ ibi voluit Vrſillus & deciſ. ſeq. nec non Crauetta & Stracca in adnotationib. conſ. 84. Similiter aliqui voluerunt, eandem Iuſtiniani conſtitutiõnem locum habere, etiam quando pater dotem filiæ dedit vel promiſit, computato omni eo, quod filiæ debetur ex bonis maternis. Alijs pluribus in contrariam deſcendentibus, vt per Crauettam d. conſ. 84. Soc. iun. in l. 1. ſol. matr. nu. 177. & nouiſſimè Menoch. de pręſumpt. lib. 3. præſumpt. 15. nu. 74.

Omnis difficultas in his quæſtionib. explicandis, poſita eſt in verbis d. l. ult. quæ ſic ſe habent, *Vbi autem ex rebus tam ſuis, quàm maternis, vel alijs, quæ nõ acquiruntur, vel ex ſuis debitis, dixerit ſe feciſſe huiuſmodi liberalitates, tunc ſiquidem penitus inopia tentus eſt, ex illis videri rebus dotem vel ante nuptias donationem eſſe datam, quæ ad filios vel filias pertinent. Si verò & ipſe ſubſtantiam idoneam*

neam poſſidet, in hoc caſu, quaſi de ſuo patrimonio, dotem, vel ante nuptias donationem dediſſe, intelligetur.

Nã qui ſentiunt in prædictis caſibus locum eſſe dictæ conſtitutioni, eo argumento nitũtur; quòd nulla ſit differentia, ſiue dicat pater ſe dotare ex ſuis & maternis rebus filiam; ſiue eam dotare computato omni eo, quod ex maternis rebus filiæ debetur; ſiue filia maternis rebus renunciauerit: etenim fauore dotis, & ex alijs rationib. quæ in d. §. vlt. continentur, nihilominus pater cenſetur dotare filiam ex ſuis proprijs bonis, ſi diues ſit. Nullam eſſe differentiam inde colligunt, quòd quando pater dicit ſe dotare ex ſuis & maternis rebus, procul dubio ſecundum verborum naturam, & iuris diſpoſitionem illa interpretatio adhibenda eſſet, vt partim ex paternis, partim ex maternis rebus filia intelligeretur eſſe dotata: & nihilominus vult Imp. filiam intelligi dotatam ex rebus paternis dumtaxat; ſi pater idoneam habet ſubſtantiã. Igitur & in dictis caſibus idem videtur eſſe reſpondẽdũ, licet verborũ natura ac iuris regula repugnare videatur.

Sed magis placet eorum ſententia, qui negant in ſupra dictis caſibus locum fore dictæ conſtitutioni; quia valde dura eſt, & rationi contraria: quamobrem & à Leone Imperatore Nouella. 21. ſublata fuit: magis ergo videtur eſſe reſtringenda, quàm extendẽda extra ſuos terminos, & limites. l. quod verò, de legibus: nam certè non parum inter ſe differunt ſupradictę formulę verborum: cũ enim dicitur, computato omni eo, quod ex bonis maternis debetur, res eſt clariſſima, quod pater vult filiam eſſe dote iſta contentam, loco bonorum maternorum: quãdo verò dat pater dotem ex ſuis bonis, & filiæ, ſumi poteſt interpretatio, quod priùs voluerit ex ſuis bonis dotẽ præſtari, deinde, ſi non eſſent ſufficientia, ex bonis maternis.

CAPVT XXXX.

Vtrum auus paternus dotare teneatur neptem, quando filius eſt diues.



Exiſtimat Socin. Sen. in l. 1. nu. 49. ſol. matri. quem ſequi videtur & Soc. Iun. ibidem nu. 190. auum paternum teneri ad dotandam neptem, ex filio diuite; adductus in hanc ſententiam his argumentis.

Primò ex l. Dedit dotem. ff. de colla. bonor. ibi. *quippe officium aui circa neptem, ex officio patris erga filium pendet; & quia pater filium, ideo auus, propter filium, nepti dotem dare debet.*

Secundò ex l. vlt. C. de dotis promiſſ. illis verbis. *Neque enim leges incognitæ ſunt, quibus cautum eſt, omnino paternum eſſe officium, dotem vel ante nuptias donationem pro ſua dare progenie.* Progenies videtur continere etiam nepotem; & tex. loquitur in filia quæ habet bona materna: ergo idem erit in nepte, licet habeat bona materna, & ſic diues ſit. Vnde ſic argumentatur Socin. ſi tenetur auus dotare neptem licet diues ipſa ſit, conſequens eſt, vt eandem dotare teneatur, licet ipſius pater diues ſit.

Tertium eſt ex regula. l. qui liberos. ff. de ritu nupt. quę lex generaliter loquitur.

Sed hæc ſententia euidenti ſanè cõfutationi obnoxia eſt. Nam omiſſis leuibus argumentis, conſtat paternum eſſe officium, filiam dotare, vt in d. l. vlt. C. de dotis promiſſ. ſi igitur pater diues ſit, & commodè poſſit filiam ſuam dotare, non videtur ad cogendus auus Hinc Vlpian. in l. 5. § ſi filius. ff. de iure dot. ſcribit filiumfam. qui poſt mortem patris dotem ſoluit filiæ ſuæ promiſſam, non pro hæreditate patris æs alienum, ſed proprium ſoluiſſe, quod filiusfam. exiſtens ſuſceperat. Ex quo apparet dotem promiſſam fuiſſe auo ſuperſtite: quod ſi auus teneretur, proculdubio æs alienum pro hæreditate ſoluiſſe videretur. Ratio dubitandi erat, quia filius ſoluit poſt mortem patris ex bonis, & hæreditate patris ſui; quę dos

A non videbatur profectitia, ſed aduentitia, quaſi ab auo data. Ratio decidendi fuit, quia filius promiſerat dotẽ, & ideò proprium debitum ſoluit.

Et hæc eſt communiter ſententia Doctorum ſicut teſtatur Socin. Iun. in d. l. 1. nu. 192. ſol. matr. & in conſil. 79. nu. 15. & 35. lib. 3. Menoch. alios adferens cõſi. 85. nu. 14. lib. 1.

Ad primum argumentum reſpondeo, non hoc velle Iure Cõſ. in d. l. Dedit dotem, quod auus teneatur neptẽ dotare, ſed ait filium teneri; auum autem dotem dediſſe, propter filium; quaſi dicat, filium quidem obligatũ fuiſſe ad dotandam filiam ſuam; eius autem contemplatione, auum dotem dediſſe. Et quod ait de officio aui erga filium, hunc ſenſum habet, vt ad officium aui pertineat dotem dare nepti pro filio ſuo: quando ſcilicet ipſe filius non eſt idoneus. Nam ſi ipſe filius idoneus ſit ad dotandum, quia ſit diues, nulla æquitas ſuadet, auum ad id obli-

B gatum eſſe.

Ad ſecundum patet reſponſio, quia l. vlt. C. de dotis promiſſ. loquitur de patre, non de auo paterno: & dato quod ad auum paternum extẽdi poſſit, intelligitur quãdo filius non eſſet diues.

Nihil obſtant illa verba *neque enim leges incognitę ſunt quibus cautum eſt*, &c. Nam fateor hoc eſſe officium, & patris & aui; ſed aui tunc, quando filius non habet, aut non eſt ſuperſtes. Filio enim ſuperſtite neptis nõ poteſt auum cogere, ſed filium, hoc eſt patrem ſuum; ipſe verò filius, auum, hoc eſt, patrem ſuum, qui eſt auus, reſpectu neptis, cogit: & hoc eſt quod ait Lex. Dedit dotem; auum propter filium, neptis dotem dare debere, & filium eſſe qui teneatur: ſed cum filius diues eſt, & idoneam habet ſubſtantiam, videtur ceſſare hæc aui obligatio. Si enim filio diuiti pater alimenta dare non eſt cogẽdus. l. ſi quis à liberis. ff. de liberis agnoſcen. multò minus dotem pro filia dare cogetur: nam maius eſt incommodum in dote

C danda, quàm in alimẽtis ſuppeditandis, vt dicebat Alex. in l. 1. nu. 18. ſol. matr. quia dantur alimenta menſib. ſingulis; dos autem ſemel vna ſolutione numerari ſolet. Reſp. Socin. non eſſe bonum argumentum de alimentis ad dotem: quia pater non tenetur dare alimenta filio diuiti, & tamen dotem dare tenetur. Sunt & aliæ differentiæ inter alimenta & dotem, quas perpendit Alex. in d. l. 1. ſol. matr. Replicari poteſt, dato quod illa communiter ſententia vera ſit (quam falſam puto, vt in præcedẽti capite, quod ſcilicet pater teneatur dotare filiam ſuam diuitem) argumentum procederet de alimentis ad dotẽ hoc in caſu; quia eſt eadem, imò maior ratio in dote, quàm in alimentis. Nam vt dixi maius eſt præiudicium dotem dare, quàm alimenta: ſi ergo non tenetur alimenta dare, multò minùs dotem. Et licet aliquæ ſint differentiæ inter dotem & alimenta, tamen negari nõ poteſt, quin vbi eadem ratio eſt, argumentum rectè ſumi poſſit ab alimentis ad dotem; ſicut declarat Euerardus in locis legalib.

D cap. de alimen. ad dotem.

CAPVT XXXXI.

Ad l. Gallus, in principio. ff. de liberis & poſthumis.



Nam abſolui controuerſiam ad hanc legem pertinentem lib. 4. controuerſ. c. 76. hoc reliquas tractare conſtitui: ſunt autem tres poſtiſſimum.

Prima, an poſthumi alieni poſſent olim iure ciuili ante tempora Iuſtiniani Imperatoris, hæredes inſtitui. Secũda, an poſthumus Galli Aquilij, ſuerit ſuus, vel alienus. Tertia, quomodo conſilium Galli ſit accipiendũ, vt mortuo filio, teſtatore viuente, hæreditas non efficeretur caduca.

Quod attinet ad primum; duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ

sententiæ in commentarijs.d.l.Gallus. Vna,eaq; cómu-
nis, non potuisse olim posthumos alienos hęredes insti-
tui,ita Bart.ibi Bald.Castr.& reliqui communiter. Alte-
ra,potuisse; quam sententiam nouissimá defendit Excel
lentissimus vir D.Angelus Spanochius doctè,& subtili-
ter in suo eruditissimo commentario.

Fundamentum communis sententię positum est in
§.1.instit.de bonorum possess.vbi Iustin. sic ait: *Nam si
alienus posthumus hæres fuerit institutus, quamuis hæredi-
tatem iure ciuili adire non poterat, cum institutio non vale-
bat, honorario tantum iure bonorum possessor efficiebatur;
videlicet cum à prætore adiuuabatur. Sed & is à nostra
constitutione rectè hæres instituitur, quasi & iure ciuili non
incognitus.* Et in §.Posthumo quoque insti.de legatis vbi.
Posthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur, &c.

Respondet vir Doctissimus ad primum, institutio-
nem posthumorum non fuisse vnquam generalitet pro-
hibitam, sed tantùm in quibusdam casibus, quos Iustin.
noua sua constitutione deleuit. Secundò,illa verba *cum
institutio non valebat*, nó inferre posthumũ alienum in-
capacem fuisse, sed tantum adire non potuisse, cum non
valebat institutio; & sic verba referri ad eum casum quo
institutio non valebat.

Ad alterum argumentum, illud habere locum in lega
tis, ex quibus ad hæredis institutionem argumentari nó
licet, nisi hoc modo; Quibus legari non potest, his nec
hæreditas dari potest; argumentum autem aliter sumi;
scilicet legari potest ijs quibuscum testamenti est factio,
ergo posthumi alieni institui non possunt. Secũdò resp.
ex d §.Posthumo.non probari aliud, quàm legatum inu-
tiliter antea dari posthumo alieno; nó autem posthumũ
incapacem fuisse,vel vetitum posthumo legari. Sed ve-
reor vt hæ respon siones præcellentissimi viri rectè consi
stant. Nam quod attinet ad primum testimonium, certè
verba textus clara sunt, & generalem fuisse prohibitio-
nem indicant,non autem in aliquo tantum casu: nam si
in aliquo tantum casu posthumi institutio inualida fuis-
set, non dixisset Imp. *Si alienus posthumus hæres fuerit
institutus*, &c.quæ verba generalia sunt, aut certè indefi-
nita,& ideo æquipollent vniuersali.l.si pluribus de leg.2.

Necobstant illa verba *cum non valebat institutio;* quia
non est sensus tunc demum posthumum alienum adire
non potuisse cum institutio non valebat, hoc est, eo in
casu quo institutio non valebat, hoc enim indubitatum
fuisset:sed verba illa causam continent, ob quam posthu
mus adire non poterat; quia,scilicet, institutio non vale-
bat: quod verum esse, patet ex verbis sequentibus,quib.
absolutè,& non cum relatione ad certum casum,dicitur
noua constitutione posthumum rectè institui posse hæ-
redem,quasi iure ciuili non incognitum.

Ad alterum argumentum quod attinet,ex d.§ Posthu
mo, non videntur etiam idoneæ responsiones; quia ita
propriè sumitur argumentum; Posthumo alieno inutili-
ter antea legabatur, vt ibi dicitur; ergo posthumus alie-
nus inutiliter antea hæres instituebatur: nam legari illis
solùm potest, tum quibus testamenti factio est. §.legari
instit.de legatis.

Porrò quod præstantissimus vir scribit, non fuisse in-
capaces posthumos alienos;item non fuisse vetitum, eos
hæredes institui,mihi verissimum videtur. Nam lex non
assistebat institutioni; ideò iure ciuili destituti erãt post-
humi alieni;sed à prætore admittebantur;quod non po-
tuisset fieri, si à iure ciuili prohibiti fuissent capere hę-
reditatem.l.Non est ambigendum. §.vbicũque.ff.de bo-
no.possess. & ideo Imp.non dixit posthumos alienos in-
capaces esse hæreditatis; nec prohibitum fuisse eos insti-
tuere; sed aut inutiliter antea legabatur,& institutionem
non valuisse: quod est notandum in hac disputatione,ne
impingatur.

Fundamentum autem contrariæ sententiæ præcipuũ
est in §.Posthumus instit.de leg.vbi Imp. *Posthumus au-
tem alienus hæres institui, & antea poterat & nunc potest*,

A *nisi in vtero eius sit, quę iure nostro vxor esse non potest*.
His accedunt.l.Posthumus de inoff.testam.l.1.§.si filius
de ventre in possess.mittendo l.pen. de leg.1.l.3.§.vtiq;
de suis & legit.ijs legibus probatur posthumum alienum
incapacem non fuisse hęreditatis:nam si fuisset incapax,
non potuisset à prætore bonorum possessionem acci-
pere.l.Non est ambigendũ. §.vbicunque de bon possess.
Et quod hæres posthumus institui potuerit, adferuntur.
l.Filiusfam.de test l.Titius. §.Lucius de lib & posthum.
l.Posthumus, de inoff. testam. l.eius dub. l.extraneo de
ventre in possess. mitten.l.1. §.si filius eod.tit. l.antiqui.
ff.si pars hæredit. pet l.1.§. vlt.eod.l. qui duos, & l.vlt.ff.
de coniung.cum eman.lib. His accedit posthumum ad-
mitti ad hæreditatem iudicio familiæ herciscundæ.l.si
hæres vnus ad fin.ff.fam.hercis.Iudicium autem familiæ
herciscundæ ciuile est,non prætorium.l.1.ff.eod.

Verum istis nil obstantibus, communem sententiam
veriorem esse existimo: nam quod attinet ad §.Posthu-
B mus instit.de leg. certè opus est ad eã cõfugere solutionẽ
qua & veteres vsi sunt,& recentiores; nimirum posthu-
mum alienum antea potuisse hæredem institui iure prę-
torio inspecto, vt ipse Imp.docet,in §.1.instit. de bonor.
possess.alioqui manifesta erit repugnantia. Confirmatur
quia non dicit Imp. antea iure ciuili institui potuisse,sed
simpliciter institui potuisse; neque enim ius ciuile id
vetabat, sed non adiuuabat: itaque iure ciuili adire non
poterat hæreditatem, vt ait ipse Imp. in d.§.1.de bonorũ
possess. Nam si per Iustiniani constitutionem cognitus
est iure ciuili, vt ibi dicitur, oportet dicere antea cognitũ
non fuisse.

Quod attinet ad testimonia quæ adferuntur ad pro-
bandũ,posthumum alienum incapacem hæreditatis non
fuisse: Resp.id verissimum esse, sed tamen iure ciuili adi
re non poterat, verùm à prætorę dabatur ei bono.posses.
Non prohibuit ius ciuile posthumum capere hæredita-
C tem, sed nec iuuit eum; ideo rectè dicitur, si iure ciuili
capere vetitus esset, nec bonorum possessionem petere
potuisse.

Restat vt testimonia confutemus, quæ adferuntur ad
probandũ,posthumum alienum institui potuisse.

Ad l.Filiusfam resp. loqui de posthumo in genere,nó
autem de alieno posthumo: cum ergo aliquæ leges dicãt
institutionem alieni posthumi non valere, aliæ verò po-
sthumum posse hæredem institui,promptum est iura iu-
ribus concordare, vt quod dicitur posthumum institui
posse generaliter, distinguendũ sit secundum alias leges.
l.Non est nouum cum duab.seqq legibus.

Ad l.Titius. §.Lucius de lib.& posthum. resp.ibi natũ
fuisse posthumum institutum,licet testator id ignoraret;
quare inspicitur, & præualet quod in veritate magis est,
quàm quod in opinione testatoris fuit, vt rectè notat ibi
Cuiacius,vel vt dicebat Anton.Faber lib.9. coniect. iur.
cap.29.ibi dicit,iure factam videri institutionem,intelli-
gendũ est iure prætorio,quia parũ refert quantum ad ef-
D fectum tabularum testamenti, an ijs hæreditas adeatur,
vel bon.possess.petatur. l.Non putauit. §.Primo gradu.l.
quod vulgo de bonor.possess.contra tab.

Quod attinet ad l.Posthumus,de inoff.test.illa loqui-
tur de iure prætorio, vt patet illis verbis *quia & bonorum
ab intestato possit bonorum possessionem accipere.*

Lex,Eius qui.de hæred.instit.non loquitur de posthu
mi alieni institutione, sed de seruo eius qui nascetur;
quia talis seruus certus est & existens in rerum natura,
estq; seruus hæreditarius qui capacitatem habet à testa-
tore mortuo, vt rectè explicat Bolognet. in d.l.Gallus,
nu.87. & constat aliquando per seruum nos acquirere
posse, quod per nos ipsos non possumus l.1.de verb.obl.

Ad l.6.& 7.de lib. & posthu. loca illa esse intelligenda
secundum ius prætorium, vel secundum nouam Imper.
constitutionem, quia iure ciuili cogniti suere posthumi
alieni,ita vt hæredes institui possent,vt explicat ibi Glos.

Ad l.primum §.si filius & l.extraneo, respon.loqui de
bonorum

bonorum possessione quã posthumus alienus à prætore accipit, non autem de hæreditate iure ciuili adita.

Ad l. Primum. §. Vlt. & l. Antiqui Resp. loqui de bonorum poss. prætoria: sic & cætera loca loqui manifestũ est.

Quod autem dr̃ competere iudiciũ Familiæ herciscundæ posthumo, rectè dr̃, sed lex allegata non loquitur de posthumo alieno; sed & bonorum possessori vtile iudicium familiæ herciscundæ competere, certum est l. 7. & ibi Glos. in verb. hæres ff. familiæ herciscundæ.

CAPVT XLII.

Posthumus Galli Aquilij, fueritne suus, an alienus?

POsthumum Galli Aquilij alienũ fuisse com. est veterum DD. sententia Bar. Baldi, Castr. & aliorũ in commentarijs l. Gallus de lib. & posth. teste Soc. Iun. ibi. nu. 20. 21. Fundamentum est in l. pen. de leg. 1. ibi. *Et obtinuit sententia Galli alienos quoque posthumos, legitimos nobis hæredes fieri.*

Sed posthumũ hunc, situm, non alienũ esse, defendũt Cuiac. in d. l. Gallus, & Duarenus, nec non Alciat. ibi & lib. 3. paradox. c. 2. Fundm̃ est, qa posthumus alienus est, q natus inter suos, heres testatori futurus nõ est, §. Posthumo inst. de leg. Sed posthumus Galli Aqlij natus inter suos, hæres testatori futurus est: igitur suus est non alienus. Sic enim Galli formula concipitur. *Si filius meus viuo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, siue quæ neptis post mortem meã in decem mẽsibus proximis, in quibus filius me⁹ moreretur, natus nata ve erit, hæredes sunto.* Quibus verbis manifestũ est, nepotem natũ, hæredem futurum esse testatori, quia pater eius de medio sublatus erit. His accedit quod cùm iure ciuili posthumus alienus incognitus esset, vt inst. de bono. poss. §. 1. & sup diximus in præcedenti capite; non fuit in arbitrio I. C. Caij tale ius emendare, ac cõtrarium statuere. Erat enim eius munus iura interpretari, non emendare, vel tollere. Et ad l. pen. resp. illã loqui de hærede legitimo, q scilicet ab intestato vocatur, iuxta l. 3. § pen. ff. pro socio, & cõsequẽter nõ ptinere ad hũc posth. Aquilij, qui ex testõ instituitur hæres.

Côciliari possunt hæ opiniones hoc pacto; Galli Aquilij posthumum esse nepotem testatoris; sic enim ait tex. *Gallus Aquilius institui posse posthumos nepotes, instituit.*

Dum autem quæritur, an talis posthumus sit suus, vel alienus, distinguo sic: si cõsideratur tanquã posthumus, proculdubio alienus est; quia si testamentu tẽpore nasceretur, nõ esset suus heres testatori futurus; filio, qui nunc viuebat, impediente: Si verò consideratur vt posthumus institutus secundũ formam Galli, tunc est suus, nõ alienus: instituitur enim eum in casum, quo suus futurus est, patre mortuo: nec aliter Gallus facere potuisset; quia posthumus alienus, iure ciuili institui non poterat.

CAPVT XLIII.

Quo pacto testamentum, quo nepos instituitur secundum formam Galli, præmoriente filio, caducum non fieret.

COnstat inter omnes, mortuo hærede ante testatorem, olim testamẽtum effectum fuisse caducum l. Vnica §. Pro secundo C. de cad. tollend. quod cùm ita sit, quæritur quo pacto testamẽtum secundum Galli formam conditum, non fieret caducũ mortuo filio hærede instituto, viuo testatore; & quatuor modis hoc accidere potuisse veteres responderunt: Primũ si alius cohæres filio instituto datus esset; ex persona enim cohæredis potuit testamentum sustineri: ita Bald. in d. l. Gallus; quod meram cõtinet diuinationem.

Secundò per dationem substituti vulgaris: erat enim nepos filio vulgariter substitutus. l. Pater filium de vulg. & pupil. ita Bar. ibi: Sed non rectè; quia textus ille loquitur de posthumo nato, viuo testatore; Gallus autem, de

A posthumo nato, mortuo testatore: vt animaduertit Iason in d. l. Gallus nume. 75.

Tertiò secundum comm. Imol. & Alex in d. l Gallus; propositum Galli fuisse, vt testm̃ sustineretur, nec rumperetur natiuitate posthumi; de alijs casibus quibus rumpi poterat, non fuisse solicitum. Non satisfacit, quia non est verisimile, eum, inuenisse modum sustinendi testamentum vna via, si altera via & ratione caducum efficeretur.

Quartò secundum Iason in fine, si detur filio substitutus, vel cohæres non purè, sed post mortem filij: sed hoc diuinare est.

Alij aliter: Vera ratio est, quã D. Angel. Spanochius attulit, quoniam lex caducaria locũ non habebat in descendente & ascẽdente vsque ad tertiũ gradum, tex. in l. Vn. §. Et cum lex C. de cad. tollen. Vlpian. in fragmen. Vlp. tit. 17. & seq. dixi lib. 4. controuers. cap. 76. in fine.

CAPVT XLIV.

B *Ad §. Et quid si tantum l. Gallus. de lib. & posthu. controuersiæ omnes: quarum prima quo pacto verum sit, quod Gallus dicit hos casus non pertinere ad l. Velleiam, sed hac ex sententia legis Velleiæ admittenda.*

IN explicatione §. Et quid si tantum, occurrũt non parui momenti difficultates, de quib. inter DD. est controuersia: eas hoc & seqq. capitibus ordine conabimur explicari. Prima est cur Gallus dixerit, hæc omnia ex sententia l. Velleiæ admittenda.

Comm. veterum Gloss. Accursij & aliorum interpretum schola docet, Galli Aquilij formulã suppleri per legẽ Velleiã, quæ omnes rumpendi testamenti casus cõplexa est. His cõsentientia scribit Cuiac. in explicatione huius loci, dum ait, *quia vt lex Velleia viuo testatore agnascentibus posthumis, omnes casus rumpendi complexa est; ita tu-*
C *tamus fatis, iure antiquo, post mortem agnascentibus posthumis, comprendi omnes casus.* Sed hanc sententiã impugnat Ant. Faber Coniect. iuris lib. 9. c. 3. eam ob causam, quod secundum caput legis Velleiæ, non ad posthumos pertineat, sed ad eos nepotes qui testamenti tempore iam nati essent, viuo adhuc eorũ parente: Pertinent autem ad secundum caput legis Velleiæ verba illa, *Si suus hæres esse desierit:* ex quib. Accurs. & cæteri cum secuti, rationem illam deduxerunt. Omnino male, inquit Faber, quia verba illa pertinent ad secundum caput legis Velleiæ, vt dictũ est, in qua non agimr de posthumis, sed de nepotibus. Ipse demum aliam adfert causam; quia scilicet lex Velleia admittit institutionem posthumi, etiã alieni, etiã nati viuo patre. Omnino male, meo quidem iudicio, nã sic ait tex. in §. Nunc de lege Velleia. *Et bene verba se habent, si quis ex suis hæredib. heres esse desierit, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilij sententia diximus.*

Sed verba illa Galli Aquilij pertinent ad omnes casus,
D quos Scæuola docuit esse supplendos in formula Galli Aquilij. Tunc sic argumentor. Ergo pertinent etiam ad hũc casum, quẽ Scæuola supplet in formula Galli Aquilij; vt nimirum nepos succedat, siue filius moriatur, siue deportetur, vt in §. Et quid si tantum. Si sic est, ergo communis interpretatio verissima videtur.

CAPVT XLV.

Secunda controuersia, quis sit sensus §. Et quid si tantum l. Gallus. de lib. & postremis.

SEcunda controuersia est, quis sit sensus § Et quid si tantum? Nam Glos. Bart. & alij cõiter ita exponunt, vt prouisio testatoris facta in vno casu, trahatur ad aliũ casum similẽ; sicut hic prouisio facta eo casu, quo moritur filius vel nepos, trahitur ad aliũ casum similẽ, quo deportetur, vel emancipetur;

eipetur:scilicet retenta Bart. distinctione, id locũ sibi vendicare in cõditione necessaria ad actum, vel ad effectum actus; secus in volũtaria conditione, quæ in forma, vt loquuntur, specifica impleri debet: l. qui duob. l. Mæuij de cond. & dem. Conditio tñ necessaria ad actũ vel ad effectũ actus, adimpleri põt per æquipollẽs, vt hic; quia hæc cõditio, si filius moriatur, necessaria est ad hũc effectũ, vt nepos ex eo nasciturus efficiatur suus; quãobrẽ siue morte naturali tollatur filius de medio, siue deportatione, siue ẽt emãcipatione amittat suitatẽ, locus erit cõditioni, q̃ verissima est doctrina nõ tã huic loco cõsentanea, quam alijs locis. l. Si ita ff. quan. dies leg. ced. l. 3. C. de instit. & subst. l. Mulier ad Treb. Sed contrariam sententiam habuerunt recentiores quidam, Cuiac. hic & Duaren. nec nõn Ant. Faber lib. 9. coniect. cap. 3. quib. adnumerari potest Alciat lib. 3. paradox. cap. 9.

Ne dixerimus (inquit Cuiac.) *in casum mortis factam institutionẽ ad alios casus trahi: nec enim is est huius §. sensus, vt hic Aemilius Perotus acutè animaduertit. Proferes quidẽ l. Si ita quando dies leg. ced. vt ostẽdas, casum mortis trahi ad casum emancipationis, vel deportationis; quæ de re extat cõstitutio Antonini in l. 3. C. de inst. & subst. sed nihil ages: Nã cõtra proferã ipse l. Ex ea §. pen. de verb. obl. l. Cũ pater. § hæreditatẽ. de leg. 2. in quib. casus mortis non trahitur ad deportationem. Ius ciuile directum, & strictum est, nec suppletur sine certa lege aut constitutione, &c.* Resp. ius ciuile admittere hãc interpretationẽ, quæ procedit de similibus ad similia. l. Non possunt. de legib. non est supplere hoc, sed interpretari volũtatẽ testantis, vt in exẽplis allatis in l. 3. C. de inst. & subst. & l. Si ita ff. qñ dies leg. ced. & similibus. Cùm enim appareat effectus quẽ testator respexit, optima est interpretatio, quæ voluntatẽ eius extendit ad similem casum, in quo idem effectus succedat.

Qd attinet ad leges cõtrarias quas ille citat, nihil obstat, q̃a loquũtur de cõditione oĩno volũtaria, nõ aũt necessaria ad actũ vel effectũ alicuius actus, vt puta, cum quis stipulatur sibi dari post mortẽ promissoris; hoc in casu volũtaria est cõditio: nec enim ad vllũ effectũ respexit stipulator, qui ex deportatione æquè obtineatur, quẽadmodũ ex morte naturali. Similiter & in §. Hæreditatẽ, mors naturalis in cõditione est posita ex voluntate testatoris, nõ ad effectũ aliquẽ certũ respicientis, ideo debet impleri in forma. Et hoc est etiã quod dr̃ in l. cõmodissimè de lib. & posthu. casum omissum haberi pro omisso; quia scilicet casus expressus non pòtest extendi ad omissum, ex voluntate defuncti respicientis effectum rei, qui æquè contingat in expresso casu, sicut in omisso.

Duarenus aũt sic scribit in cõmẽtarijs huius §. *Accursiani aliter hæc verba interpretantur: sic enim aiũt, Si testator mentionẽ mortis fecerit in institutione nepotis nascituri; ille casus expressus à testatore porrigitur ad alios casus similes, nẽpe deportationẽ, emãcipationẽ, & similes: & hinc colligũt, hãc thesim. Prouisionem factã à testatore, ad alium casum similẽ porrigi. Qui hoc colligunt ex verbis Scæuolæ, ostendunt se hoc oĩno nõ intelligere. In lege hoc verũ est, sed interpretatio legis multũ distat ab interpretatione testamẽti. Dico, qd̃ si testator expresserit vnũ casum, nisi appareat euidenter eũ de alio casu sensisse, non producemus ad alium casum: veluti si dixerit, si filius me viuo morietur, nepos qui mihi ex eo nascetur, hæres esto: Nam etsi emancipatus fuerit, vel in insulam deportatus, tamen nepos non erit hæres &c.*

Sed quid Resp. ad hũc §? Certè hic loquit̃ Scæuola de formula Galli Aquilij: Formula Galli loquit̃ de testatore; testator instituit nepotẽ si filius moriatur: Hæc nepotis instit. sub cond. ista, si filius moriatur, trahit̃ ad casum quo filius deportatur, vel emãcipatur: ergo prouisio seu dispositio testatoris facta in vno casu, trahitur ad aliũ similẽ. At hoc fit ex sententia l. Velleiæ: quidni? l. Velleię & sentẽtiæ eius rõ vnde colligitur? nonne inde, quia oẽs casus cõplexa est quibus testamentũ rumpitur; ad quẽ effectum, & testator respicit, cum Galli formula vtitur? Declaro. Testamentũ rũpitur si agnascatur suus hæres præ-

A teritus: Ne igitur rũpatur, nepos qui efficitur suus, patre suo de medio sublato, institui debet sub dicta cõditione. Ergo siue morte, siue deportatione, siue emancipatione, talis nepos suus efficit̃, et iure suitatis rupturus est testm̃ testatoris, prouisio locũ habet interpretatione porrecta ad istos oẽs casus. Sed hoc in casu mens legis apparet, trahens testatoris dispositionem ad casus similes, qñ resultat effectus à testatore consideratus: cur non & alijs in casibus idẽ erit obseruandũ, l. Non possunt. de legibus?

Sed nihilò fęlicius Ant. Faber. sic. n. ait, *De illo itaq; Scęuolam dubitare fatendũ est, an posthumus ita institutus, sicuti Gallo placuit, hoc est, ex ea conditione, si filius meus viuo me morietur, vtiliter institutus videtur, eodẽ filio, nõ mortuo, sed vel deportato, vel ab hostib. capto: magis aũt p̃bat, vt vtiliter institutus nepos videatur, an qd̃ ex verbis formulæ Aquilianæ, aut ex sñia Galli mortis casum expresisse sufficiat, vt ad similes oẽs trahi possit, quemadmodum vulgò creditur? minimè: conditionem enim quamlibet, pręsertim*

B *quæ institutioni adiecta sit, pręcisè, & vt nostri loquuntur, in forma specifica, impleri oportet. l. Qui hęredi. l. Mæuius. de cond. & dem. & planè cõmentitia est illa Bar. distinctio, an conditio voluntaria sit, an necessaria, siue ad actum, siue ad effectum actus; cũ ea conditio, quæ in formula Aquiliana exprimitur, sit necessaria ad actum & validitatẽ institutionis posthumi nepotis; nec tamen possit adimpleri per æquipollens, ẽt fatente Scæuola, si subtrahas interpretationẽ, quam ille ex sententia legis Velleiæ mutuatur: idq; & Bar. ipse bene vidit, sed hanc obiectionem, ita diluit, vt dicat, nõ posse conditionem hanc adiectam institutioni nepotis Aquiliani, si filius viuo avo morietur, impletam videri, si filius deportatus sit, aut emancipatus; quod ea interpretatio esset contra legem, quæ alieni posthumi institutionem prohibet: Quasi verò eo casu, quo mors filij expressa est, permiserit? Gallus aũt permittere potuerit posthumi alieni institutionẽ, aut quasi conditione sic concepta, si filius meus me viuo morietur, videri debeat posthumus institutus in eum casum, in*

Ç *quo suus erit potius. si condõ illa adscripta esset, si filius meus viuo me deportabitur, aut ab hostibus capietur; quorũ tamẽ aliorum nihil certè dici potest. Ergo casus mortis expressus in institutione posthumi nepotis, non trahetur ad similes, siue verba formulæ, siue mentem Aquilij, siue denique futuram testatoris respicias, quę ex verbis concipi potest. Alia. n. renera conditio est mortis, alia emancipationis, alia deportationis; casusq́, planè diuersi sunt: proinde non licet Iurisconsultis casum vnum ad alium porrigere: quia id demum supplere esset, non interpretari, l. Cõmodissimè, de lib. & posthu. essetq́, in eam rem necessariũ rescriptum Imperatoris, nõ à prudentium potestate, vt in l. vlt. C. de posthu. hered. inst. l. 3. C de inst. & subst. &c.* Sic ille: qui in duob. redarguendus mihi vr̃: primum dum Bart. citat. Nam Bart. posteaq̃ exposuit suã distinctionem, & conclusit conditionẽ necessariam ad actum, vel ad effectũ actus, adimpleri posse per æquipollens, & prouisionẽ factam à testatore per mo-

D dum conditionis necessariæ ad actum vel effectũ actus, extendit ad casum omissum; vt in hoc §. Et in alijs legib. concordantibus. Opponit statim contra ista; quia si vera essent, non erat opus lege Velleia, ad supplendũ Gallum: sunt hæc eius verba: *Opp. ad istud vlt. de hac lege in principio, vbi prouisio facta de nepote, si nascatur post mortem, non porrigitur ad casum quo nascatur in vita; & tamen est necessaria conditio &c. quod autem non subintelligatur, patet; quia Gallus suppletur per Velleium. Resp. ideo non subintelligitur, quia esset contra legem, quæ posthumus alienus non poterat institui secundum hęc tempora.* Hæc Resp. Bart. optima est, & plena succi: nam sic vult dicere; quia lex prohibebat posthumi alieni institutionem, meritò prouisio Galli, sm̃ quam posthumus alienus institui poterat, restringi debet ad suos terminos; non autẽ extendi debuit sine legis authoritate, contra legẽ expressam. At dicit Faber, absurdũ est dicere, Gallũ statuisse posthumũ alienũ institui posse, cõtra legis authoritatẽ id prohibẽtis: Resp. Gallũ non disponere aliquid directè contra legẽ; nec. n.

id po-

id potuiſſet; ſed modum ac formã induxiſſe, quo id fieri A
poterat ſalua lege; qui modus ac forma non potuit exten
di ad alios caſus, quibus lex prohibens lęderetur. Aſt Fa-
per errat in eo, quod putat hanc obiectionem, quã Bart.
tribuit pertinere ad §. Noſtrũ, in quo quæritur, an formu
la Galli quæ loquitur de morte filij, locũ habeat in depor
tatione, vel emancipatione. Nõ eſt ita, quia obiectio per-
tinet ad eũ caſum, quo nepos naſcitur viuo teſtatore; cũ
Galli formula loquatur de nepote nato poſt mortem. Al
ter error eſt, negare Iuriſc. interpretandi facultatẽ, quę fit
per extenſionem; noſtri appellant extenſiuã interpreta-
tionem; quam eſſe permiſſam indicant. l. Non poſſunt. de
legib. vbi eſt eadem ratio, eſt idem ius l. Illud ad l. Aquil.
cum ſimilib. de quib. habes ſexcenta loca apud Euerard.
loco à ratione legis.

CAPVT XLVI.

Tertia controuerſia, vtrum filio iuſtè exhęredato, nepos ex B
eo præteritus, rumpat teſtamentum, vel teſta-
mentum nullum ſit.

EXiſtimo nepotẽ præteritum in propoſita ſpe
cie non rumpere teſtamentũ: cuius ſenten-
tiæ authores habeo Gloſſatorem in l. ſi quis
poſthumos §. ſi filiũ de lib. & poſth. & alios
tres quos refert, & ſeqtor Ant. Gomez. va-
riar. con. tom. 1. cap. 11. nume. 51. & Soc. Iun. in l. Gallus
§. Et quid ſi tantum de lib. & poſthu. nu. 12.

Fund. eſt inconcuſſum valde & ſolidum in l Filio præ
terito ff. de iniuſt. rupt. & irr. teſtam. ibi, *Et dicimus teſta
mentum non rumpi, cum nec exhæredari huiuſmodi nepos
debuerit ab auo, quem pater præcedebat*: & in l. ſi quis poſt-
humus. §. ſi filium. de lib. & poſth. vbi idem dicitur: & in
lege illud § 1. de bono poſſ. cõtra tab. & in l. Scripto. verb.
Cæterum ff. vnde lib. Et in l. Si quis filiũ. C. de inoff. teſt.
inducendo tribus modis: primò quia Imp. de nouo cõſti- C
tuit, nepotes ex perſona patris ſui impugnare poſſe teſta-
mentũ aui per querelam inofficioſi: quæ prouiſio nõ erat
neceſſaria, ſi nepos ex perſona ſua rumpere poſſet teſta-
mentũ. Secundò quia dicit Imp. nepotem, ante ſuam con
ſtitutionem, omni auxilio deſtitutũ fuiſſe: ſi erat deſtitu-
tus omni auxilio, qñ pater deceſſerat ante motã querelã
iuſtam, ergo multò magis, qñ querela fuiſſet iniuſta: & ſi
erat tunc deſtitutus omni auxilio; abſurdum vr̃ dicere, ip
ſum ex ſua perſona potuiſſe rumpere teſtamentũ. Tertiò
quia decreuit, tunc demũ nepotẽ admitti, qñ exhęreda-
tio patris non fuit iuſta, & ingratitudo non probatur per
ſcriptos hæredes: ergo ſecus, ſi exhæredatio ſit iuſta, tunc
remanet nepos omni auxilio deſtitutus; & conſequẽter,
nec ex ſua perſona rumpit teſtamentũ. His accedit quod
nepotis inſtitutio non eſt neceſſaria, cũ viuit pater eius.
l. Inter cætera de lib. & poſthu §. Ita demũ de hæred. qui
ab inteſtat. def. ergo non poteſt rumpere teſtamentum.
Pręſertim quia eſt eadẽ iuris regula, nõ poſſe teſtamentũ
ab eo rumpi, qui non ſuccedit ab inteſtato: l. Cum qui vn D
de C. de inoff. teſtam. Sed nepos non ſuccedit, quia pater
eum præcedit: ergo non poteſt rumpere teſtamentum.

Contrariam ſententiã amplexus eſt Bar. in l. Pater fi-
lium ff de inoff. teſtamen. & in l. Si quis filiam C. eod. &
alibi, & alij, quos refert Coment. vbi ſupra, & poſt eum
Michael Graſſus §. teſtam. quæſt. 47.

Argumenta ſunt iſta: primũ excluſio filio ab hæredita
te, admittitur nepos §. Ita demũ. de hæred quæ ab inteſt.
l. 1. §. quib. de ſucceſ. eod. Sed hic filius eſt excluſus, ergo
nepos admittendus. Reſp. maiorem propoſitionẽ locũ ha
bere in ſucceſſione ab inteſtato: & ita loquunt leges oẽs,
quæ huc adferri poſſunt: hic autẽ agitur de cauſa teſtati.

Secundũ argum. filius exhæredatus habetur pro mor
tuo: l. 1. §. ſed ſi patronus ff. de coniug. cum emanc. lib. er
go nepos ſuccedit in locũ eius. Reſp negando conſequen
tiã. Non enim habetur pro mortuo filius exhæredatus,
ad hunc effectum, vt alius admittatur contra teſtamẽtũ.

Tertiũ eſt ex l. Si is qui. ff. de inoff. teſta. vbi ſic ait I. C.
*Si is qui admitteretur ad ſucceſſionem, nolit, aut non poſſit
accuſare, an ſequens admittatur videndum eſt: & placuit
poſſe, vt fiat ſucceſſioni locus.* Reſp. tex. loqui qñ ſimul cum
filio exhęredatus eſt etiam nepos; alioqui non haberet
querelam; nec enim iure probatur, quod ſæpe Bart. incul
cat, nepotem præteritum habere querelam inoff. teſtam.
eò quod teſtm̃ ſuſtineatur; quaſi pręteritio iſta, pro exhę-
redatione habeat, ſicut mris pręteritio. Hæc. n. principijs
iuris repugnant, & nullo iure probant, bona Bart. venia.

Quartum eſt ex l. Pater filiũ. ff. eod. ubi excluſis filijs
per exhæredationẽ, auus eorum admittit ad querelã, qui
eſt pr̃ teſtatoris. Reſp. hæc eſſe diſſimilia. Nã nepos ex fi-
lio coniungit auo ex perſona filij; ideo venit iure reprę-
ſentationis in locũ patris: ſi ergo eum pręcedat, nõ eſt lo-
cus reprę́ſentationi. At auus venit iure proprio: filio eñ
ſuccedit pr̃ iure ꝓprio: quare ſi filius Titij filios ſuos ex-
hr̃dauerit, & ſic excludat, auus eorũ non ꝓpea cẽſeri dẽt
excluſus; qa ꝓprio iure venit, nõ aũt vigore rep̃ſentõnis.

Quintum arg. ſumitur ex l. 3. §. ſi emãcip. de bon poſſ.
contra tab. vbi excluſo filio nepos admittit ad bonorum
poſſeſſ. contra tab. Reſp. I. C. loqui in illa facti ſpecie, qñ
filius moritur viuo patre: tunc enim in eius locum intrat
nepos, ac propterea exhæredatus rumpit teſtamentum:
at nos loquimur quando filius patri ſuperuixit.

Sextũ eſt ex l. Gallus. §. Et quid ſi tm̃ de lib. & poſthu.
vbi delictum patris non nocet filio reſpectu bonorum.
Reſp. tex. loqui de filio, cui aqua & igni interdictũ eſt, q
pro mortuo habetur, & non de filio exhęredato. Et pręe-
terea, loqui de filio, cui hæc, viuente patre, contigerunt,
ac proinde nepos in eius locum ingreditur: quod in quę-
ſtione noſtra non accidit.

CAPVT XLVII.

*Vtrum ſi filius fiat monachus, locum habeat quod
dicitur in l. Gallus?*

QVarta Controuerſia eſt: Dicit tex. in l. Gallus,
ſi moriat filius, inſtitui poſſe nepotẽ, ſm for-
mã Galli Aquilij: deinde in §. Et quid ſi tm̃:
id quod de morte naturali dictũ eſt, extendit
ad mortẽ, quã vocant ciuilem, puta deportationem, aquę
& ignis interdictionem & ad alios modos, quibus filius
deſinit eſſe ſuus; puta ad emancipationem. An & ad mo-
nachationẽ extendi debeat? Spec. tit. de ſtatu monacho-
rũ qõne ſi exiſtimauit extendi poſſe: quia per ingreſſum
Monaſterij, capitis diminutio inducit, & filius deſinit in
ptãte patris eſſe; eſt. n. mortuus mundo, & in ptãte Abba
tis conſtitutus, & ſe ſuaq; oĩa Deo dicaſſe dr̃, Auth. In-
greſſi. C. de ſacroſ. Eccl. Hanc ſniam defendi poſſe dice-
bat Soc. iun. in d. §. Et quid ſi tm̃, nu. 19. Sed contrarium
Soc. ſen. ibidem in princ. & Iaſ. nu. 6. 7. Fundm̃ eſt, quia
dato quod monachus patria ptãte liberetur, retinet tñ
iura ſuorum. l. Deo nobis. §. 1. C. de epis & clericis. ibi.
*Nullo eis impedimento ex ſanctimoniali conuerſatione ge-
nerando, ſiue ſoli, ſiue cum alijs ad ſucceſſionem vocantur.*
Sed hoc arg. nullius eſt momenti, quia emancipatus qđ
iura ſuorum retinet. l. Meminimus. C. de legi. hæred. &
tñ emancipatio idẽ operatur in propoſito noſtro, quoq;
mors naturalis filij. Ego video controuerſiam eſſe inter
DD. an monachus liberet patria ptãte; ſicuti videre licet
ex Soc. ſen. in l. 1. de vulg. nu. 25. & ex ijs quæ dixi lib. 6.
Controuerſ. cap. 14. & ab hac definitione pendet veritas
huius articuli. Sed ſicuti ibi dixi, non puto monachũ pa-
tria poteſtate liberari; ea ratione, quia teſtamentũ ante
ingreſſum monaſterij conditum infirmaretur, quod ta-
men falſum eſt, Probatur antecedens; quia capitis dimi-
nutione, etiam minima, rumpitur teſtamentum: in inſt.
quib. mod. teſtam. infir. Sed emancipatio eſt capitis dimi
nutio minima; inſt. de cap. damn. Ergo emancipatione
rumpit teſtm̃. Qđ aũt nõ rumpat, probat ex Nouella de
monachis; & Nouel. 76. ut dixi d. c. 4 li. 6. Cõtrou. ad finẽ.

CAPVT XLVIII.

Quinta Controuersia: Testator legauit vxori vsusfruct. donec vidua fuerit; post eius mortem, Sempronium substituit, mulier transiuit ad secundas nuptias: quaeritur, an Sempronius statim admittatur, non expectata morte vxoris, an verò demum secuta morte ipsius?

Communis est snia, statim Sẽproniũ esse admittendũ Io. Andr. ad Spec. de secun. nup. in rub. Rain. et Bar. ĩ auth. Hoc locũ C. si mulier scdo nup. Fortun. Garzon. in §. & qd si tm̃, nu. 101. Menoch. de p̃sump 65. nu. 10. Mantica de cõiect. lib. 11. tit. 5. nu 5. Contrariũ docuit olim Rom in l. si qs hr̃s, ita. de acq. hęred. Socin. iun. in d. §. Et qd si tm̃ post. Ruin & alij ante, nu. 67. Cõis sniæ fundm̃ est hoc primũ cessante cã dilationis, cessat dilatio. l. A filia. §. Alũno. ff. ad Treb. sed cã dilationis huius, qd̃ Sẽp hẽret vsufruct. fuit vxor, q̃ testator p̃tulit: Ergo si illa causa cesset, qa vxor amittat vsumfr. ob trãsitũ ad secun. nupt. dẽt cessare dilatio. Hęc enĩ vr̃ esse mens testatoris, ut uxor & substitutus potius habeãt, q̃ hæres sc̃riptus in testõ Confert tex. in l. 3. C. de inst. & subst. ubi condõ emancipõnis adscripta fuit, & filius succedit, licet nõ fuerit emãcipatus, sed pr̃ fuerit deportatus, & sic alio mõ exierit patriã p̃tãtẽ: extensio. n. fit ad casum similẽ, habentẽ eundẽ effectũ. Fundm̃ contrariæ sniæ est p̃cipuũ. in l. Vxoris vsumfr. villę de vsufr. leg. vbi *Scęuola vxori vsumfr. villæ legauit, in quinquenniũ, à die mortis suę; deinde hęc verba adiecit; & peracto quinquennio. cũ eius vsusfructus esse desinit, tũc eũ fundũ illi & illi dari volo. Quęsitũ est, cũ vxor intra quinquenniũ decessisset, an libertis proprietatis petitio sit; an verò cõpleto quinquẽnio cõpetat: qa peracto quinquẽnio testator proprietatẽ legauerat. Resp. post cõpletũ quinquenniũ fundũ ad libertos pertinere.* Solẽt ẽt adferri. l. Vxorẽ. §. hr̃s de leg. 3. et qd̃ verba testatoris repugnãt cũ tã post mortẽ uxoris uocatus fuerit Sẽpronius. Sed resp. mentẽ testãtis p̃ferẽdã esse, q̃ pro Sempronio esse vr̃ ex supradictis. Ad l. Vxori, resp. trib. mod. primò, qa ibi est dictio *tunc*, q̃ denotat extremitatẽ tpis, l. 4. de cond. & dem. scdò, qd̃ ibi erat tp̃s certũ; nos aũt loquimur de tpe incerto mortis vxoris. Tertiò, quia casus loquit' in legato sub conditione relicto: quod. n. relinquit' post alterius mortem, conditionale est. l. Hæres meus, de cond. & dem. q̃ condõ cũ uoluntaria sit, non põt extendi ad alios casus, ex doctrina Bart. & cõi d. §. Et quid si tm̃.

Mihi vr̃ snia hęc posterior esse verissima, & apertè decidi à Scæuola in d. l. Vxori: est. n. facti species ibi proposita, oĩno similis huic nostræ: cõsiderando, quod ibi post quinquennium legatus est fundus libertis; hic post uxoris mortem: ibi distulit legatum proprietatis cũ usufructus esse desierit post quinquẽnium ipsius uxoris; hic cũ usufructus esse desierit post mortem uxoris. Nec ualet ista consideratio, qd̃ fuerit dilata pręstatio legati fauore uxoris, cui magis prospectum uoluit testator, & quã prędilexit heredi; quia ẽt in d. l. Vxori, idem accidit, & tamẽ legatum præstari debet post quinquenniũ. Non obstat prima resp. de dictione *tunc*; quia illa extremitas tẽporis adest etiam tacitè in casu nostro: Ergo fuit legatus vsufructus post mortem uxoris: intelligitur n. factum hoc legatum Sempronio tunc demum, cum uxor fuerit mortua. Secunda resp. etiam nihil obstat, quia non est ratio differentiæ inter incertum tp̃s, & certum: utroque. n. casu retardata est legati pręstatio, ante lapsum tẽporis, nec magis incerto, quàm certo tempore. Sic & tertia resp. corruit: quia nihil refert, quod sit conditionale legatum, vel post tempus certum præstandum: certum enim est ante conditionem pręstari non posse, sicut nec ante diem.

Nõ obstat, l. 3. C. de inst. & sub. qa testator ibi tm̃ cõsiderauit liberationem filij à patria ptãte, licet emancipationis fecerit mentionem nihil: idem sensisse videtur filio liberato à potestate patria aliterquã per emãcipationẽ. Hic verò, non tantum considerauit testator, quod vxor

A desineret vsumfructum habere, verum etiã tempus mortis vxoris, quod præstationi legati adiectum fuit.

CAPVT XLIX.

Diuisio rei Emphyteuticæ an possit fieri inter emphyteutas sine consensu Domini si noua sit Emphyteusis, in qua iuri acrescen. locus non sit, & vni tota res adiudicetur per diuisionem.

NEgant Bald. in l. Voluntas C. de fideic. Aretin. in l. q Romæ §. Duo fratres col. pen. de verb. obl. & ibi Crot. nu. 127. Ias. in l. vlt. num. 114. vers. intelligi tantũ C. de iure Emphyt. Ruin. cõs 159. nu. 3. lib. 1. Berous cõs. 174. nu. 11. lib. 1. D. Meus Cesalus in cons. 195. nu. 55. nu. 5. Bursat cons. 181. nu. 8.

Contrarium docuerũt Rip. in d. §. Duo fratres nu. 86. Soc. Iun. ibid. nu. 135. Hiero. Gabriel. cõs. 84. nu. 8. Aurel. Corbulus de iure emph. cap. 14. limit. 7. nu. 5.

B Posterioris sententiæ fund. est, quia hoc in casu cessat ratio ob quam dñi consensus exigẽdus est in alienatione rei emphytheuticæ, nimirũ, quia ipse habet ius offerendi preciũ emptori, vt in l. vlt. C. de iure Emphyt. Nam cum fit adiudicatio totius rei vni ex emphyteutis, non potest precium offerri, sicut quando res venditur precio cõuento: & loquimur qñ fit adiudicatio totius rei emphyteuticæ vni; alteri verò res allodiales assignãtur, Addit Socin. Iun. non cadere de iure suo diuidẽtes, qñ fit adiudicatio, Dño irrequisito; quia non spontanea hæc est alienatio, sed necessaria, iux. §. quod si commodè inst. de off. iud. Ergo nihil imputari potest argum. c. 7. de controuersia inter Domi. & empto. feudi.

Prioris verò sententiæ fund. est, primo, quia interest dñi hoc in casu, vt fiat alienatio cũ consensu suo, cũ non habeat obligatũ actione personali eũ, cui tota res adiudicatur ad soluendũ canonẽ in totũ, sed dumtaxat pro parte. Secundo quia Emphyteusis à princip. fuit diuisa inter

C emphyteutas: ergo si postea vni tota adiudicetur, vr̃ etiã quædã volũtaria alienatio. Tertio quia si fiat adiudicatio vni, ea lege, vt alteri æstimationem præstet, vr̃ locus esse oblationi precij, sicut in venditione; namque Dñs posset æstimationem offerre, & partem illam, quę sic adiudicatur consequi, vt in d. l. vlt. C. de iure emphy. Sed hoc arg. cessat; quia loquimur, quando res emphyteutica vni adiudicatur, alteri verò res allodiales.

Mihi vr̃ eorũ sententia probabilior, qui dixerũt posse fieri adiudicationem hãc Dño irrequisito, qñ necessaria sit; vt puta, si res aliter cõmodè non potest diuidi, iux. §. quod si cõmodè inst. de off. Iud. cæterũ si cõmodè res diuidi possit, & ita conuentũ sit inter fratres, nulla necessitate, sed sola voluntate, vt vni res emphyt. adiudicetur, alteri verò res allodiales: secus puto; scilicet cum agitur de Emphyteusi noua, vt præsupponit generalis titulus: nam si de veteri agatur, in qua iuri accrescendi locus sit, inter oẽs cõuenit adiudicationẽ posse fieri, dño irrequisito; cũ

D & oĩs alia possit fieri alienatio, sicut in capite sequenti dicam. Moueor in hanc sentẽtiam; quia feudum diuidi potest Dño irrequisito: c. 1. §. præterea ducatus. de prohib. feudi alienat. per Frid. ergo & emphyteosis. Consequentia probatur, quia sicut emphyteusis, ita & feudum alienari non potest, Domino irrequisito; vt in d. cap. 1.

Hoc ita supposito, quod emphyteusis possit diuidi irrequisito Dño, ego infero, eiusmodi adiudicationem fieri posse ẽt Dño irrequisito: Nã lex permittẽs diuisionẽ, vr̃ etiã permittere adiudicationẽ quæ fieri debet qñ res cõmodè non põt diuidi: arg. l. 2. de iurisd. om. iud. Ergo frustrà consideramus Dñi præiudiciũ: frustra quoq; cõcessionẽ ab initio factam: quia isthæc oĩa legislatores præuiderunt, & tñ permiserunt diuisionẽ: Permittamus ergo & adiudicationẽ, quæ fit in cõsequẽtiã necessariã priuileg diuisionis. Nã obstãt hic leges, earũq; rõnes, qbus cautũ est emphyteusim alienari non posse irrequisito Dño: si enim locũ haberẽt, diuisio etiã prohibita esset, quia diuisio em-

sio emptionis vicē obtinet.l.1.C.cōm.vtriusq;iud.diuisio A autem permissa est, & consequenter omnia sine quibus diuisio cōmodè explicari nō potest.l.2.de iurisd.om.iud. Hæ rationes cessant in voluntaria adiudicatione.igitur il la non poterit fieri Domino irrequisito;nec quicquā mo uent,quæ adserūtur vel de oblatione precij, hoc in casu, cessante, vel de personali obligatione ad soluendū canonem emphyteuticum;quia semper existimaui veram cau sam cur emphyteuta alienare nō possit Domino irrequi sito,& alienando cadat iure suo, esse quia Dominū contēnere videtur, argum.cap.1.§ vlt.quæ fuerit prima cau. benefi.amitt. Erit igitur huic legi locus in volūtaria alienatione; secus in necessaria,argum.c.2. de controuersijs inter Dom.& empt. feudi.

CAPVT L.

Vtrum emphyteutæ plures possint rem emphyteuticam inter se alienare Domino irrequisito.

PLuribus emphyteutis irrequisito Dño promis- B sum esse inter se rei emphyteuticę alienationem complures affirmarunt,vt dubitari non possit quin hæc sit cōmunis sententia Bart. in l.qui Romæ §.duo fratres in 10.q.de verb.oblig. & in l.si domus §.vlt. & ibi Alex.nu.7. de leg.1. Ripa in d.§.Duo fratres nu.87.Hieron.Gabriel.consl.88.nume.16. Aurel. Corbulus alios citans de iure emph.cap.14.limi.6.

Fundm̄ est primò in l. Voluntas C.de fideicomm. sed respon. potest ibi rem fuisse prohibitam alienari extra familiā,meritò alienari posse in eos qui ex familia sunt,sed alienatio Emphy.generaliter prohibetur vt in l.vlt.C.de iure Emphy.ergo nō vr̄ posse alienari ēt in emphyteutas.

Secundò quia cessat ratio propter quam res emphyt. alienari nō potest irrequisito Dño. Illa enim est quia extraneus in quē alienatio fit non est obligatus Dño actione personali ad pensionē soluēdā.Cessat hęc ratio in proposito,quia alienatur res in emphyteutā qui ad canonem persoluendū Dño obstrictus est personali actione. Resp. C Iason.in d.§.Duo fratres nu.77.hoc arg. retorqueri posse cōtra Bar.& sequaces, quia emphyteuta in quem fit alienatio nō est obligatus ad soluendū canonē nisi pro parte sua, nam pro parte alterius emphy.obligatus non est.Replicat Ripa vbi sup.Emphyteutam teneri ad recognoscēdum Dominum & soluendū canonem etiam pro parte alterius emphyteutę, & quidem actione personali quia alienatio in eum facta censetur quædam repudiatio c.1. & ibi not.de alien.feudi patroni.Sed huic responsioni replicat Socin.Iun.in d.§.Duo fratres nu.137. tex.in d.c.1. locum habere ante realē acquisitionem : tunc enim iuri acrescendi locus est non autē postea, & consequenter vr̄ esse quædā repudiatio. Item respon.d.cap.1.loqui de vasallo qui alteri libellum fecerit de feudo paterno,non autem loqui generaliter de omni alienatione.

Tertiò quia ideo prohibita fuit alienatio rei emphyt. irrequisito Domino;ne Dominus haberet emphy. quem nollet. Sed hæc ratio cessat in proposita specie : habet D enim Dominus emphyteutam quem voluit habere.

Quartò quia licet patronus non possit donare ius patronatus sine cōsensu Episcopi c.Illud de iure patronatus tātum donare illud potest suo compatrono,Clemen.Plures,iuncta Glos.in verbo libere eod.tit.

Quintò quia vasallus potest fundum alienare in agnatum suum etiam Domino irrequisito c.1. de alien. feudi pater.ergo similiter emphyt. poterit in alterum emphyt. alienare.Contrarium docuerūt olim Gulielde Cunio in l.cum ij §.si vni ff. de transact. & Ias. in d. §. Duo fratres nu.77.vbi alios citat.

Fundametū est primò in d.§.si vni Secundò quia ratio militat hoc in casu ob quā Domini consensus requiritur in alienatione rei emphyt.quia scilicet offerre potest precium quod alius emptor dare paratus est iux. l.vlt.C. de iure emphyt.tertiò quia militat etiam alia ratio prętu dicij domini,quia Dñs non habet actionē personalē con

A tra emph. qui emit pro parte alterius emphyt.q ad soluēdū canonē est obligatus enim tenetur pro sua tm̄ parte.

Alij putant distinguendū vtrū emphyt.sit talis in quo iuri accrescēdi sit locus:nam si locus sit iuri accrescendi tunc alienari posse vr̄ inter ipsos emhyt. alias secus. Ita Alciat.in d.§.Duo fratres nu.45. Corb. vbi supra nu.6.7.

Fundm̄ est quia cum est locus iuri accrescēdi res in solidum concessa vr̄ omnibus emphyt. & cōsequenter altero alienante partem suā,valet alienatio, & vr̄ quædam repudiatio nec Dñi interest,quia habet emphyt. qui emit, obligatū in solidum ad canonē soluendū. Sed vbi nō est locus iuri accrescēdi secus est.Vr̄ enim emphyteusis cuilibet cōcessa pro sua portione & respectu alterius partis extranei loco habetur:q̄ distinctio est verissima & probatur in d.c.1.de alien.feudi paterni qui tex. loquitur clarè de alienatione,non autem de sola libelli datione ibi.*Et licet prohibeatur beneficij alienatio inter agnatos, tantum si paternum fuit concederetur*, & loquitur etiā post acquisi- B tionem factā nō ante, quomodo enim ante acquisitionē quis alienare potest?& cū loquatur de fundo paterno cōsequēter loquitur de fundo in quo iuri accrescendi locus est c.1. de feudo Marchię. c. 1. de duob. fratrib.de nou. benef.inuest.c.1.de duob.fratrib.a Capi.inuest.Ratio huius rei manifesta est quia sicut in hmōi feudis altero repudiante vel moriente alteri totū accrescit,ita ēt accrescere potest alienatione facta,cum nulla sit diuersitatis ratio.

Non obstant argumenta contrarię sententię. Nam ad primū ex §.si vni Resp. inter ipsos alimentarios non esse cōcessam trāsactionem sine decreto prætoris quia in eis ratio legis eam prohibentis locū habet:ea est ratio vt præclare explicat Duaren anniuers.disput.c 44.lib.1.vt volūtas testantis seruetur l.1.C.de Sacros. Ecclesia l.Vel neq; ff.quē test.apert.verisimile enim est testatorē voluisse legatario alimēta p̄stari particulatim poti⁹,quā summā aliquā pecunię ne ea cōsumpta mēdicare ac esurire cogeret.

Ad secundum Respon.quando fit alienatio inter ipsos C emphyteutas non esse locū oblationi precij,quia Dominus eis emphyteusin cōcessit & consequenter voluit eos habere: ratio ista oblationis precij militat in venditione facta extraneo cui Dominus præferri debet,non autem ipsis emphyteutis quibus iam concessio facta est.

Ad tertium Resp.imo Dominum habiturum esse personalem actionē in emphyt. in quem facta est alienatio ad totum canonē arg.l Iulianus §. Item Celsus ff.de act. empti.& dato quod non haberet personalē actionem ad totum canonē,nihil tantū interesse Domini potest,quia antequam ille in possessionē mittatur curabit Dominus eum obligari ad totum canonē persoluendū. Nec illa ratio quod Dominus actionem personalē non habeat,tanti est facienda in proposito nostro,quia præcipuam rationem ob quam alienari non potest emphyt.Dño irrequisito hanc esse puto,quia emphyteuta alienando irrequisito Domino ipsum contemnere vr̄ arg. c.1.§.vlt.quæ fuerit prima causa benef.amitten. Non videtur autem con- D temnere Dominum emphyteuta qui emphyteusim alienauit in alterum emphyteutam,qui absq; alienatione nihilominus erat successurus in ipsa emphyteusi.

CAPVT LI.

Emphyteusi duobus concessa ea lege, vt vno mortuo eius portio ad alterum pertineat, si fiat diuisio inter eos & alter alteri renūciet omne ius quod sperat in alterius portione, & postea cōtingat alterū absq; liberis mori an superstes admittatur ad illius portionem vel Dominus directus?

BArtolus in l. qui Romæ §. Duo fratres in 4. q.ff.de verb.obl. respondit fratrem superstitem succedere nō obstante renunciatione, non autem Dominū directum: & eius sententia est communiter recepta vt testatur ibi Ias.numero 80.& Soc.Iun post. numero 138.qui alios

 adducunt

adducunt concordantes & ibidem etiam Ripa num.88.

Fundamentum eſt,quia unius pactum alteri non prodeſt,niſi paciſcentis interſir.l.Et hæredi. §.vlt.l.Si vnus. §.Ante omnia ff.de pactis.Ergo nó prodeſt hoc pactum Domino directo.

Nec obſtat ſi dicatur Dominum directum eſſe eccleſiam in hac ſpecie,& ideo ex pacto ei poſſe acquiri l.Stipulatio iſta.§.vlt.de verb. oblig. ut dicebat Iaſ.vbi ſuprà. Nā rectè reſp. Ripa id procedere quando aliquis expreſſe paciſcitur vel ſtipulatur eccleſiæ:quod non eſt in ſpecie noſtra.

Secundò quia ius quod non acquiritur ei cui renũciatur, remanet pęnes renũciãtem l.Nec vtilem ff.ex quib. cauſ.maio. l. cum quis §.ſi debitoré ff. de ſolutio.l.Auus. ff.de pactis. Sed in propoſito caſu ius non acquiritur fratri,etiam defuncto,nec ipſius hæredi:quia ſupponẽdum eſt hęredem eſſe extraneum,& conſequenter ab emphyteuſi Eccleſię alienum iux.§.emphyteuſin in Authen.de alien.emphyteuſ. Ergo ius iſtud quod in diuiſione frater ſuperſtes renũciauit,remanet pęnes ipſum renunciantẽ.

Contrarium docuit Paulus Caſtr. in d. §. Duo fratres nu.4.quem ibi ſecutus eſt Zaſius nu.31.& alij a Corbulo citati de iure emphyteutico cap.8 in prin.

Fundamẽtum eſt in l. ſi vſusfructus ff.de iure dotium: vbi dicitur ſi quis extraneo ceſſerit vſumfructum,nihil agere & conſolidari cum proprietate & in c. 1. de eo qui finem fecit agnatis. Sed quod attinet ad d.c.1.nihil ſanè obſtat;loquitur enim cum quis omnino a ſe fundum abdicauit:iſtud indicant illa verba *niſi fundum omnino repudiauerit*, ſed hic non omnino repudiauit ius qd habebat ſuccedendi in portione alterius,ſed remiſit illud ius fratri ſuo qui iam non poteſt illud habere: nec hæredes eius ergo nihil obſtat renunciantis talis renunciatio.

Ad argum. verò de vſufructu Reſp. Iaſ. & Socin.Iun. vbi ſuprà,illud eſſe ita cõſtitutũ quia lex prohibet vſumfructum extraneo cedi,quare ſi cedatur, meritò acquiritur Domino & cum proprietate conſolidatur quia contra prohibitionem legis factũ eſt:ſed in propoſito noſtro illa remiſſio iuris quod frater habuit non prohibetur a lege. Nemo enim prohibetur ſpem futuram actionis quã habet,cedere extraneo l.Spem.C.de don. ergo ſi non acquiratur ea ceſſio ei cui facta eſt vel ipſius hæredib.remanere debet pęnes cedentem:neque enim amittitur quod alteri oblatum non eſt l. Nec vtilẽ. ff.ex quib.cau.in mo. Ita inquam Reſp. Iaſ.& Soc.iun. Non rectè iudicio meo; quia lex nõ prohibet ceſſionẽ vſusfructus fieri extraneo quaſi hoc pęnam mereatur veluti factum lege prohibente; ſed lex ait ſi vſusfructus cedatur extraneo nihil agi: quia ſcilicet extraneo nõ acquiritur,ſed domino proprietatis. Hic enim eſt ſenſus illorum verborum *nihil agitur* l.qui mihi ff. de dona. ſi Domino acquiritur, ergo ceſſio quæ nõ habet iuris effectum quoad perſonam extranei, operatur tãtum in fauorẽ Domini;quod eſt contra Bart. is enim vult ius remanere pęnes cedentẽ,nec acquiri Eccleſiæ ad quam ſpectat directum dominium.

Exiſtimo ego alia ratione hoc Caſtr.argum.non obſtare,quia ſcilicet vſusfructus amittitur ceſſione in iure facta:ſic enim habetur in fragmentis Vlpiani tit.19.*In iure cedi res etiã incorporales poſſunt velut vſusfructus &c.* vbi Cuiacius. *Vſusfructus* inquit *ſiue extraneo cedetur ſiue Domino,ceſſione finitur Nam & extraneo ceſſus ad proprietatem recurrit l.ſi vſusfructus.de iure dotium;nihil verò agitur in perſona extranei.* In iure autem ceſſio quid ſit Boetius explicat in Top. licet, & ex noſtris Briſſonius de verb.ſig.lib.3.vet. Ceſſit At in propoſito nõ agitur de ceſſione in iure facta,id eſt,apud prætorem neque de vſufructu ſed de renunciatione iuris extraiudicium facta in diuiſione plurium emphyteutarum: igitur Caſtrenſis argumentum nihil obſtat.

CAPVT LII.

Vtrum legatarius vel fideicommiſſarius ſcienter emens rem fideicommiſſo ſubiectam mortuo teſtatore, videatur fideicommiſſo renunciare.



Vatuor propoſitis concluſionibus totã hanc controuerſiã rectè explicari poſſe exiſtimo. Prima concluſio. Emens rem relictam per fideicommiſſum quæ non erat teſtatoris ab extraneo, nõ videtur renunciare legato vel fideicommiſſo ita Bart. in l.qui Romæ §.Duo fratres de verb.oblig.q.12.& ibidem Iaſ.Ripa Alciat.& alij.Probatur argumen.l. Plane §. quod ſi rem emiſſem de leg.1.& § ſi vel fundus inſt. de lega. Item hac ratione, quia hæc duo ſimul conſiſtere poſſunt, quod rem habeat emptionis titulo,& preciũ ab hærede conſequatur titulo legati. Secunda cõcluſio;emens rem propriam teſtatoris ab extraneo non videtur renunciare legato ita ſenſit Bart. in d §.Duo fratres q. 12. Fundamentum eſt in d. l.Plane §. quod ſi rem de leg.1.vbi non diſtinguitur an res ſit propria teſtatoris vel aliena.

Sed contrarium poſt alios quos citat docet Alexan. in d.§.Duo fratres numero 35.verſ.Item in quantum.Fundamentũ eſt, quia rei legatæ dominiũ mortuo teſtatore tranſit in legatarium, l. A Titio. ff. de furtis conſequentur legatarius,Dominus eſt rei legatæ,ergo emptio nulla eſt,& precium amittit.l.Suam rei.ff.de contrah empt.

Tertia eſt ſententia Alciat. in d.§.Duo fratres, nu. 41. legatario cedendas eſſe actiones ab hærede cõtra extraneum illum venditorem in ſubſidium, arg. l.In creditore.ff.de euict. & l.Si cum ſeruum. ff. ſi cert.pet. precium autem rei legatæ peti non poteſt. Mihi maximè probat hæc diſtinctio Alciati. Nam prima opinio, quæ vult legatum peti poſſe non euincitur ex d. l. Planè. §. Quod ſi rem,quia non loquitur de legatario emente rem propriã teſtatoris ab aliquo extraneo. Nullum verbum de hac re. Argumentum autem contrariæ ſententiæ, non rectè applicatur, quia legatarius non repetit precium ab ipſo venditore, ſed ab hærede,qui hæres nõ videtur poſſe illi hoc obijcere. Tu emiſti rem propriam cuius dominium ad te pertinebat ex legato,ideo precium amiſiſti. Nam reſpondere poterit amiſi precium quoad venditorem, ſed non quoad te,qui tanquam hæres teneris ad legatum pręſtandum. Alciati autem ſententia æquitatem continet manifeſtam, nã cum legatarius rem emerit, poteſt ei hoc hęres obijcere,ipſum in cauſa fuiſſe,vt ipſe hæres non vendicauerit rem quę pęnes poſſeſſorem erat,inſtituta petitione hæreditatis iux.l.Regulariter.ff.de pet.hæred. ibi; *Vel rem hęreditariam licet minimam*:conſequenter dicet ſe non teneri ad ęſtimationem pręſtandam. Sed quia hæres actionem habet aduerſus venditorẽ, qui rem diſtraxit & preciũ accepit iux. l. Sed etſi lege.§.1.ff.de pet. hæred. iuſtum vr vt actionem hanc cedat legatario. Nõ eſt actio illa ſubſidiaria, quæ datur re perempta, vt loquitur tex.in d.l.Si cum ſeruum.ff.de pet.hæred. Sed actio oriens ex æquitate, quoniam hoc hæredi nihil aufert, & legatario prodeſt iux.l.In creditore. ff.de euict.

Tertia concluſio legatarius vel fideicõmiſſarius ſcienter emens ab hęrede rem legatam vel relictam per fideicommiſſum pendente conditione legato vel fideicommiſſo adiecta, non cenſetur legato vel fideicommiſſo renunciare,ita Bart.in d. §. Duo fratres Iaſ.ibi,nu.45.Ripa, num.91.& alij.Adfertur.l.Si vendideris.ff.de euict. & l. Fundo.ff.ad l.Falcid.ſed non faciunt ad rem.Sed & duæ rationes adferuntur,vna à Iaſ.legatum condiționale repudiari non põt cõditione pendente. l.Si ita ſcriptũ.§.Si ſub condõne de leg.2. alterã adfert Ripa qm̃ is qui emit pendente conditione inducitur ad hoc faciendũ,non q̃ velit ſuo iuri renunciare, ſed dubitans ne fortè conditio deficiat, quo in caſu nõ poſſet rem habere ex legato,ideo

emit

emit & interim habeat preciũ,postea repetiturus cõdõne eueniẽte. Nec.n.interpositio in dubio est faciẽda per quam renũciatio inducat.l.Cum de indebito.ff.de prob. A

Sed cõtrariam sniam amplexus est Alciat. in d.§.Duo fratres,nu. 38.39.adductus ex l.Cui res.ff.de act.empt.& l.Si à substituto de leg 1. Mihi magis placet prior snia p̃sertim ea rõne quam adfert Ias. quia pendente conditione legatũ repudiari non põt Nihil moror Alciat. resp.id esse accipiendũ de simplici repudiatione,non aũt de renunciatione quę fit ex pacto iux. l. 1.C.de pact. eterũ hic nullum est pactum expressum.Tacitũ verò non est pręsumẽdũ, quia esset pręsupponere pro explorato id quod in controuersia positũ est. Ad l. Cui res.Placet mihi,omissis Aretini rñsionib.Ripæ solutio,nihil aliud à contrario sensu inserti ex d.tex.quã legatarium sciẽtẽ non habere actionẽ ex empto & vendito ad preciũ.Rõ est,quia actio ex empto & vendito,bonę fidei est; quamobrem cũ hęres ignoranter emit rem sibi legatã meritò preciũ repetit vel à precio est absoluendus iux. l. Huiusmodi.§.Qui B seruum de leg.1.Hæc aũt rõ non habet locum qñ legatarius sciẽter emit rem sibi legatam: tũc enim intrat.l. Suæ rei.ff.de contrah.empt. vbi probatur scientiam efficere, vt amittatur precium. Licet ergo actio ex empto & vendito minimè detur aduersus hæredẽ ad precium,datur tñ actio ex testõ, quia cum legatario absit precium rei, vr̃ res abesse vt docet I.C. ĩ d.l.Planè.§ Qđ si rẽ de leg.j.

Non obstat Alciati resp.dicentis si non datur actio ex empto & vend.nec dari etiam ex testamento,quia actio ex testamento difficilius ad precium datur cum alternatione detur ad rem vel ad precium vt dicit Bart in d.l. huiusmodi.§.qui seruum, de leg.primo. Nam respond. nobis hoc sufficere. illum tex. in d. l. cui res,à contrario sensu excludere tantum actionem ex empt.& vẽd. quod enim attinet ad actionem ex testamento ratio illa Alciati valeret,nisi alia ratio cõtrarium suaderet, illa nimirũ, quoniam legatarius non censetur renunciate legato vt supra dictum. Ad l.si à substituto resp.vno verbo,nõ ob- C stante,quia non loquitur de legatario emente ab hærede grauato: etenim ibi legatarius rem emit à pupillo,nõ autem à substituto à quo legatum erat præstandum.

Prima conclusio emens scienter ab hærede rem sibi legatam purè,legato renũciare videtur: ita olim dicebat Dynus vt refert Bar.in d §.Duo fratres quem secuti sunt ibi Aret. Alex. & alij communiter teste Ripa, num.94. Fundamentum est primo,in l. Titius. ff.quib. mod pign. vel hypo.sol.secundo, quia emens scienter rem suã nihil agit, & amittit precium.l. suæ rei.ff.de contrah.emp. Tertiò quia si legatarius consentiat alienationi rei legatæ,amittit legatum.l.Codicillis.§.1. de leg. 2.ergo multò magis si ipse emat.

Contrariam sententiam visus est amplecti Bart in d. §. Duo fratres in 12.quæstione legatarium nõ videri renunciare legato,arg.l.vlt.§.vlt.C.comm.de leg. Ad l.Titius.Resp.eam nõ loqui de his quæ pendent ex testamẽto. Ad l.suæ rei respondent aliqui,esse intelligendũ quã- D do res est ementis pleno iure,& irreuocabilis,secus si reuocabilis vt in proposito casu. Nam legatarius non est Dominus rei legatæ pleno iure, & irreuocabiliter antequam acceptauerit legatum,vt docet Glos. in l.ei qui ita: ff de cond. instit. Præterea respondent legatarium esse Dominum rei legatæ iure quodam extraordinario.Nam ordinario iure dominium acquirere ex traditione cum iusta causa facta. l.Traditionib.C de pact.iuncta.l Nunquam nuda,de act.rer.dom. quæ causa est vt cum rei vẽdicatione,quæ legatario competit concurrat etiam actio personalis iuxta.l.1. C.comm. de leg.nihil mirum ergo si in legatario emente rem legatam non procedat.l.suę rei. His accedit quod licet quando actus sunt incompatibiles,is qui vnum eligit videtur alteri renunciare. l.vlt.de codicillis.l.1.C.de furt. l.Clodius de acq.hæred. tantum in proposito dicendum videtur, potius non valere emptionem,quàm legatum.

A Mihi sententia communis verissima videtur. Implicat enim contradictionem in obiecto, quod quis velit consequi legatum ab hærede, & simul ab eo emit rẽ purè legatam.Nam asse legatarius petit ab hærede rem aut precium. Rem petere non potest,quia iam habet;preciũ non potest petere, quia iam illud numerauit ipsi hæredi & scienter hoc fecit,consequenter illud amisit, iux.l.suæ rei.ff.de contrah empt. Nec valet illa responsio, quod legata res sit legatarij iure quodam singulari, quid enim refert. Non potest plus iuris consequi legatarius emẽdo, q̃ antea ex legato haberet. Et ideo hic non potest accõmodari.l. In bello. §.si quis seruum. ff de captiuis Nulla enim est ibi repugnantia, quia potest quis Dominus esse serui redempti, & simul dominum antiquum à iure offerendi precij excludere per vsucapionem: potest enim quis ex pluribus causis dominium acquirere inter se cõpatibilibus,sicut est ibi vsucapio,& constitutio quæ redimentẽ facit Dominum,sed nequaquam potest ex Titulo B legati, & titulo emptionis Dominium consequi. Huic argumento accedit alterum ex legib. quibus datur actio legatario ementi rem legatam,cum ignoranter emit, ergo secus vbi scienter.l.huiusmodi. §.qui seruum,de leg.1.

Non obstat argumentum Bart.ex l.vlt.C.commu.de lega.quia ibi legatarius non emit, sed alius extraneus, & ideo nihil aliud repugnat, quo minus precium repetat præterquam scientia. Sed hic repugnat nõ scientia solũ; verò etiam actus ipse emptionis, quia onerosus est nec simul cum lucratiuo titulo potest consistere. Nec mouet quod dicitur, emptionem non valere,sed legatum valere, quia rei suæ emptio ita non valet vt emptor sciens etiam precium amittat. d. l. suæ rei: si legatarius preciũ amittit,ergo non potest illud petere. Non obstat si dicatur peti non posse quidem per actionem ex empto, & vendito, sed peti posse actione ex testamento, quia respondetur actionem ex testamento, non dari ad preciũ, C sed ad rem, quia res legata erat testatoris, & consequenter potest peti,non autem precium eius,sicut quando res aliena legatur.

CAPVT LIII.

Si pœna rei indiuiduæ adijciatur facto indiuiduo vel diuiduo, vno ex hæredibus contraueniente, quomodo committatur?



Communis est & vera sententia, aduersus omnes hæredes in solidum committi pœnam indiuiduam adiectam rei indiuiduæ vno cõtraueniente,ita Bart.in l.4.§.Cato in 1.q.ff.de verb. oblig. quam omnes alij secuti sunt Ripa. Ias. Alciat. Soc. Iun.qui testatur esse comm.

Fundamentum est in l.2.§.ex his. ff.de verb.oblig.vbi dicitur omnes hæredes teneri in solidum ex indiuidua D stipulatione defuncti. Et ratio est quia lex.12. tabularũ diuidere non potest hoc in casu obligationem inter hæredes, nec ad factum, nec ad pœnam,cum res non patiatur diuisionem, vt alibi dicit Iuris Consultus,in l.Hæredes. §. In illa. ff.fam hercis. Et regula iuris est, ea quæ in partes diuidi non possunt solida à singulis hæredibus deberi l ea quæ in partes,de reg.iur. Vnus contradicit Ruinus,in d.§. Cato leui hoc argumento. Promissor qui defunctus est potuit vnum solum ex hæredibus suis obligare ad pœnam,scilicet contrauenientem arg. l.Contrarius.§. vlt.de verb. obl. ergo eum solum obligasse præsumitur. Nego consequentiam,nam cum promissor id non fecerit nec lex.12. tabularum talem obligationem diuidat, quia res non recipit diuisionem, necessariò sequitur omnes hæredes in solidum esse obligatos.

At dicebat Ruin hæres qui contrauenit,ex proprio facto est obligatus, ergo in solidum ipse solus tenetur.l.In commodato.§.si ex facto.ff.commod.l.in depositi. ff.de-

po.

po.Resp.obligationem hęredis descendere ex contractu defuncti, quo casu si res diuisionem non patitur omnes hæredes tenentur in solidum.l.2.§. ex his.ff.de verb.obl. Leges in contrarium adductæ loquuntur de secundaria obligatione, quæ oritur ex proprio facto,& delicto hæredis. Sed maior difficultas est, quid si pœna facti indiuidui adijciatur promissioni rei diuiduæ. Resp. Ang. Immola Paul.Castr.& Ias.in l.4.§.Cato, de verb.obl.cõmitti pœnam in solidum aduersus eum hæredem solum,qui contrauenit:primò, quia is incurrit pœnam ex proprio facto, ergo ipse solus tenetur insolidum. l.Incommodato.§ si ex facto.ff.commod.l.In depositi ff.depo. Sed leue est hoc argumentum,quia vt iam dixi hæredes in proposito casu tenentur ex contractu defuncti, qui promisit pœnam. Secundò quia pœna est indiuidua,& cõsequenter tota præstanda est ab hærede contrauenienre, licet non contraueniat,nisi pro parte. Nam cum res separari, non potest aliquando quis damnum sentit, quod alias non sentiret arg.l.At eius.§ vlt.ff.de aq.plu.arc.& 11.§.Si vasallus. hic finitur lex Corradi,&c. Sed responderi potest, hæc esse dissimilia quoniam hic fieri potest separatio si actor offerat pro parte aliorum cohęredum æstimationem rei indiuiduã vt statim subijciam: leges in cõtrarium adductę loquuntur in terminis longè diuersis,cum alioqui actor non potest cõsequi, quod iure persequitur: tunc enim vt id obtineat quod iustè petit aliquod infertur damnum reo propterea quod res separari nõ potest.

Magis igitur placet communis sententia, quæ sic statuit stipulatorem posse insolidum conuenire ad pœnam hęredem qui contrauenit, verum oportere cæteris cohæredibus partis æstimationem offerre ex quo sequitur hæredem cõtrauenientem sicut pro parte deliquit (quia res erat diuidua) ita pro parte pęnam luere. Ita dicebat olim Petrus,vt refert Bart.in d.§.Cato,in 1.quæst. quem secuti fuere ibidem Aretin.Alex.Socin iun.& alij,& est communis teste Alciato,nu.130. Omissis verò leuib. argumentis probanit hæc sententia,quia vbi stipulatio cõtinet rem diuiduam vno ex hæredibus contrauenienre, pęna cõmittitur pro parte aduersus eum solum, qui contrauenit.l.4.§.Cato de verb.obl.ibi. *At si de eo cautũ est, quod diuisionem recipiat,veluti amplius non agi,tunc eum hęredem,qui aduersus ea fecerit pro portione sua solum pœnam committere.* Sed hic supponimus rem esse diuiduam quæ in stipulationem deducitur, ergo is solus hæres, qui contrafecerit pro portione sua pœnam committet. Non obstat, quod pęna sit indiuidua, quia partis æstimatione oblata propter cęteros cohæredes prospicitur: hęc est.n. iuris constitutio, vt quoties vnus ex hæredibus solus tenetur aliquid præstare quod sit indiuiduum, actori obstet exceptio, nisi æstimationem offerat pro parte aliorũ cohæredum, vt habetur in l. Cum filius de leg.2. l.Si is, qui quadringenta.§.Quædam.ff.ad l.Falcid.& hoc in casu cessat regula.l.Ea,quæ.de reg.iuris.

CAPVT LIIII.

Obligatio de defendendo, sitne diuidua, vel indiuidua?



Xistimo hanc obligationem de defendendo indiuiduam esse.Primò authoritate,l.4. §.vlt.de verb.oblig.ibi. *Ipsi autem promissori pro parte, neque restitutio, neque defensio contingere potest*,vbi notandum est,idem in hæredibus promissoris intelligendum esse,vt tex.in hac parte præcedentibus aduersetur iuxta mentem I. C.

Secundò,ex l.In executione,§.Insolidum,cod.tit.illis verbis. *Hæredes insolidum denunciandi sunt,omnesque debent subsistere, & quolibet defugiente omnes tenebuntur.*

Tertiò ex l. Cum ex causa,eod.tit.ibi: *Quia insolidum defendenda est venditio,cuius indiuisa natura est.*

Quartò, ex l. Si cum vno.ff.si ex nox.cau.aga.ibi. *Cui insolidum defendendi necessitas est,nec audiatur si pro parte paratus sit defendere.*

Quintò,ex l. Non tamen.ff.de procu. ibi. *Vt si decem millia petantur, vt existant duo defensores parati in quinque defendere,audiantur.*

Sextò, ex l. Loci corpus. §. Si fundus. ff. si serui vend. ibi. *Quisquis defendit solidũ debet restituere, quia diuisionem hæc res non recipit.*

Septimò, ex l.Hæredes. §.Si vnus.ff.fam. hercisc. ibi. *Et omnino,quæ pro parte expediri non possunt si vnus cogente necessitate fecerit,familiæ herciscundæ iudicio locus est*, inter ista verò,vt supra text.defensionem cõmemorauit.

Octauò,ex l.Si rem 62.§.Si ei.ff.de euict.Celsus. *Si ei qui mihi vendidit plures hęredes extiterint,vna de euictione obligatio est,omnibusq́, denunciari, & omnes defendere debent:etsi de industria non venerint ad iudicium vnus tantum ex ijs lite subsistit propter denunciationis vigorem & prædictam absentiam,omnibus vincit,aut vincitur.*

Nonò,ex l.Ex clausula.ff.iud. solui Venuleius. *Non n. videbitur defensa res boni viri arbitratu, quæ non insolidũ defensa sit.*

Decimò, ex l.Iam tantum. §. Si tantum.ff.iud.solui illis verbis. *Nã & plures hęredes necesse habebunt dare procuratorem,ne defensio per plures personas scissa incommodo aliquo afficiat actorem.*

Postremò, quia hęc est communior Doctorũ sententia teste Alciat.in l.4.§.Cato,num.135.de verb.oblig.ita enim docuerunt Bart.ibi in secunda quęstione, Angelus Immola, Castrens. Alex. Ias. Zasius, & alij frequentioribus suffragijs.

Sed contrariũ docuerũt Cumanus in d.§.Cato Ruin. nu.68.Socin.iun.num.137.Hormanot Denis,num.436. Hieron.Battigella,nu.158.Crotus,num.117.& in 7.rep. nu.65.nimirum hanc obligationem diuiduam esse.

Primum argumentum est, quia agere & defendere correlatiua, sed stipulatio amplius non agi, diuidua est,l. 4.§.Cato de verb.oblig.ergo & stipulatio de defendendo diuidua esse videtur, quia correlatiuorum eadem natura est,l.vlt.C.de ind.vid.toll.l.j. C.de cupressis lib.11.Omissis aliorum respõsionibus,ita resp.si pro parte agatur,pro parte quoque defensionẽ fieri posse & hoc respectu eandem esse naturam actionis & defensionis. Sed re in abstracto considerata non sequitur potest quis (puta unus ex hęredibus) agere pro parte. Ergo,& qui defendere tenetur pro parte defendere poterit. Nam licet actio inter hęredes diuidatur per legem 12.tab. defensionis tamen natura indiuidua est:nisi enim quis plenè defendat, non videtur defendere.l.Si defensor.ff.de interr.act.

Secundum argumentum est, quia ideo stipulatio amplius non agi,diuidua est, quia potest quis pro parte agere,in d.§.Cato.Ergo & stipulatio se defendendo diuidua est,quia potest quis pro parte defendere.l.1.C. de consortib.eiusd.litis. Resp. id verum esse in pluribus consortibus eiusdem litis ubi nulla de defendendo est obligatio. Nam unus sine altero agere & defendere se potest: sed nos loquimur de stipulatione de defendendo; & dicimus neminem posse inuito stipulatore pro parte defendere. Ratio differentię est, quia si sint plures consortes, unus potest iuri suo renũciare, atque adeò defensionem pro sua parte omittere. Sed nemo potest inuito stipulatore pro parte defendere; quia stipulatori non satisfit, nisi plena sit defensio.

Tertium argumentum est ex l. Si communes in fine, ff.de neg.gestis.ibi. *Quia potius partem meam, ita defenderem, vt socij partem defendere non cogerer.* Resp.nil mirum esse,quia ibi nulla est obligatio de defendendo. Cui enim dubiũ est,si nulla sit obligatio alterum defendendi quin possit quis se tantum defendere,& non alium? Nostra quæstio est de eo, qui tenetur alium defendere; & dicimus non adimplere, nisi in totum defendat.

Quartum argumentum est ex l. 2. §. incertam. ff. de præto.stipula. vbi stipulatio iudicatum solui, quæ continet in se clausulam de defendendo,scinditur ex personis hæredum. Resp.Paulum ibi accipiẽdum de stipulatione iudica-

iudicatum ſolui per ſe conſiderata, non autem quatenus continet etiam caput defenſionis.

Quintum argumentum eſt ex l. vlt. ff. iud. ſolu. ſed nil ad rem facit. Non enim dicit illa lex poſſe vnum ex hæredibus defendere pro parte, ſed loquitur de plurib. hæredibus, quorum vnus rem defendit, alter nõ; Vtrum in ſolidum defenſio ſit facienda, vel pro parte fieri poſſit, nihil ibi dicitur.

Sextum eſt ex l. Pœnales. §. Iulianus. ff. ad l. Falcid. illis verbis. *Nam conſtare ex iudicatum ſolui ſtipulatione ſiue à parte actoris, ſiue à parte reі plures extitiſſent, nõ omnibus nec aduerſus omnes actiones contingere, ſed duntaxat iis qui viciſſent, & aduerſus victos, itẽ, aduerſus quos res defenſa non eſſet, aduerſus eos qui rem non defendiſſent.*

His enim verbis I. C. indicare videtur, obligationem defendendi inter hæredes eius, qui obligatus eſt, ſcindi; quia committitur tantùm contra eos, qui non defenderunt. Si enim eſſet indiuidua, vno contrauenienté, committeretur contra omnes. l. 4. de verb. obl.

Reſp. non hanc eſſe cauſam; quia res pro parte defendi poſſit; ſed quia ſi ſint plures fideiuſſores iudicatũ ſolui, & vnus non defendat, committitur ſtipulatio pro parte eius ad intereſſe, ſiue ad æſtimationem rei in iudiciũ deductæ. l. ſi ex duob. l. ex iudicatum. ff. iud. ſolui æſtimatio autem rei diuiduæ eſt, vt patet: eſſet enim iniquum, alterum, qui defendit, hac ſtipulatione teneri: quia aut is vicit, aut victus eſt: ſi vicit, iam ridiculum eſt eum teneri; ſi victus eſt, tenetur ex capite rei iudicatæ: quare opus non eſt, vt teneatur ex capite defenſionis non factæ.

Septimum argumentum eſt, quia ſi obligatio defendendi eſſet indiuidua, quilibet hæres venditoris in ſolidum conueniri poſſet ad rem defendendam contra, l. In executione §. in ſolidum. ff. de verb. obl. vbi dicitur omnes hæredes debere ſubſiſtere. Sed nihil obſtat, quia tex. dicit omnes hæredes in ſolidum eſſe denunciãdos, hoc eſt, quemlibet in ſolidum vt ibi.

Poſtremum argumentum eſt ex l. cum à matre. C. de rei vend. Nam ſi obligatio defendendi indiuidua eſſet, filius hæres matris teneretur in ſolidum emptorem defendere; ac proinde non poſſet rem vendicare, etiã pro ea parte pro qua hæres non eſſet: contrarium autem ibi dicitur, ergo, &c. Reſp. obligationem iſtam eſſe quidem indiuiduam, veruntamen hæredes teneri pro portione hæreditaria de euictione, vt habetur, in dicta lege cum ex cauſa, & in dicta lege. In executione. §. in ſolidum, de verborum obligatione, quæ res facit, vt in dicta l. cum à matre, filius repellatur tantum pro ea portione, pro qua hæres matris eſt: non enim pro ea portione rẽ vendicare poteſt, qui de euictione tenetur, & regula iuris eſt. Quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. l. vẽdicantem. ff. de euiction. Scio in hac quæſtione aliis diſtinctionibus nonnullos, in dicto. §. Cato vſos fuiſſe, præcipuè Ruinum, Alciatum, Bolognetũ, & Socin. Iun. ſed eas referre ſuperſedeo; quia nec ſatis iure munitæ ſunt, & paucis veritatẽ mihi ſufficit attigiſſe.

CAPVT LV.

Ad l. Cum à matre. C. de rei vend. vtrum filius hæres pro parte matris vendentis rem ipſius, eam vendicare poſſit.

Filius eſt hæres patris, vel matris, quæ rem ſuã vendidit, quæritur an eam vendicare poſſit, & clara extat deciſio, in l. cum à matre. C. de rei vend. vendicare non poſſe pro ea portione pro qua eſt hæres: atque ita rectè docuerunt Soc. Sen. in l. 4. § vlt. de verb. oblig. Socin. Iun. in §. Cato. d. l. 4. nu. 132. Ruinus, ibidem, nu. 69.

Sed contrarium docuerunt, in d. §. Cato Alciat. num. 278, & Lancellotus Gallia; ea ratione, quia obligatio de defendendo eſt indiuidua; conſequẽter ſinguli hæredes tenẽtur inſolidum defendere emptorem: ergo filius hæres pro parte matris ſuæ quæ rem vendidit, tenetur emptorem inſolidum defendere: quo poſito infertur, non poſſe rem vẽdicare: quia quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. l. vendicantem. ff. de euictio. Eſſe inſolidum obligatos hæredes ad defendendum emptorem, planum eſt ex l. cum cauſa, & l. in executione. §. inſolidum, de verb. oblig. Ad l. Cum à matre reſpondent emptorem in eo caſu ſcienter comparaſſe rem alienam, & ideo non potuiſſe agere de euictione. l. ſi fundum ſciens. C. de euictio.

Iſtis non obſtantibus priori ſententiæ magis conſentio pro qua eſt deciſio, in d. l. cum à matre. Nec quicquã valet allata reſpõſio, quia ratio legis eſt in eo poſita quod filius ſit hæres matris vel non ſit. Poſteriore caſu dicit tex. filium poſſe vendicare, priore verò non poſſe pro ea parte qua hæres eſt. Non eſt vis in ſcientia, vel ignorantia emptoris: quid enim ſi promiſſa eſſet euictio, nonne agere poſſet emptor de euictione, ſcientiæ rei alienæ non obſtante. l. ſi fundum. C. de euictio.

Ad argumentum autem, quod defenſionis obligatio indiuidua ſit, omiſſis aliorum reſponſionibus aduertendum puto ſi filius hæres ſit pro parte dimidia, vel pro tertia, vel quarta parte, & fundum venditum pro eadẽ parte vendicet, ſi emptor opponat eum obligatum eſſe ad ipſum defendendum. Replicabit ipſe, id nequaquam eſſe verum, quia lis non intenditur, niſi prò parte, pro qua filius ipſe actor hæres matris ſuæ non eſt. Pro ea parte loco extranei habetur; conſequenter defendere emptorem non tenetur. Quod enim dicitur ſingulos hæredes inſolidum teneri ad defendendum emptorem hunc habet ſenſum, non licere vni hæredi ſuper lite emptori mota eum defendere pro parte tãtum, omnes enim inſolidum aſſiſtere debent, & emptorem defendere, ſed in hac facti ſpecie, non tenetur filius emptorem defendere, quia non eſt hæres matris, niſi pro parte, & pro ea parte fundum, non vendicat, ſed pro alia parte. Si ab alio quam à filio lis emptori moueretur, & filius hæres, pro parte vellet eum pro parte defendere, non rectè faceret, quia teneretur in totũ defendere propter indiuiſam vẽditionis naturam; vt in d. l. cum ex cauſa. Præterea poteſt reſponderi, licet filius teneatur emptorem defendere, tamẽ ſi nõ defendat, actionem de euictione pro parte tãtum aduerſus eum competere, vt dicitur, in d. l. in executione. §. inſolidum. Ergo filius non defendet, & ideo de euictione tenebitur prò parte; pro altera verò parte rem ſuam vendicare poterit.

CAPVT LVI.

In ſtipulationibus prætoriis vno ex hæredibus promiſſoris contrauenienté, vtrum aduerſus omnes pœna committatur?

Rectè Bart. in l. 4. §. Cato, in ſecunda quæſtione, non committi docet, ſed aduerſus eum ſolum hæredem, qui contrauenit: ſecuti ſunt eãdem ſententiam cæteri frequentioribus ſuffragiis teſte Soc. Iun. ibi, nu. 435. Fundamentum eſt ſolidum, in l. 2. §. Incertum. ff. de præto. ſtip. ibi. *Reſpondetur ſcindi eas in perſonas hæredum*, & in l. Iulianus. §. Pœnales. ff. ad l. Falcidiam.

Contrarium, & malè, docuerunt Aretinus, Ruinus, Cumanus, in d. §. Cato, & de hac re latè diſputat Ripa, ibi, nu. 78. 79. diſtinctione quadam adhibita minimè neceſſaria. Nam l. 5. §. vlt. de verb. obl. l. cum ex cauſa. cod. tit. nihil iuuant eorum ſententiam, ſicut egregiè diſputat Socin. Iun. loco adnotato.

Illud protſus diſplicet, quod nonnulli dixerunt, & nouiſſimè etiam Cuiacius ad lib. 73. Pauli ad edictum, in d. §.

d §.incertam hoc velle Iure Conſultum committi ſtipulationem contra omnes hęredes pro portione hæreditaria vno contrauenıente,ſeu victo. Nam contrarium dicit nimirum ſcindi eas ſtipulationes in perſonas hæredũ licet regulariter ex perſona hæredis obligationis conditio non mutetur. Quod autem tex. ſubdit. *At in contrariũ ſumma ratione fit vt vno ex hęredibus ſtipulatoris vincẽte, in partem eius committatur ſtipulatio* eo pertinet, vt indicet I. Conſ. in hoc caſu contrario nullam oriri difficultatem, atque adeo ſumma ratione id fieri, quia, ſcilicet nihil obſtat, ſicut in præcedenti caſu obſtat illa *ex perſona hęredis promiſſionis non poſſe deſcendentem à defuncto ſtipulatione diuerſam conditionem cuiuſq; facere vt in d.§. incertam.*

CAPVT LVII.

Si quis promiſerit, non offendere Titium, nec hæredes eius, ſub pœna, & vnus ex hæredibus fuerit offenſus, an pę na inſolidum committatur, hoc eſt an offenſus eam inſolidum petere poſſit?

Artolus, in l.4 §.Cato, nu.30.de verb.oblig. reſpondit ſoli offenſo actionem ad pœnam competere inſolidum. Eandem ſentẽtiam, ſecuti ſuere Angelus. Romanus, Soc. Bolognin. Iaſ nu.54. Alciatus, num.158.& ſeqq. Ripa, numero 99.

Sed contrarium docuerunt multi alij pœnam, ſcilicet inſolidum committi, ſed hæredem illum, ſtipulatoris, qui offenſus fuit actionem tantum habere, pro ſua parte. Ita poſt alios quos citat Alex. in d.§.Cato, nu.52. Rui.nu.85. Socin. Iun. alios citans ibidem, nu 151.& hanc eſſe communiorem ſententiam ſcribit Alciatus, nu.158. quamuis alij quidam ſententiam Bartoli communem dixerint, vt refert Soc. Iun. loco proximè citato.

Fundamentum prioris ſententiæ eſt quia ſtipulatio de non offendendo eſt indiuidua, nec ſui natura ad hæredes tranſitoria: ex eo quod ſit indiuidua quilibet offenſus habet inſolidum actionem: ex eo autem, quod nõ ſit ad hæredes tranſitoria in perſonã cuiuſq; hæredis, cenſetur eſſe noua quædam promiſſio, & proinde cuilibet hæredi actio competit, perinde ac ſi quilibet ſtipulatus fuiſſet, quo caſu proculdubio inſolidum actio vnicuique cõpeteret ad pœnam.

Contrariæ ſententiæ fundamentum eſt, in l.3 §. Item ſi in facto de verb. obl. in illis verbis. Cõtra autem ſi ſtipulator deceſſerit, qui ſtipulatus erat ſibi hæredique ſuo tute agere licere, & vnus ex hæredibus eius prohibeatur intereſſe, dicemus vtrum inſolidum ſtipulatio committatur, an pro parte eius, qui prohibitus eſt. Nam ſi pęna ſtipulationi adiecta ſit inſolidum committetur ſtipulatio, ſed qui non ſunt prohibiti doli mali exceptione D ſubmouebuntur. Reſp. Bartolus ibi de ſtipulatione agi, quæ ſui natura tranſit ad hæredes, promiſſionem autem iſtam non eſſe ſui natura tranſitoriam ad hæredes.

Alij contra hanc reſponſionem adducunt. l. ſtipulatio iſta. §. ſi quis, ita. ff. de verb. obl. Alex. verò aliter reſpõdet nimirum in propoſita quæſtione dato quod ſtipulatio de non offendendo, non trãſiret ad hęredes ſtipulatoris ex natura ſua, tamen negari non poſſe, quin hæredibus competat actio ex contractu defuncti, & ſic ex cauſa hæreditaria. Replicat Ripa licet hęc ſtipulatio ſit hęreditaria, tamen multiplicari in perſonas ſingulorum hæredum atq; tot eſſe pœnales ſtipulationes, quos ſunt perſonæ hæredum, ac propterea ſingulis inſolidum competere actionẽ ad pœnam. Et licet ſtipulatio ire, agere licere, nõ trãſeat ad hæredes, vt in §. ſi quis ita: tamen poſſe ſui natura tranſire, & in hoc à ſtipulatione iſta de non offendendo differre quæ omnino eſt perſonalis, nec ſui natura eſt apta tranſire ad hæredes.

A Puto ego poſteriorem ſentẽtiam eſſe probabiliorem, quia pro ſe habet tex. in d.l.2.§.Item ſi in facto. His accedit ratio, nam è cõtrario ſi vnus ex hæredibus promiſſoris in re indiuidua contrauenıat videmus pœnam committi pro portione hæreditaria contra omnes, iuxta deciſionem. §. Cato, & in terminis propoſitæ quæſtionis eſt communis ſententia teſte Ripa, ibi. nu.100. Igitur & in quęſtione noſtra dicendum eſt, pœnam inſolidum committi, hoc eſt vt actio competat omnibus hæredibus ſtipulatoris pro portione hæreditaria, verumtamen exceptione repellantur cæteri hæredes, qui prohibiti non fuere.

Male Alciatus, qui exiſtimauit tex. in d.§.Item ſi in facto, probare ſententiam Bartoli dum ait pœnam inſolidum committi: iſtud enim non eſt ita accipiẽdum quaſi committatur pœna omnibus ſtipulatoris hæredibus, ſed illi tantum, qui prohibitus eſt. Non rectè quia tex. de-
B clarat quomodo pœna inſolidum committatur, & ſatis apertè indicat ſingulis hæredibus ipſo iure committi pro hæreditaria portione dũm ſubdit. *Sed qui non ſuēt prohibiti. doli mali exceptione ſubmouebuntur.* Nam ſi ſoli prohibito inſolidum actio competeret, & non alijs hæredib. non eſſet opus, vt exceptione repellerentur.

Non obſtat, quod dicebatur ſtipulationem de non offendendo, ſui natura non eſſe tranſitoriam ad hæredes, quia vt bene reſpondet Alexander, ſatis eſt in propoſito noſtro ex contractu defuncti trãſire, quia actio inter ſingulos hęredes diuiditur pro portione hæreditaria. l ea quæ. C. fam. hercisc.

Non obſtat replicatio Ripæ, ſcilicet multiplicari pœnales ſtipulationes ex perſonis ſingulorum hæredũ, quia id eſt verum, ſed cum ſua qualitate, nimirum, vt vno ex hæredibus offenſo committatur ſtipulatio ad pęnam ſingulis hæredibus pro portione hæreditaria, ſic & in d.§. Cato vno ex hæredibus promiſſoris cõtrauenıente om-
C nes contrauenıſſe videntur, & propter indiuiduam naturam ſtipulationis *iter fieri*, quot ſunt hæredes promiſſoris tot videntur eſſe promiſſiones, & tamen pœna committitur in ſingulos hæredes pro portione hæreditaria. Hic igitur nos contemplari oportet, nõ ſolum indiuiduã principalis ſtipulationis naturam, ſed etiam pœnalẽ ſtipulationem, quæ diuidua eſt: Et licet non ſit ad hęredes tranſitoria ipſa principalis promiſſio, tranſit tamẽ ex defuncti contractu, & cum ſua natura, vt nimirum pro portione hæreditaria ſingulis hæredibus committatur. Atque ita ſentio.

CAPVT LVIII.

Statuto ſtante vt homicida capite plectatur, niſi pacem habuerit ab hæredibus occiſi, an ſufficiat habere pacem à maiori parte hæredum?

Ffirmat Bart. ſufficere, in l.4.§.Cato in vltima quæſt. Caſtr. in l.2.§.Ex his, de ver. obl. Areti. in l. Pro hærede. §. vlt. de acq. hęred. vbi dicit cõmunem eſſe: alios citat Socin. Iun. in d.§.Cato, nu.155.

Negant autem Iaſ. Ripa. Alciatus, qui alios adducunt, in d.§.Cato, & Felin. in c. cum omnes, de conſtit. col. 10. verſ. Septimò fallit vbi dicit ſententiam Bart. communiter reprobari. Affirmantis ſententiæ fundamentũ eſt, in l. Et ſuum cum l. ſeqq. ff. de pactis, & in l. vlt. C. qui bonis ced. poſſ. & in l. quod maior. ff. de mancip. Poſterioris autem, in l. Per fundum. ff. de ſer. ruſt. præd. in l Reſcriptum. ff. communia præd. in l. in caſu, de verb. ſign & in regula, quod omnes tangit, de reg. iur. lib. 6. l. ſi autem plures, de acq plu. arcenda.

Res ſanè perquam obſcura eſt, namque ex vna parte verba ſtatuti omnium heredum exigunt cõſenſum, ex altera pugnat ęquitas vt liberetur à pœna mortis occiſor.

sor. Non videntur ad rem facere leges adductæ pro sententia posteriore, quia hic non agitur de hæredū præiudicio, sicut quando seruitus prędio imponenda est, imò pacem inire laudabile, & Christianum est. Sed nec leges adductę pro sententia priore admodum vrgere videntur quia creditorum intererat, vt hæreditas adiretur vt quinquennalis dilatio cōcederetur, forsitan enim eis satisfieri aliter non poterat: quare vnius vel alterius dissensus maiori parti nocere non debet. Denique sic concludo. Aut hæredes occisi recusant pacem inire ne amittant actionē iniuriarum, & hoc nihil est, quia iniuriarum actio non transit ad hęredem. l. si eum. §. qui iniuriarum. ff. si quis cautio. aut recusant ne damna, & expensas atque actionem ex l. Aquilia amittant; & hoc etiam nihil valet; quia remittens iniuriam non videtur remittere damna, expēsas, & interesse vt probat optimè Antonius Gomezius tit. de iniuria, nu. 13. Aut recusant, quia volunt necem vendicare, ne incidant in pœnam iux. l. vlt. ff. ad Syll. & l. 1. C. de his quibus vt indig. & istud nihil mouere potest, quia iam accusatio facta est vt occisor condemnetur ad mortem, nisi pacem habuerit ab hæredib. occisi. Itaque nullum isti hęredes periculum incurrunt amittendę hæreditatis. Aut denique pacem facere recusant, vt occisor capite plectatur, vel quia nolunt ei gratificari, & hoc ideo non obstat, quoniam nullum pręiudicium continet ipsorum hæredum, & consequenter nos versamur extra casum legum allegatarū pro sententia posteriore, in quibus vnius dissensus impedit seruitutē constitui vel aliud ius acquiri, propterea quod res illa omnes hæredes tangit hoc est præiudicium singulorum continere videtur. Versamur autem in specie non dissimili ab ea quæ continetur in legibus adductis pro sententia priore: Nam hęredum qui consentiunt vt pax fiat, interesse videtur tolli prorsus inimicitiam ortam omnemq; odij ansam amoueri; & non impediri quominus occisorem pacem petētem à morte liberent.

Ex quibus palam esse potest Bartoli sententiam quæ priori loco relata superiùs est, nisi aliquod adsit præiudicium hæredis recusantis pacem facere, iuri & æquitati magis consonam esse.

CAPVT LIX.

Vtrum creditor inuitus cogatur accipere particularem solutionem?

CVm partis solutio non minima adferat incommoda vt ait I. C. in l. 3. ff. fam. hercis. meritò cōmuni Doctorum sententia receptum est, creditorem inuitum non esse cogendum partis solutionem accipere, vt notant omnes Doctores, in l. quidā. ff. si cert. pet. cum scilicet totum debitum est liquidum, ne obstet. d. l. quidam. Et hæc sententia optime probatur ex lege Tutor. §. Lucius. ff. de vsuris vbi Modestinus. *Si non hac lege minima pecunia data esset, vti liceret particulatim quod acceptum est exoluere, non retardari totius debiti vsurarum præstationem*, &c.

Sed contrariam sententiam habuerunt Alciatus & Corasius, in l. 2. §. & horum de ver. obl. Fulgosius, & Decius, in d. l. quidam quorum argumenta refutanda sunt.

Primum est ex d. §. & horum primo in illis verbis. Quædam partis præstationem recipiunt veluti cum decem dari stipulamur, nec enim id restringi debet ad eum casum quo creditor consentit; præsertim cum inferius dum agitur de stipulatione hominis dicat tex. *Nam etsi Stichi pars soluta sit, nōdum in vlla parte stipulationis liberatio nata est*: etenim hoc intelligendum est inuito creditore; volenti enim creditori aliud pro alio solui potest. l. 2. §. Mutui de reb. cred. si cert. pet. Ergo & quod superius dictum est cum decem dari stipulamur partis præstationem id recipere, intelligendū est etiam inuito creditore,

A Respondeo cum decem dari stipulamur, hanc stipulationem partis præstationem recipere sui natura, quia quantitas hæc diuidi potest, & hæc est mens I. C. Vtrum autē debitor possit partem soluere inuito creditore nec ne, id ex alijs locis petendum est. Quod autem inferius subdit si pars Stichi soluta sit liberationem nō contingere, huc pertinet vt ostendat I. C. id quod paulò ante dixerat, nimirum, quędam sui natura partis præstationem recipere sed nisi tota dentur stipulationi nō satisfieri. Fateor hoc posterius accipiendum esse inuito stipulatore seu creditore; sed nego ea quæ sui natura partis diuisionem recipiunt veluti cum decem dari stipulamur etiā inuito creditore, semper recipere. Aliquando enim inuito creditore solutio partis fit, veluti cum plures sunt hęredes debitoris, & vnus suam partem soluit. l. In executione. §. 1 ff. de verb. obl. l. si testamento. §. 1. ff. de fideiuss. aliquando non potest fieri, veluti cum ipse principalis debitor partem offert. d. l. Tutor §. Lucius. ff de vsuris.

B Secundum argumentum est creditor potest partē exigere inuito debitore, ergo & debitor partem soluere potest inuito creditore; vt correlatiuorum eadem sit natura. l. 1. C. de cupressis lib. 11. Respondeo negando antecedens: namque creditorem inuito debitore exigere posse partem debiti, iure non probatur. Non ad rem facit. l. Iā tamen. §. pen. ff. iud. sol. sed contrarium probat. l. In commodato. ff. duobus. ff commod. & est communis Doctorum sententia, non licere creditori, inuito debitore, partem crediti exigere; ne continentia causæ diuidatur, vel debitor distrahatur pluribus iudicijs: vide Mathesilan. sing. 115. Nota, quod si ex centum & ibi addentes Imolā Alex. & Aretin. in l. 1. ff. de acq. hæred.

Tertium argumentum est quia in fisco locum habet particularis solutio. l. Placuit. C. de colla. fundo patri. lib. 11. ergo multò magis in priuato. Resp. illud esse specialiter constitutum in ijs qui obtinent res emphyteuticas, vel patrimoniales fisci ideo non est trahendum in con- C sequentiam ad omnes alios debitores.

Quartum argumentum est quia si plures sint hęredes promissoris certæ quantitatis pecuniæ, & vnus eorū partem offerat pro portione hæreditaria, liberatur creditore inuito. l. In executione. §. 1. de verb. obl. l. si testamēto. § 1. de fideiusso. Ergo idem est in ipso debitore principali, quia ex persona hæredis non variatur conditio obligationis. l. 2. §. ex his, de verb. obl. Resp. negando consequētiam quia inter principalem debitorē, & ipsius hæredes maxima est ratio differentiæ. Principalis debitor totum soluere tenetur vt fidem suam liberet, & promissori satisfaciat; verum hæredes plures pro portione hæreditaria tenentur. l. 2. C. de hæred. act. quia lex. 12. tabularum diuidit inter eos obligationē; vt scilicet, non singuli teneantur totum soluere, sed partem pro portione hæreditaria.

Quintum argumentum est quia lex. 12. tabularum di- D uidens obligationem inter hæredes pro portionibus hereditarijs, esset iniqua, & creditoribus damnosa. l. 3. ff. fam. hercis. Resp. nec iniquam esse, nec creditoribus dānosam. Non est iniqua quia vt dixi cum sunt plures hęredes qui succedunt in ius defuncti necesse est, vt inter eos diuidantur commoda, & onera hæreditaria. Non est damnosa quia creditores habent actionem cōtra omnes hæredes. Quare si vnus soluerit partem suā, remanet eis actio contra alios, qua possunt simul totam debitā quantitatem consequi.

Porrò ad l. Tutor. §. Lucius, de vsuris respondent contrariæ sententiæ authores ibi agi de vsura quæ pœnę similis est. Pœna vero facit stipulationem indiuiduam. l. 5. §. si sortem, de verb. obl. si certum peta. quare nec partis solutio admittitur. Nihil moror hanc respōsionem, quia si debitor solutione partis liberaretur inuito creditore, vsurę totius summę non deberentur. Et quod dicitur de comparatione pœnę ac vsurę, nihil est: quia quod attinet ad l. 5. §. si sortem illius ratio non est in eo posita, quod

de pœna

de pœna agatur, sed in eo quod aliter fieri non possit si- A ne iniuria stipulatoris, vt ibi expresse dicit & alias quoque nos latius explicabimus.

CAPVT LX.

De regulis cognoscendi, an facta sint indiuidua.

NOn male Bart. in l. Stipul. non diuiduntur. de verb. oblig. in 3. quæst. & cum eo communis interpretum schola tres constituit regulas ad cognoscēdum, an facta sint indiuidua vel diuidua. Prima, si tale sit factum, quod pro parte, non afferat tantam vtilitatem respectu partis, quantam pro toto respectu totius, est indiuiduū, secus si adferat. Exemplū. si quis promittat opus fieri, puta insulam fabricari fossam fodi, Romam ire. Probatur argum. l. In executione. § 2. de verb. oblig ibi. *Quia operis effectus in partes scindi non potest*, & l. Stipul. nō diuiduntur. eod. tit. ibi. *Horum in diuisio corrumpit stipulationem*. l. Si is qui. §. Quidam. ff. ad l. Falcid. ait tex. sed opus mancipibus hæres facere iussus est, indiuiduum videtur legatum. Neq; enim vllum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quæ ex consummatione contingit non dederit. Quid enim est aliud, operis effectum in partes scindi non posse, diuisionem eius corrumpere stipulationem, neque balneum, neque theatrum fecisse videri, qui ei propriam formam non dederit; quid inquam aliud hæc sibi volunt, quàm partem factorum istorum, non adferre vtilitatem pro parte, sicut totum respectu totius adferre videtur? Si pars operis pro parte adferret vtilitatem, sicut pars pecuniæ promissæ respectu partis vtilitatem adfert eandem, quam tota respectu totius, certè opus rectè diceretur esse diuiduum ob eandem rationē, quæ est in pecunia.

Secūda regula illud factum dicitur indiuiduum quod si pro parte fiat, & pro parte interesse præstetur, in diuersis rebus fieret solutio. l. In executione. § Pro parte. ff. de C verb. oblig. ibi. *Solui autem, nisi insolidum non potest; alioquin in diuersis hominibus rectè partes soluerentur*. Hic autem est notandum, non distinguere hoc in loco Bart. inter indiuiduum solutione tantum & indiuiduum obligatione & solutione: satis enim est regulam esse aptam ad constituendum factum indiuiduum, siue illud sit solutione tantum, siue obligatione & solutione. Alias autē differentia est vtrum solutione tantum, an verò solutione & obligatione aliquid sit indiuiduum.

Tertia regula: illud factum dicitur diuiduum in quo duo copulatiuè concurrunt. Primum, quod pro parte impletum adfert tantam vtilitatem respectu partis, quantā totum respectu totius. Secundum, quod si pro parte fiat, & pro parte interesse præstetur, contingit solutionē fieri in eadem re, vt si quis teneatur ad restituendum factum pecuniæ. Exemplum est in stipulatione, amplius nō agi, & rem ratam haberi, vt in l. 4. §. Cato, de verb. oblig. Male author tract. diuidui & indiuidui in 2. par. 2. partis D nu. 262. reprehendit has regulas, nam quæ opponit friuola sunt.

Primam regulam ait nihil concludere, quia sequeretur dationē domus vel fundi, aut certi hominis, vel equi non esse diuiduam, sed indiuiduā obligatione & solutione, quoniam pars rei animatæ non adfert vtilitatē. Resp. potest, Bartolum non loqui de datione, sed de facto. Nā circa stipulationes quæ cōsistunt in dando, non sunt constitutæ dictæ regulæ, sed ad eas spectant quæ in faciendo consistunt.

Secundò obijcit, stipulationem remrestitui diuiduam esse & tamen non adferre pro parte vtilitatem. Responderi potest, imò stipulationem rem restitui, indiuiduam esse solutione. l. Si duo. ff. depo. nec continere nudum factum, & proinde huc non pertinere. Nec enim Bart. in his regulis tradendis rationem habuit indiuiduæ stipulationis quoad obligationem vel quoad solutionem, sed A satis illi fuit regulas tradere quibus cognoscatur aliquam obligationem facti indiuiduam esse. Nec superfluitatis argui potest, quia nihil nocet rem pluribus explicare, & quæ superabundant non solent vitiare scripturas.

Non etiam satisfacit regula, quam ipse tradit author dicti tractatus, diuiduas esse obligationes, quando debitum præstari potest pro parte: indiuiduas autem quando non potest, sed totum præstari debet. Nam fateor id verissimè dictum & hanc esse naturam diuiduæ obligationis vel indiuiduæ. Illud autem quæro, an sit aliqua regula quibus intelligi possit totum præstari oportere, partem præstari non oportere. Author ille nullam eiusmodi regulam docet, ergo non tam audacter alios accusare debuit: omni enim culpa carere debet, qui in alterum dicere paratus est. Male etiam Cumanus, licet habeat Duarenum protectorem, lib. 6. disput. cap. 59. Facta esse indiuidua quæ sunt visibilia, siue vt Duarenus loquitur, corporalia; diuidua autem, quæ sunt inuisibilia seu incorpo- B ralia. *Nam fossam fodere rem tradere & similia quæ vel à de mente, & eo qui intellectu & iudicio caret, non minus quàm à sano homine expediri possunt. Cum enim in hac executione nihil possit animus, sed corpore omnino opus sit, quonammodo potest ea diuisio locum habere quę intellectu tantum fiat, non etiam corpore? hac & similia Duarenus.* Non placent: quia responderi potest in rebus corporalibus animum & intellectum facile diuisionē facere posse, etsi res corpore non diuidatur; & hoc sufficere, vt res dicatur esse diuidua. Sed de his apicibus iam satis philosophati sumus.

CAPVT LXI.

Testator reliquit mille in constructionem ecclesiæ, & reliquit quatuor hæredes, vtrum obligatio sit indiuidua, vt singuli teneantur insolidum?

AFfirmant esse indiuiduam Angelus, Imo- C la, & Castr. in l. In executione. ff. de verb. oblig. Alex. in l. 2. §. Et harum, nu. 5. eod. tit. & ibidem Alciatus, nu. 6. & lib. 2. Parergon cap. 22. Iason in l. Stipulationes, non diuiduntur, num. 27. eod. Fundamentum est in l. Fideicommissa. §. penu. de leg. 3. Vlpianus. *Si in opere ciuitatis faciendo aliquid relictum sit, vnumquemq; hæredum in solidum teneri D. Marcus, & Lucius verus Proculæ rescripserunt.* Huc accedit quod dicitur dationem ordinatam ad factū pro facto reputari, ut nos in l. Naturalis. §. Quod si faciam. ff. de præscript. verbis.

Sed quod attinet ad tex. in d. §. pen. ille loquitur quando hæredibus à testatore iniunctum est opus, vt scilicet ipsi illud fieri curent, non autem quando certa pecunia relicta est pro opere faciendo. Id patet ex verbis sequentibus eiusdem textus quę sic se habent. *Tempus autem cohæredis præstiterunt intra quod muttas ad opus faciendum, post quod solum Proculum voluerunt facere imputaturum cohæredi sumptum pro parte eius.* His enim verbis intelligitur hæredibus iniunctum onus hoc fuisse, vt opus faciendum curarent, & solam Proculam voluerunt facere, imputaturam cohæredi sumptum. Quod verò dicitur D dationem ad factum ordinatam, facto comparari, hunc sensum habet, vt si quis seruum dederit vt manumittatur, is manumisisse videatur, sic loquitur Glos. in d. §. Qd̄ si faciam. Ex quo potest inferri hæredes qui pecuniam dederint vt opus fieret, videri fecisse ipsum opus; non autem inferri potest id quod infertur, testatorem aliquid legantem pro opere faciendo, eodem iure habendum, ac si opus illud faciendum iniungeretur hæredibus. Ratio est differentiæ est, quia cum opus fieri mandat, omnes hęredes in solidum obligat; cum verò certam pecuniam legat pro construendo opere, non obligat hæredes ad faciendum opus, vel ad curandum illud fieri, sed ad certam pecuniæ

cuniæ quantitatem persoluendam; quæ diuisionem re- A cipit ex persona cuiuslibet hæredis, pro portione hæreditaria.

Contrariam igitur sententiam in proposita quęstione secuti sunt Dynus, Iacob. Rauenn. Alber. & Bart. in d. §. pen. Alex. in d. l. stipulationes non diuiduntur, col. 6. Socin & Ias. in d. §. Et harum, & hæc est verior. Adferri solet tex. pro hac sententia, in l. Mortuo. §. vlt. de leg. 2. qui reuera ad rem non facit, vt præclarè ostendit Alciatus, lib. 2. parergon. cap. 22. Probatur igitur hæc verissima sententia, ex generali regula, quæ docet omnem obligationem esse diuiduam inter hæredes, si agatur de re, quæ diuisionem recipit, veluti est, pecuniam præstari. l. 2. §. & harum, de verb. obl. l. Pro hæreditarijs. C. de hæred. act. l. Hæredes. §. Idem iuris. ff. fam. hercisc. At in proposita facti specie, testator pecuniam præstari mandat; ergo est diuidua obligatio ipsorum hæredum pro hæreditaria portione. Quod enim opus faciendum sit ex pecunia illa, non hoc pertinet ad onus hæredum, sed ad alios quo- B rum interest, vel iure incumbit opus fieri: hoc tantum hæredibus onus iniungitur, vt soluant pecuniam. Quare si eam pro portionibus hæreditarijs inferre parati sint, nihil proponi video cur ad aliud teneantur.

CAPVT LXII.

Conciliatur l. Et ideo, de verb. oblig. cum l. Martius. ff. locati, & l. Mora. §. pen. ff. de vsuris cum l. Penultima. ff. de duobus reis.

N hac materia diuiduæ, & indiuiduæ obligationis occurrit antinomia quædam inter l. Et ideo, de verb. oblig. & l. Martius. ff. locati. Fateor antiquos Glossatores ac interpretes non tam acutè vidisse, sicut recentiores quidam viderunt. Nam in d. l. Martius de conductore C agi operis faciendi, patet ex verbis textus: ideo nihil mirum si periculum ex terræmotu, non vitio operis proueniens, ad eum non spectat. Quid enim aliud ei iniũctum est ex contractu locationis, quàm vt opus faciat; si fecerit illud, & sine culpa sua perierit, periculum est domini, nõ autem conductoris; quia res perit Domino non alteri l. Si creditor. C. de pign. act. & quæ fortuitis casibus eueniunt, in nullo bonæ fidei iudicio præstantur. l. Quæ fortuitis. C. eod. tit. l. Contractus, de reg. iur. At in l. Et ideo. non agitur de conductore operis, sed de eo qui erat obligatus ad id faciendum, vel ex promissione, vel tanquam hæres alterius: si partem operis fecit, vel fieri curauerit, quæ incendio consumpta sit, periculum ad eum spectat; quia suæ obligationi non satisfecit, donec opus absolutũ præstiterit. Rectè etiam idem monet. l. Mora. §. pen. ita conciliari posse cum l. pen. ff. de duob. reis: factum vnius rei debendi, alteri nocet correo; vt in d. l. pen. quantum D ad principalem obligationem; ideo si alter correus seruum debitum occidat, vel aliquid delinquat circa rẽ, quæ præstari debet, non idcirco alter correus liberatur. Mora autem vnius correi alteri non nocet, quantum ad hoc, vt obligatio principalis augeatur, ita vt & vsuras præstare teneatur, sicut in bonæ fidei iudicijs præstantur ex mora; vt in d. l. Mora: quæ lex de his vsuris cùm loquatur in principio, videtur etiam de eisdẽ loqui, & ad eas respicere inferius, dum agit de mora vnius rei, & ait alteri reo non nocere. Cæteræ expositiones veterum, non sunt ita perspicuę; diuinant, & ad scopum non collimant.

CAPVT LXIII.

Explicatur materia diuidui, & indiuidui, propositis conclusionibus breuiori & faciliori via.

Ed operepręcium duxi, istam materiã in aliquot veluti theses conijcere; quò facilius percipi possit, cùm difficillima sit. Sępe igitur repetita non displicebunt.

1 Ad cognoscendum quæ sit diuidua, vel indiuidua stipulatio, nullum Doctorem Paulo I. C. meliorem habemus: is enim. l. 2. §. 1. ff. de verb. obl. *Stipulationum*, inquit, *quædam in dãdo, quædam in faciendo consistunt; & harum omnium, quædam partium præstationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur; quædam non recipiunt; vt in his quæ natura non admittunt diuisionem; veluti cum viam, iter, actum stipulamur*. Diuidua igitur B est obligatio, quæ diuisionem recipit: indiuidua, quę non recipit. Exempla adfert Paulus quæ vides.

2 Cui & Vlpianus consonat, in l. 72. eod tit. cum ait; *Stipulationes non diuiduntur, earum rerum quæ diuisionẽ non recipiunt, veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, cæterarumq. seruitutum*.

3 *Sed quædam*, inquit Paulus, in d. l. 2. §. 1. *partis quidẽ præstationem natura sui recipiunt, sed nisi tota dentur, stipulationi satis non fit; veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet aliud vas*.

4 Nec enim vt nostri monẽt interpretes, ea esse potest mens stipulantis, vt partẽ vasis, hominisue consequatur.

5 Et hoc est quod Vlpianus ait in d. l. 72. *Harum enim rerum diuisio, corrumpit stipulationem*.

6 Et loquit ibi, exẽplumq; proponit, cũ quis *faciendum aliquid stipulatus est, vt puta fundũ tradi, vel fossam fodi, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile*.

7 Vis rationem cognoscere huius rei? eã pete ex Caio, C in l. 79. §. Quædam. ff. ad l. Falcid. *Sed si opus*, inquit, *municipibus hæres facere iussus est, indiuiduum videtur legatum. Neque enim vllum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quę ex consummatione contingit, non dederit*.

8 His cõgruit Vlpiani respõsum, in l. 11. §. pen. de leg. 3. *Si in opere ciuitatis faciendo aliquid relictum sit, vnumquemque hęredum insolidum teneri*, & paulò infra, *Ergo & in statua, & in seruitute, & in cæteris, quæ diuisionem non admittunt idem est dicendum*.

9 Non idem est dicendum si pecuniæ certa quantitas legata sit in opus aliquod faciendum; tunc enim inter hæredes obligatio diuiditur: vt rectè docuerunt Dyn. Iacob. Rauenn. Albericus, & Bart. in d. l. 11. §. pen. de leg. 3. & multi alij.

10 Non quidem ex responso Iurecõsulti, in l. Mortuo. §. vlt de leg. 2. illud enim aliam habet interpretationem, quam Alciatus adfert, lib. 2. parergon. cap. 22. D

11 Sed ob regulam generalem, quæ ex lege 12. tabularum descendit, & obligationem inter hæredes diuidit, si modo res diuisionem patiatur. l. 2. C. de hæred. act. pecuniæ verò quantitas diuisionem recipit.

12 Qui verò contrarium docuere, Angelus, Imola & Castr. in l. In executione, de verb. obl & alij, forsitan hallucinati sunt eam ob causam, quod l. 11. §. pen. de leg. 3. de istiusmodi facti specie loqueretur: Ait enim initio: *Si in opere ciuitatis faciẽdo aliquid relictum sit*: Sed vlteriora verba spectare oportuit, quibus apparet non certam pecuniam ad faciendum opus relictam fuisse, sed hæredibus iniunctum opus, ibi. *Tempus autem cohæredi præstiterunt intra quod mittat ad opus faciendum, post quod solam Proculam voluerunt facere, &c.*

13 Sed quid est, quod ait Pomponius, in l. 5. §. vlt de ver. oblig. *Si sortem promisseris, & si ea soluta non esset, pœnam; etiamsi vnus ex hęredibus tuis portionem suam ex parte soluerit, nihilominus pœna committetur, donec portio cohę-*

redi soluatur? Hic agitur de pecunia quæ diuisionem recipit; cur ergo indiuiduæ obligationis naturã imitatur?

14 An quia, vt dicebat Bar. in l. 4 §. Cato de verb. oblig. obligatio hæc in dando consistat? Et ideo si hęres nõ soluat portionẽ cohęredis, sit in culpa: quia id potest facere, & postea repetere iudicio fam. herciſc. inx. l. 2. §. Ex his. l. in executione. §. Quod si stipulatus, de verb. oblig. Secus vbi stipulatio consistit in faciendo; quia non est in potestate cohæredis efficere, vt cohæres faciat, vel nõ faciat; ideo pœna committitur pro parte contrafacientis tantũ, vt in d. l. 4. § Cato de verb. oblig.

15 Minimè gentium: nam sequeretur pœnam cessare si hæres id præstare non possit; quod repugnat. l. In executione. §. pen de verb. oblig.

16 Nec enim placet quod Bart. docet, quempiam rei alienæ dominium transferre posse pro solutione debiti sine consensu domini; id enim pugnat cum l. Id quod nostrã de reg. iur. cum l. 1. C. de comm. rerum aliena.

17 Nec si id faciat pro solutione æris alieni. l. 4 C. de rebus alien. non alienand.

18 Non iuuat Bart. l. si procuratorem. §. si ignorantes. ff. mand. quia nõ dicit text. id fideiussori licuisse, sed narrat factũ, & ideo intelligendus est in casibus iure permissis, vt puta si fideiussor potestatem habeat id faciendi ex consensu debitoris, qui rei est dominus.

19 Nil facit Auth. si captiui. C. de epiſ. & cleri. quia ius est singulare fauore captiuorum, quò facilius redimãtur.

20 Nil suffragantur alia iuris loca. Auth. qua in prouincia. C. vbi de crim. ag. opor. Glos in l. venditor. de iudicijs l. Si cum vno. si ex noxa. cau agatur: quia non huc pertinet, vt legenti statim apparebit.

21 At dices, vtiliter gerenti negociũ, cõsensum esse pręstandũ. l. Põponius. ff de neg. gest. est autẽ vtile ad euitandam pœnã, vt hæres cohæredis sui rẽ stipulatori tradat.

22 Sed quid si magis vtile foret pœnam soluere?

23 Pręterea negocia aliena gerẽtis potestas nõ vsque eò porrigit, vt alienare bona possit, pſertim fundum, & alia immobilia: id tibi probat. l. 4. C. de reb. alien. nõ alienan.

24 An dicemus. l. In executione. §. pen. de ver obl. nõ loq de hæredibus, sed de principali promissore, qui fundum promisit sub pœna? Sic. n dicebat Soc. Iun. in d. §. Cato.

25 Non acquiescit animus huic Socini Iunio. respõsioni; quia tex. in §. pen. indefinitè loquitur, vt totus fundus det, nullo discrimine cõstituto inter pmissorẽ & hędes.

26 Ergo auscultemus Cuiaciũ, perpendentem, in §. Cato iniuriã stipulatoris, cuius meminit I. C. in d. l. 5. §. si fortè: dum ait, aliud nõ posse fieri sine iniuria stipulatoris: nam cũ solutio particularis, non modica habeat incommoda. l. 3. ff. fam. herciſ. hinc oritur iniuria stipulatoris; quia ex solutione partis, incommodum sentit; ideoq; pęnã rectè petit; quia stipulationi satisfactum non videtur: hęc ratio iniuriæ stipulatoris locum non habet, in §. Cato; quia stipulatori nihil est præstandum, ibi, *sed amplius non agi ei permissum est; quare si pro parte agatur, ab vno ex heredibus, pœna tantum pro parte committitur; nec enim amplius stipulatoris interest.*

27 Redeo ad Paulũ, in d. l. 2. §. 1. de verb. oblig is rectè quidem docet, diuiduam esse stipulationem præstationis pecuniæ; sed non rectè docent qui ex hoc putant inuito creditori solui posse partem debitæ pecuniæ.

28 In hũc scopulum incautè impegere Alciatus, & Corasius, in d. §. 1. quibus nec suffragatur tex. ibi, & maximè repugnat. l. tutor. § Lucius. ff. de vsuris.

29 Si enim partis solutio rectè fieret inuito creditore; cur totius summæ vsuræ deberentur, deposita parte pecuniæ? Cur I. C. Ibi exigeret pactum expressum, quo particularis solutio fulciretur?

30 Nihil moror responsiones quæ adferuntur, vsuram esse similẽ pœnæ, ac proinde solutionẽ partis impedire; sicut & pœnæ stipulatio impedit; tex. l. 5. §. si sortem, de verb. obl. nam in §. si sortem est ratio, quam iam ex Cuiacio satis indicaui. Nihil moror argumenta reliqua; ea

A enim confutaui lib. 12. controuerſ. cap. 6.

31 Cõcludo vnà cum Paulo, diuiduas esse stipulationes earum rerum quę diuisionem recipiunt: Indiuiduas autem, quę non recipiunt. Hoc enim sufficit ad sciendum, quid sit diuidua, & indiuidua stipulatio.

32 Non quæras meliorem magistrũ Vlpiano, in l. 85. de verb. oblig. *In executione obligationis quatuor esse causas: Nam interdum est aliquid, quod a singulis haredibus diuisim consequi possumus: aliud quod totum peti necesse est, nec diuisim præstari potest: aliud quod pro parte petitur, sed solui nisi totum non potest: aliud quod solidum petendũ est, licet in solutione admittat sectionem.*

33 *Prima species pertinet ad promissorem pecunię. Secũda ad opus quod testator fieri iusserit. Pro parte autem peti, solui autem nisi totum non potest; veluti cum stipulatus sum hominem incertum. Insolidum verò agi oportet, & partis solutio affert liberationem, cum ex causa euictionis intendimus.* Sic Vlpianus vbi supra.

B 34 Paulò rudiùs, & crassiori filo Bart. in l. 4. §. Cato. Indiuiduum aliud esse contractu, obligatione, & solutione, veluti iter fieri: Aliud obligatione, & solutione: aliud solutione tantum.

35 Non malè etiam idem Bart. in l. stipulationes nõ diuiduntur, nu. 18. res dici diuiduas vel ſm naturã, vel ſm iuris dispositionem. l. Non amplius. §. vlt. de leg. 1.

36 Itẽ diuiduũ recipere partes multiplicatiuas, puta dimidiã, tertiam, quartã: quandoq; partes iuridicas, vt est vsusfructus, & proprietas rei: qñq; discretas partes, veluti sunt res mobiles, quæ in partes diuiduntur separatas.

37 Alij alia indiuiduorum genera comminiscuntur, sed quid opus est aurum cùm inueneris, Illud cum ære permutare? Ex fontibus legum, & receptis Doctorum traditionibus hæc inspice signa ad intelligendum, quæ sit diuidua vel indiuidua obligatio.

38 Aut in obligatione est rẽ dari, q cõsistit in quãtitate, vel in ijs rebus quę põdere, numero, & mẽsura cõsistũt, veluti pecunia, frumentũ, oleũ, & statuas esse diuiduam

C obligationem. l. 2. §. 1. l. In executione. §. 1. de verb. oblig.

39 Aut est certa species, puta, lances; & est diuidua petitione, & obligatione. l. si stipulatus. §. 1. ff. de solution.

40 Aut in obligatione continetur species in genere, puta homo; vel alternatiuè, puta, homo vel leo; & tunc est diuidua obligatione, & petitione; solutione autem indiuidua, l. In executione. §. Pro parte, de verb. oblig.

41 Aut seruitus deducitur in stipulationem, & dicas esse indiuiduam. l. 2. §. 1. l. stipulationes non diuiduntur, de verb. oblig.

42 Excipe vsumfructum, quia diuiduus est. l. 5. de vsufr.

43 Non idem est in vsu; est enim indiuiduus. l. Vsus pars, de vsu, & habi.

44 Vis causam scire? Vsusfructus est pars dominij. l. 4. de vsufructu: dominium est diuiduum; refertur enim ad fundum, & ad fructus fundi, qui sunt diuidui; ideo & ipse diuiduus est.

D 45 Vsus autem refertur ad personæ indigentiam, & necessitatem, quę res diuisionem non accipit; quis enim diuidet personæ cuiusdam indigentiam?

46 Aut conditio adijcitur obligationi, & facit eam indiuiduam. l. Cui fundus, de cond. & dem.

47 Quandoq; etiam pœna adiecta facit, vt obligatio indiuidua sit, vt in l. 5 §. vlt. de verb. oblig. propter iniuriã stipulationis, vt dixi.

48 Quandoq; res natura sua diuisionem recipit, sed nisi totum detur, stipulatori non satisfit; vt in l. 2. §. 1. de ver. oblig. vbi exempla adferuntur.

49 Aut in obligatione sunt facta, veluti rẽ tradi, fossam fodi, insulã fabricari, & hęc indiuidua esse dubium non est. l. stipulationes non diuiduntur, de verb. oblig.

50 Regulæ verò cognoscẽdi facta indiuidua tres à Bart. constituuntur, in d. l. stipulationes nõ diuiduntur. Prima si tale factũ sit, quod pro parte non adferat tantam vtilitatem respectu partis, quantam totum, respectu totius.

51 Exem-

51 Exempla habes in l.In executione.§.2.de verb.oblig. & in d.l.Stipulationes non diuiduntur, & in l. Si is qui. §.Quædam.ff.ad l.Falcid.

52 Altera est regula. Factum indiuiduum est, quando si pro parte fieret, & pro parte id quod interest præstaret, contingeret in diuersis rebus fieri solutionem. l. In executione.§.Pro parte.eod.id autem indiuiduum est, respectu solutionis, non autem obligationis, vel petitionis, vt ibi dicitur.

53 Factum dicitur diuiduũ, in quo duo copulatiuè concurrunt. Primum quod pro parte impletum adfert tantã vtilitatem respectu partis, quantã totum respectu totius: Secundum quod si pro parte adimpleatur, & pro parte interesse præstetur, adhuc contingit solutionem fieri in eadem, non autem in diuersis rebus: vt si quis teneatur restituere sacculum pecuniæ: si enim pro parte prętetur id quod promissum est, fiet solutio in pecunia. Si nõ pręstetur tenditur promissor ad interesse, & illud in pecunia consistet: idem puto in promissore amplius non agi, & rem ratam haberi iux.l.4.§.Cato.eodem.

54 Non placet Cumani doctrina licet ei Duarenus adstipuletur, lib. 1. disput.cap.59. facta esse indiuidua, quæ sunt visibilia siue corporalia; diuidua autem quæ sunt inuisibilia, siue incorporalia.

55 Cur enim animus ac intellectus facta corporalia & visibilia diuidere non possit?

56 Primùm omnium satis constat, hoc operari indiuiduam obligationẽ, vt nec principalis promissor, nec hæredes satisfacere possint, nisi totum præstiterint.l.2.§.Ex his de verb.oblig.

57 Secundò: si indiuidua sit stipulatio, vno ex hæredibus contrauenientе, pęna quoad omnes cõmittitur, quia omnes fecisse videntur id, quod nisi in solidum committi potest.l.4.§.Cato de verb.oblig.

58 Tertiò: si res sit diuidua, vno ex hæredibus promissoris contrauenientе, pęna committitur pro parte illius tantùm d.l.4.§.Cato.

59 Respectu tamen ipsius principalis promissoris, etiãsi diuidua sit stipulatio, veluti rem ratam haberi, pœna in totum committitur, si pro parte ratum non habeat.d.l.4. §.Cato in fine.

60 Hæc enim stipulatio rem ratam haberi, non diuiditur, nisi in personis hędum l.2.§.Incertam.ff.de pręt.stip.

61 Quartò: si obligatio sit indiuidua solutione tantum, & vnus hæredum totius rei restituendæ facultatem habeat, officio Iudicis compellitur ad totam restituendam, l.3.§.Hæres.ff.commod.

62 Quintò: etiam hoc operatur indiuidua obligatio solutione, vt non contingat hęredibus liberatio, nisi integræ rei præstatione.l.Si duo.ff.depos.

63 Ex facto tñ proprio, siue ex proprio delicto hẽs quilibet obligat̃ insolidum, ipse solus licet ex parte hẽs sit.l.In depositi.ff.depo. l.In cõmodato. §.Si ex facto. ff. cõmod.

64 Et notandum est; si duo sint obligati ad rẽ restituendam, insolidum teneri ad pręstãdum dolum, et culpam. l.Si vt certo.§.Si duobus.ff.commod.

65 Hoc caput concludo cum Iuliani responso in l.54.de verb.obl. *In stipulationibus aliàs species, aliàs genera deducũtur. Cum species stipulamur, necesse est inter dominos, & inter hęredes ita diuidi stipulationem, vt partes corporũ cuiq; debeantur. Quoties aũt genera stipulamur, numero fit inter eos diuisio; veluti cũ Stichum & Pamphilum quis stipulatus, duos hęredes æquis partibus reliquit, necesse est vtrique partem dimidiam Stichi & Pamphili deberi. Si autẽ idem duos homines stipulatus fuisset, singuli homines singulis hæredibus eius deberentur.*

66 Prima quæstio est, an stipulatio rem tradi, sit indiuidua solutione & obligatione; dubitationem facit.l Stipulationes non diuiduntur.de verb.obl.illis verb. *Idem puto, etsi quis faciendum aliquid stipulatus sit, vtputa fundum tradi.* Comparatio.n.fit cum seruitutum stip̃one, q̃ constat et obligatione, & solutione indiuiduam esse.

A 67 Sed cur absolutam in omnibus, & per omnia similitudinem exigimus? Ergo stipulatio rem tradi indiuidua erit, etiam contractu, sicut et seruitutum stipulatio; quod nemo dixerit, quia potest quis stipulari partem fundi tradi.

68 Expende verba sequentia. *Harum enim rerum diuisio corrumpit stipulationem.* Nam si totum non tradatur, si totum opus non perficiatur, stipulatio effectum non habet, non consummatur, non perficitur; quod ipsum ad solutionem pertinet, non ad obligationem.

69 Ergo stipulatio rem tradi, indiuidua est solutione, sicut seruitutes; non etiam obligatione: etenim fac plures hæredes esse eius, qui tradere promiserat, cur omnes dicimus obligatos insolidum esse ad tradendum, & non potius pro hæreditarijs portionibus? l.2.C.de hęred.act.

70 Quid? quod insolidum teneri hæredes in his rebus, quæ natura diuisionem respiciunt, nihil aliud est, q̃ oẽs teneri pro portione hẽditaria.l.Adea in fine de reg.iur.

B 71 Nunquid lex obligat ad impossibile? Certè nõ, l.Impossibilium de reg. iur. cur igitur hæredes singuli totam rem tradere teneantur, si eam non habeant nisi pro portione hæreditaria?

72 Si opus aliquod hæredibus iniunctum foret, obligatio esset indiuidua; quia hæres quilibet, vel facere totum opus, vel vt fiat curare põt sumptibus suis, eosq; à cohęredibus repetere; vt in l.Fideicommissa.§ Si de opere.de leg.3.Sed hic agit̃ de tradendo fundo, qui nõ est in potestate singulorum hęredum sed proportione hęreditaria?

73 Secunda quęstio est, de obligatione rem restitui, quo pacto sit indiuidua: & receptum est, indiuiduam esse solutione tantum: quę sententia probatur in l.3.§.Hæres. ff.commod.iuncta.l.Si duo.ff.depo. Hic enim dicitur, liberationem non contingere, nisi restitutione integræ rei: ibi autem responsum est, hæredem teneri ad rem restituendam pro ea parte pro qua hęres est.

74 Sed quid est, quod ait Vlpianus in l.1.§.*Si apud duos.*
C ff.depo.*Si apud duos sit deposita res, aduersus vnũquemq; eorum agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero agatur.* Existimo hoc Vlpianum velle, quod & in l.Si vt certè.§.Si duobus.ff.commod. *& dolum & culpam, & diligentiam à singulis præstandam esse in totũ; quare duo quodammodo rei habebuntur* Ad dolum igitur & culpam referenda hæc esse existimo, quam singuli depositarij pręstare debeant; non autem ad primariam obligationem rei restituendæ: hoc enim inter hæredes diuiditur.l.3 §. Hæres. ff.commod. & verba sequẽtia Vlpiani in d. §.Si apud duos.nostram confirmant expositionem; ait enim. *Proinde si ambo dolo fecerint, &c.* & rursus. *Idemq; etsi alter dolo non fecerit & ideirco sit absolutus, nam ad alterum perueniet.*

75 Excipe casum hunc cum vnus hæres totius restituendę facultatem habet, nam condemnandus est ad totam rem restituendam, quasi id boni iudicis officio cõueniat vt inquit I. C. in d.l.3.§.Hæres.ff.commod.

D 76 Sed actio cõmodati est bonę fidei, meritò si vnus totius rei restituendę facultatẽ habeat, cõdemnat̃. Nunqd sit idẽ in iudicijs siue contractibus quæ dñr stricti iuris? Bart. Affirmat idẽ esse dicendum, si cũ actione personali concurrat rei vendicatio §.Si plures.ff.de vi & vi arm.

77 Verùm toto errat cęlo. Nec enim ibi concurrit actio realis cum personali, nisi spoliatus sit dominus: frustraq; adducitur.l.Si quis emptionis.C.de præscript.longiss.tẽporis; quia postea condita est, & multa alia requirit quæ non concurrunt in d.l.Si plures.

78 Ergo quod ait Paulus in d.l. Si plures. *Interdum, insolidum teneri eum hęredem ad quem tota res peruenerit, quamuis ex parte hęres sit,* Fundm̃ habet in regula iuris ex delicto defuncti hæredes obligari, inquantum ad eos peruenit.l.Vnica, C.ex delict.defunctor.l.2. C.vnde vi.

79 Quid ergo ad propositam quęstionẽ de contractibus stricti iuris respondebimus? Vrget ratio, quod omnis obligatio inter hęredes sit diuidua, l. 2. C. de hęred act.

l.2.C.ſi ex plu.hæredib.niſi contrarium ſit conſtitutum. Non eſt autem contrarium conſtitutum in contractibus ſtricti iuris? Ergo.

80 Nec enim argumẽtari licet à contractibus bonę fidei adſtricti iuris, quia diuerſam habent naturam.l.Mora §. In bonę fidei.ff.de vſuris.l.cum fundus ff.ſi cert.pet.

81 Sed cum æquitate ſuadente ſic deciſum ſit in cõtractu commoditati, vt hęres qui totius rei reſtituendæ facultatem habet inſolidum condemnetur, quaſi id boni iudicis officio conueniat vt inquit I. C.in d.l.5.§.Hęres. ff.commod. cur nos id non porrigimus etiam ad cõtractus ſtricti iuris eandem æquitatis rationem ſecuti?

82 Placuit.n. in omnib. iudicijs,æquitatis magis, quàm ſtricti iuris rationem habendam.l.Placuit.C.de iud.l.In omnib.quidem,de reg.iur.l.ſi me & Titium.ff.ſi cer.pet. l.ſi ſeruum.§.ſequitur, de verb.oblig.quę duæ leges vltimæ de contractibus ſtricti iuris loquuntur.

83 Differentiæ verò inter contractus bonæ fidei,& ſtricti iuris alió ſpectant, ſ.ad fructus, & acceſſiones quæ in bonæ fidei contractibus veniunt ex natura contractus.l. quia tantundem.iuncto.§.vlt. legis præced. ff.de reg.gegis.Vide Menoch. de arbitr.iud.q.3. Albertũ Bolognet. de lege iure,& ęquitate cap.33.

84 Tertia quæſtio eſt an in contractibus bonę fidei vno ex hæredibus contra promiſſionem defuncti faciẽte, teneatur ipſe ſolus inſolidum ad pœnam. Non puto,ſed pęnam cõmitti exiſtimo aduerſus omnes hęredes pro portione hæreditaria.l 4.§ Cato,de verb.obl.

85 Licet enim de ſtipulatione loquatur ibi I.C.quæ ſtricti iuris eſt,tamen ſtipulatio plerumq; interponi ſolet ex aliqua cauſa; vnde dicitur pendere ex negocio cõtracto, in l.5.§ Conuennonales eod tit.

86 Ergo poteſt interponi tam ſuper cõtractu bonę fidei quàm ſtricti iuris,cùm non diſtinguat I.C. inter contractus bonæ fidei,& ſtricti iuris,rectè inferri poteſt pœnã cõmitti aduerſus omnes hęredes vno contrafaciente, ſiue agatur de contractibus ſtricti iuris, ſiue bonę fidei.

87 Obijcitur.l.In depoſiti.ff.depo.quę nihil obſtat;loquitur enim de hęrede,qui delinquit,& ſic in proprio delicto obligatur. Audi verba eius. *In depoſiti actione ſi ex facto defuncti agam aduerſus vnum ex pluribus haredibus, pro parte hareditaria agere debeo.* Vides hic primariam obligationem ex facto ſiue promiſſione defuncti in hæredes deſcẽdere pro portione hęreditaria: ſed pergit rex. de ſecundaria obligatione oriente ex facto proprio hęredũ.*Si verò ex ſuo delicto, pro parte non agam: meritò,quia æſtimatio refertur ad dolũ quẽ inſolidũ ipſe hæres admiſit.*

88 Quarta quęſtio: quid ſi vnus ex hęredib.emphyteutę non ſoluerit canonem pro ſua parte, an incidant omnes hęredes in pœnam caducitatis? Placet eum ſolum incidere,qui non ſoluit: ne factum,& culpa vnius alteri noceat.l De pupillo.§.ſi plurium. ff.de ope.nou.nunc.l.vlt. ff. ad Syllan. Facit ad rem l. Fraudati. ff.de publicanis l. Supra itet.§.apud ferocem de aq. plu.arcen.

89 Confirmatur hęc ſnĩa quia canonis ſolutio diuiſionẽ recipit:in his autem quæ diuiſionem recipiunt, pęna cõmittitur aduerſus eum ſolum hæredem, qui contra promiſſionem facit.l.4.§.Cato.

90 Alij in contrariam ſententiam abiere: alij diſtinguere ſolent aliter atque aliter, ſed nullum video fundamentum pręterquam,in l.5 §.ſi ſortem, de ver.oblig. vbi vno hęrede ceſſante, committitur pœna contra omnes hęredes,ſed ſuam habet ſingularẽ rationem illud reſponſum ſicut ſupra annotauimus concl.26.

91 Addo nunc Cumanum lib.6. cap.2. in fine circa d.§. ſi ſortem. *In his ſtipulationibus pœnalibus* inquit, *aliter ſi cõſtituatur, iniuria ſit ſtipulatori qui vel ob eam cauſam maximè ſibi cauit promiſſione pęnæ,vt non neceſſe habeat à ſingulis heredibus quod ſibi debetur per partes petere, & perſequi,ſed vt ab his,ſicut à debitore totum ſuum debitum conſequeretur.*

92 Non ſic durè agitur cum emphyteuta, qui non ſol-

A uendo per trienniũ cadit à iure ſuo.l.2.C.de iure emphy. vel ſi res eccleſiaſtica ſit, per biẽniũ c. potuit de locato: idq; procedit ex diſpoſitione legis,nõ ex pęnali ſtipulatione. Minor eſt igitur lex quã homo. l. Celſus.ff.de arbitr.

93 Quinta quæſtio: vtrũ in contractib.ſtricti iuris ſi plures ſint promiſſores, & agatur de re indiuidua omnibus contrafacientibus, pęna contra oẽs inſolidũ cõmittatur. quidni? Nam in contractibus bonæ fidei oẽs inſolidum teneri receptũ eſt ex l.1.§.ſi apud duos, & l.ſi duo.ff.depo.l.ſi vt certo.§.ſi duob ff.commod.non eſt ratio differentiæ inter hos, & contractus ſtricti iuris.

94 Adde cum ſtipulatio indiuidua eſt,omnes teneri ad rem principalem, inſolidum l.2.§. Ex his,de verb.oblig. Ergo,& ad pœnam inſolidum omnes tenentur,quia pęnalis ſtipulatio eſt acceſſoria principalis ſtipulationis, & eius naturam ſequitur vt docet Bart. in l.vlt.in 2.quæſt. ff.de duob.reis.

95 Sexta quęſtio: ſi pœna rei indiuiduę adijciatur facto

B indiuiduo,vel diuiduo vno ex hęredibus contrauenïente,quomodo committatur? Reſpondetur,pœnam indiuiduam adiectam rei indiuiduæ aduerſus omnes hæredes inſolidum committi vno contrafaciente.Bart.in §.Cato, in 1.quæſt.Rip.Iaſ.Alciatus,& alij.

96 Ea enim quæ in partes diuidi non poſſunt, ſolida à ſingulis hęredibus debẽtur,lege. Ea quæ,de reg.iur. Huc ſpectat.l.2.§.Ex his,de verb.obl.& l.Hæredes §.In illa.ff. fam.herciſc.

97 Si verò pœna facti indiuidui adijciatur promiſſioni rei diuiduæ. Reſponderunt Ang. Imola, Paulus Caſtr.& Iaſ.in §.Cato.pœnam committi aduerſus eum hæredem ſolum, qui contrauenit, argum.l.Incommodato.§. Si ex facto. ff. commod. & l.Indepoſiti. ff.depo.& quia pœna ipſa diuiſionem non recipit.

98 Malè iſti: quia leges adductæ, non loquuntur de cõtractu defuncti,hoc eſt de obligatione primaria defuncti quæ in hæredes tranſit,ſed de ſecũdaria, quæ ex proprio

C delicto,ſeu facto hęredum proficiſcitur.

99 Magis placet communis ſententia,quæ ſic ſtatuit ſtipulatorem agere poſſe inſolidum aduerſus hęredem qui contrafecit, ſed offerre oportere cæteris cohæredib.æſtimationẽ partis cuiuſque; ita dicebat Petr. vt refert Bart. in d.§.Cato.q.1.Atet.Alex.Soc.Iun.num.130. Probatur ex d.§.Cato ibi. At ſi de eo cautũ ſit quod diuiſionẽ recipiat veluti amplius non agi, tunc eũ hęredẽ qui aduerſus ea fecerit pro portione ſua ſolum pœnam committere.

100 At dices, pœna indiuidua eſſe ſupponitur, ergo nõ poteſt pro parte tantum committi. Reſpondeo quoties vnus ex pluribus hæredibus ſolus tenetur aliquid præſtare quod ſit indiuiduum, agẽtem offerre oportet æſtimationem pro parte aliorum hæredum,ni fecerit exceptione repellitur.l.Cum filius,de leg.2.l.ſi is qui quadringenta.§.quædam.ff.ad l.Falcid.

101 Septima quæſtio: vtrum ſtipulatio de defendendo ſit diuidua vel indiuidua? Exiſtimo indiuiduam eſſe

D Authoritate.l 4.§.vlt. de verborum obligatione ibi. *Ipſi autem promiſſori pro parte neque reſtitutio neque defenſio contingere poteſt*,& l.In executione.§ Inſolidum eod.tit. & l.Cum ex cauſa.eod. & l.Si cum vno. ff.ſi ex nox cau. aga.ibi. *nec auditur ſi pro parte paratus ſit defendere*, & l.loci corpus.§.Si fundus.ff.ſi ſerui vend.ibi. *Quiſquis defendit ſolidum,debet reſtituere, quia diuiſionem hac res non recipit*,& l.Hæres.§.ſi vnus.ff fam.herciſc.& lege, ſi rem.62.§.ſi ei.ff.de euict.& lege. Ex clauſula ff.iud.ſolui, ibi.Non enim videbitur defenſa res boni viri arbitratu, quæ non inſolidum defenſa ſit, & l. Iam tamen.§.ſi tamen.ff.eodem.

102 Et hæc eſt communis ſententia teſte Alciato, in §. Cato, numero 132. ſed contrarium docuerunt ibi Cumanus Ruinus, numero 68. Socinus Iunior, numero 132. Hormanotus Detus, numero 436. Butigella, num. 158.Crotus,num.112. nirorum hanc obligationem diuiduam eſſe.

103 Pri-

103 Primum, quia agere, & defendere sunt correlatiua, sed stipulatio amplius non agi, diuidua est. l. 4. §. Cato. Ergo & stipulatio de defendendo est diuidua, quia correlatiuorum eadem est natura. l. vlt. C. de indi. vidui tollen. l. 1. C. de cupressis lib. 11.

104 Respondeo si pro parte agatur, pro parte quoq; defensionem dari, & tunc eandem esse naturam actionis, & defensionis. Sed re in abstracto considerata non rectè infertur. Vnus ex hæredibus potest agere pro parte, ergo & qui defendere tenetur potest pro parte defendere. Nã licet actio inter hęredes diuidatur, defensio tamẽ indiuidua esse dr, quia is qui plenè non defendit non videtur defendere. l. si defensor, de interrog. actio.

105 Secũdò, quia potest quis pro parte defendere. l. 1. C. de consortib. eiusdem litis.

106 Non valet argum. quia sermo hic fit de stipulatione de defendendo quę indiuidua est; ibi agitur de pluribus consortibus eiusdem litis quorum vnus sine altero agere ac se defendere potest, quia nulla præcessit defendendi obligatio; ibi quilibet suæ defensioni potest renunciare, iux. l. pen. C. de pactis, hic non potest inuito stipulatore suscipere pro parte tantum defensionem, quia nisi integra, & plena defensio sit, stipulatori non satisfit.

107 Tertium argum. est ex l. si cõmunes, in fi. ff. de neg. gest. ibi. *Quia potui partem meã ita defendere, vt socij partem defendere non cogerer.*

108 Nil mirum, quia ibi nulla de defendendo est obligatio, & nulla præcessit stipulatio.

109 Quartum est ex. l. 7. §. Incertam. ff. de præto. stip. vbi stipulatio iudicatum solui quę clausulam defensionis cõtinet, diuiditur ex personis hæredum.

110 Responderi potest Paulum ibi accipiẽdum de stipulatione iud. solui per se considerata, non autem quatenus continet etiam clausulam defensionis.

111 Quintum est ex l. vlt ff. iudicatũ solui. Sed nihil ad rem facit: non enim dicit illa lex, posse vnum ex hæredibus defendere pro parte de pluribus hæredibus loquitur quorum alter defendit, alter non defendit.

112 Sextum est ex l. Pœnales. §. Iulianus. ff. ad l. Falcid. illis verbis. *Nam constare ex iudicatum solui stipulatione siue à parte actoris siue à parte rei plures extitissent, non omnibus nec aduersus omnes, actiones cõtingere, sed dumtaxat ijs qui vicissent, & aduersus victos ipsq; aduersus quos res defensa non esset, aduersus eos qui rem non defendissent.*

113 His enim verbis I. C. Indicare videtur obligationem defendendi inter hæredes eius qui defendere obligatus est, scindi: quia committitur tantum contra eos qui non defenderunt: si enim esset indiuidua, vno cõtrauẽniẽte, contra omnes committeretur l. 4 §. Cato.

114 Respondeo non hanc esse causam, quia res pro parte defendi possit, sed quia si plures sint fideiussores iudicatum solui, & vnus non defendat committitur stipulatio pro parte eius ad interesse siue ad æstimationem rei in iudicium deductæ. l. si ex duobus. l. ex iudicatum. ff. ind. solui æstimatio autem rei, diuidua est; vt patet: esset enim iniquum, alterũ, qui defendit, hac stipulatione teneri: quia aut is vicit, aut victus est: si vicit, iã ridiculũ est eũ teneri: si vict⁹ est, tenet̃ ex capite rei iudicatæ: quare opus nõ est vt teneat̃ ex capite defensionis non factæ.

115 Septimum argumentum est quia si obligatio defendendi esset indiuidua, quilibet hæres venditoris insolidũ conueniri posset ad rem defendendam, quod pugnat cũ l. In executione. §. Insolidum, de verb. oblig. vbi dicitur omnes hęredes debere subsistere.

116 Respondeo tex. dicit omnes hæredes insolidum esse denunciandos, hoc est quemlibet insolidum, vt ibi.

117 Postremum argumentum sumi potest ex l. Cum à matre. C. de rei vend. Nam si obligatio defendendi indiuidua esset, filius hæres matris ibi teneretur insolidum defendere emptorem, & consequenter vendicare non posset rem venditam, etiam pro ea parte pro qua hæres non esset, cuius contrarium ibi dicitur.

118 Respondeo obligationem istam esse quidem indiuiduam verumtamen hæredes teneri de euictione pro hæreditarijs portionibus. lege. Cum ex causa. lege. In executione §. solidum, de verborum obligatione, quæ res facit, vt in dicta lege. Cum à matre filius repellatur tantum pro ea portione pro qua hæres matris est, non enim pro ea portione rem vendicare potest, quia de euictione tenetur. l. vendicantem, de euictione.

119 Septima quęstio an in stipulationibus prętorijs vno ex hæredibus promissoris contraueniente aduersus omnes pœna committatur? Respond. non committi, sed aduersus eum solum hæredem, qui contrauenit, ita Bartolus, in dicto §. Cato, in 13. quæstione quem secuti sunt alij frequentioribus suffragijs teste Socino Iun. nu. 135.

120 Fundamentum est, in l. 2. §. Incertam, de ver. oblig. illis verbis. *Respondetur scindi eas in personas hæredum*, & in l. Iulianus. §. Pœnales ad l. Falcid.

121 Contrarium, & malè docuerunt Aretin. Ruin. Cuman. in d. §. Cato. Ripa distinguente, nu. 78. 79.

122 Nam l. 5. §. vlt. & l. Cum ex causa, de verb. obl. quas adducunt nil eorum sententiam iuuant, vt Soc. Iun. ostẽdit loco adnotato.

123 Illud prorsus displicet, quod nonnulli dixerunt, & nouissimè etiam Cuiacius ad lib. 73. Pauli ad edictum, in d. §. Incertam hoc velle Iurisconsultum, committi stipulationem contra omnes hæredes pro portione hæreditaria vno contraueniẽte, seu victo. Nam contrarium dicit, nimirum scindi eas stipulationes in personas hæredũ, licet regulariter ex persona hæredis conditio stipulationis non mutetur. l. 2. §. ex his. ff. eod.

124 Quod autem tex. ibi subdit. At in contrarium summe ratione fit vt vno ex hæredibus stipulatoris vincente in partem eius committatur stipulatio; eò spectat vt indicet I. C. in hoc casu cõtrario nullam oriri difficultatem atque adeo summa ratione id fieri, quia scilicet nihil obstat sicut in præcedenti casu obstabat illa ratio. *Ex persona hæredum promissoris non posse descendentem à defuncto stipulationem, diuersam cõditionem cuiusque facere:* vt in d. §. Incertam.

125 Octaua quæstio: si quis promiserit non offendere Titium, nec hæredes eius sub pœna, & vnus ex hæredib. fuerit offensus, an pœna insolidum committatur? hoc est an offensus eam insolidum petere possit? Bart. in §. Cato, nu. 30. respondit soli offenso actionem ad pœnam dari in solidum. Idem responderunt. Angelus, Roman. Bologn. Ias. nu. 54. Alciatus, nu. 158. Ripa, nu 99.

126 Quia stipulatio de non offendẽdo, indiuidua est, nec sui natura ad hęredes transitoria. Ex eo quod sit indiuidua quilibet offensus habet actionem insolidum. Ex eo autem quod ad hæredes transitoria non sit, in persona cuiusque hæredis censetur esse noua quædam promissio, ac proinde cuilibet hęredi actio competit, perinde ac si quilibet stipulatus fuisset; quo casu insolidum actionem vnicuique insolidum ad pœnam competere certum est.

127 Sed contrarium docuerunt multi alij, pœnam, scilicet insolidum committi, sed hęredem illum stipulatoris qui offensus fuit actionem tantum pro sua parte habere Alexan. in §. Cato, num. 52. Ruinus, numero 85. Socinus Iunior, numero 151. & hanc esse communem sententiam Alciatus scribit, numero 158. quamuis alij quidam sententiam Bartoli communem dixerint, vt refert Sol. Iun. loco proximè citato.

128 Fundamentum est in l. 2. §. Item si in facto, de verb. obl illis verbis. *Cõtra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi hæredíq; suo ire, agere licere, & vnus ex hæredibus eius prohibeatur, interesse dicemus vtrum insolidũ stipulatio committatur an pro parte eius qui prohibitus est. Nam si pœna stipulationi adiecta sit insolidum, committetur stipulatio; sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione submouebuntur.*

129 Rñdet Bart. ibi de stipulatione agi quę sui natura

transit ad hæredes; promissionem autem istam non esse sui natura ad hæredes transitoriam.

130 Alij aduersus hanc responsionem adducent, l. stipulatio ista. §. si quis ita, de verb. obl.

131 Alexander verò aliter resp. dato quod stipulatio de non offendendo non transiret ad hęredes stipulatoris ex natura sua, tamen hæredibus actionem cōpetere ex contractu defuncti, & sic ex causa hæreditaria.

132 Replicat Ripa licet hæc stipulatio hæreditaria sit multiplicari tamen in personas singulorum hęredum atque adeo tot esse pœnales stipulationes, quot sunt personæ hæredum ac propterea singulis insolidum competere actionem ad pœnam.

133 Et licet stipulatio ire, agere licere, non trãseat ad hæredes vt in d §. si quis ita, posse tamen sui natura transire & in hoc à stipulatione ista de non offendendo differre, quæ omninò personalis est nec sui natura apta est transire ad hæredes.

134 Puto ego posteriorem sententiam esse probabiliorē, quia pro se habet tex. in d. l. 2. §. Item: si in facto. His accedit ratio nam è contrario si vnus ex hæredibus promissoris in re indiuidua contraueniat, pœna committitur pro portione hæreditaria contra omnes iuxta § Cato, & cōmunem Doctorum sententiam teste Ripa, ibi. num. 100.

135 Igitur & in quæstione nostra dicendum est pœnã insolidum committi hoc est ita, vt actio detur omnibus hæredibus stipulatoribus pro portione hæreditaria verũtamen exceptio eis obstet qui offensi non fuerunt sicut in d. §. Item si in facto exceptio obstat cęteris hæredibus qui prohibiti non fuere.

136 Malè Alciatus dum putauit tex. in d. §. Item si in facto probare Bartoli sententiam cum ait pœnam insolidũ committi; id enim non sic accipiendum esse quasi pœna committatur omnibus stipulatoris hæredibus, verum ei duntaxat qui prohibitus est.

137 Non rectè quia tex. declarat quomodo pœna insolidum committatur, & satis apertè indicat singulis hæredibus ipso iure committi pro hæreditaria portione dum subdit. *Sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione submouebuntur.* Nam si soli prohibito insolidum actio competit, & non alijs hæredibus, non opus esset vt exceptione repellerentur, quia nulla actio eis competeret.

138 Non obstat quod dicebatur stipulationē de non offendendo sui natura non esse transitoriam ad hæredes, quia vt bene resp. Alexan. satis est in proposito nostro ex contractu defuncti transire, nam actio diuiditur inter singulos hæredes pro portione hæreditaria l. ea quæ. C. fam. hercisc.

139 Non obstat replicatio Ripæ, scilicet multiplicari pœnales stipulationes ex personis singulorum hæredum, quia id est verum, sed intelligendum est cum sua qualitate nimirum vt vno ex hæredibus offenso committatur stipulatio ad pœnam singulis hæredibus pro portione hæreditaria.

140 Sic & in §. Cato vno ex hæredibus contrauenîente omnes contrauenisse videntur, & propter indiuiduam naturam stipulationis *Iter fieri* quot sunt hæredes promissoris, tot videntur esse promissores, & tantum pœna committitur in singulos hæredes pro portione hæreditaria.

141 Hic igitur nos contemplari oportet nō solum indiuiduam principalis stipulationis naturam, sed etiam pęnalem stipulationem quę diuidua est, & licet non sit ad hæredes transitoria ipsa principalis promissio, transit tamen ex defuncti contractu, & cum sua natura vt nimirum pro portione hæreditaria singulis hæredibus committatur.

142 Nona quæstio. Statuto stante vt homicida capite plectatur, nisi pacem habuerit ab hæredibus occisi an sufficiat pacem habere à maiori parte hæredum. Affirmat Bart. in §. Cato, in vlt. quæst. Castr. in l. 2. §. Ex his, de verb. oblig. Aretin. in l. Pro hærede. §. vlt. de acq. hæred.

A vbi dicit communem esse: alios adducit Soc. Iun. in d §. Cato, num. 155.

143 Fundamentum est, in l. Et sium cum l. seq. ff. de pactis, in l vlt. C. qui bon. ced. poss. & in l. quod maior ad municipalem.

144 Negant autem Iason Ripa Alciatus qui & alios adferunt, in d. § Cato, & Felin. in c. cum omnes, de constit. col. 10. vers. septimò fallit, vbi dicit Bartoli sententiã cōmuniter reprobari.

145 Fundamentum est in l. Per fundum. ff de seru. rust. pręd. in l Rescriptum. ff. commu. præd. in l. In vsu, de ver. sign. in l. Si autem plures. ff de aq. plu. arc. & in reg. quod omnes tangit, de reg. iu. lib. 6.

146 Res sanè obscura est. Namque ex vna parte statuti verba omnium hæredum exigunt consensum, ex altera pugnat ęquitas vt liberetur à pœna mortis occisor.

147 Non videntur ad rem facere leges adductæ pro sententia posteriore, quia hic non agitur de hæredum præiu-
B dicio sicut quando seruitus prædio imponenda est, imò pacem inire laudabile, & pium est.

148 Sed nec leges adductæ pro sentẽtia priore admodũ urgere videntur, quia creditorum intererat vt hæreditas adiretur, & vt quinquennalis dilatio debitori concederetur: forsitan enim eis aliter satisfieri non poterat: quare vnius vel alterius dissensus maiori parti nocere non debet.

149 Denique sic concludo. Aut hæredes occisi recusant pacem inire ne amittant actionem iniuriarum, & hoc nihil est, quia actio iniuriarum non transit ad hæredes. l. si cum § qui iniuriarum. ff. si quis cau.

150 Aut recusant ne damna & expensas atq; adeo actionem ex l. Aquilia amittant, & hoc etiam nihil valet, quia remittens iniuriam non videtur damna remittere, expẽsas, & interesse vt bene docet Ant. Gomezius tit. de iniuria, num. 13.

151 Aut recusant, quia necem vindicare volunt ne inci-
C dant in pœnam. Senatusc̄ōsulti, lege vltima. ff ad Syllan. lege prima. C. de his quibus, vt indign. & istud quoque nihil mouere potest, quia iam accusatio facta est & occisor cōdemnatus ad mortem, nisi pacem habuerit ab hęredibus occisi. Itaque nullum hæredes periculum incurrunt amittendæ hęreditatis.

152 Aut denique pacem facere recusant vt occisor capite plectatur vel quia nolunt ei gratificari, & hoc ideo nō obstat quia nullum præiudicium continet istorum hæredum: consequẽter nos versamur extra casum legum allegatarum pro sententia posteriore, in quibus vnius dissensus impedit seruitutem constitui vel aliud ius acquiri, propterea, quod illa res omnes hęredes tãgit, hoc est, singulorum præiudicium respicere videtur.

153 Versamur verò in specie non absimili ab ea quę cōtinetur in legibus pro priore sententia relatis. Nam hæredum, qui consentiunt vt pax fiat, interesse videtur tolli prorsus omnem inimicitiam, & occasionem odij.

D 154 Sic denique volo, sic statuo, rigorem verborum posteriori sententiæ adstipulari, priori autem iustitiam æquitatisq; rationem verbis statuti præferendam. Inter leges obscuras in hac materia diuiduæ atque indiuiduæ obligationis principem sibi locum vendicat. l. 4 §. Cato: sed eam latè in publicis lectionibus explicaui, secutus communem intellectum; Cui & Zasius, & Iacob. Cuiacius adstipulantur; & nihil moror quę nouissimè dixerunt Connanus, & Ant Faber, & aliàs in eis refellendis opera mea non desiderabitur.

155 Post hanc sequitur. lex, si seruus. §. si plurium. ff. si quis cautio: quo loci Vlpianus sic ait. *Si plurium seruorum nomine iudicio sistendi causa vna stipulatione promittatur, pœnam quidem integram committi, licet vnus status non sit Labeo ait quia verum sit omnes statos non esse. Verum si pro rata portione vnius offeratur pœna, exceptione doli vsurum eum qui ex hac stipulatione conueniatur.*

156 Pu-

156 Pugnare videtur primò cum.§.Cato in fine vbi promissor pro parte ratum habere non potest quin scilicet pœna committatur.

157 Deinde pugnat cum l.Si is qui ducenta.§.Cum ita. ff.de reb.dub.vbi Iulianus.*Vel vt proprius accedamus, fingamus ita stipulationem factam si Stichum & Damam, & Erotem non stiteris decem dari: neque enim dubitamus quin æquè omnes sisti oporteat.*

158 Non placet Martini responsio, volentis ex §.Si plurium semper pœnam quidem committi, sed obstare exceptionem.

159 Nam verisimile non est eo responso, quod loquitur de iudicialibus stipulationibus normam accipere cætera responsa quæ de contractibus loquuntur.

160 Non satisfacit solutio Bart. in §.Cato licet communis sit teste Soc.iun.ibi, nu.120. illud responsum habere locum in iudicijs: aliter esse constitutum in contractibus in ijs enim pœna cum effectu committitur argum. d. §. Cum ita.

161 Nam.§.Cum ita. non potest ad contractus restringi, quoniam stipulationes de sistendo plerumque in iudicijs interponuntur.

162 Aliter Ruinus & Alciatus soluunt Soc. iun. reluctante. Sed mihi sententia Petri magis placet, quam secuti fuere Ias.in d.§.Cato et Albericus in d.§.Si plurium.

163 Hæc est solutio: cum vnum factum in stipulationē deducitur, pœnam integram committi, nisi promissa fecerit, vt in d. §.Cato: si plura sunt facta, committi pœnā ex iuris rigore, vt in §.Cum ita. Sed obstare tamen exceptionem ex æquitate, vt in § Si plurium.

164 Nam quot sunt facta in stipulationem deducta, tot videntur esse stipulationes. l. Scire debemus. de verbor. obligat.

165 Secundum hanc regulam non videretur pœnā cōmitti in §. Si plurium, respectu eorum qui stati fuere in iudicio.

166 Verum ipso iure committitur, quia vnica stipulatione quis promisit omnes sistere, quæ offenditur simul atque ùnus vel alter status non est, *Quia significatio quæ sumitur ex vniuerso in quo aliquid falsum est, totam orationem falsam efficit*. l.Si is qui ducenta. §.Vtrum. ff.de rebus dubijs.

167 Obstat tamen exceptio pro parte eorum seruorum qui stati sunt, quia promissio vniuersalis de sistendo seruos omnes, resoluitur verborū rigore post habito in plures promissiones quasi si vnus seruus tantum non sistatur, meritò eius solius nomine pœna rectè exigeretur, non aliorum qui stati fuere.

168 Tertio loco offert se l. In executione. §.2.de verb. oblig. vbi Vlpianus ait, operis effectum in partes scindi non posse, & in l Stipulationes, non diuiduntur vbi dicitur operarum stipulationem esse indiuiduam, & in l. Libertus, qui post. de oper.libertor.

169 At contrà, videtur recipere diuisionem, vt in l. In stipulationibus.§.Operarum eod.tit.

170 Sed quis non videt nullam esse antinomiam: cum §. Operarū loquatur de numerali diuisione operarū ibi. *Non in partes operarum, sed in numerum cedit*: diuiduntur enim operę numero, l. Libertus, qui post. de oper.liberto. non diuiditur autem opera in partes, vt in d.§.Operarum, & in l. Stipulationes non diuiduntur, & in d.l.Libertas, vbi ait. *Et neque promitti, neque solui, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera.*

171 Quid igitur est, quod ait Vlpianus in d. § Operarū de parte operę? Respond.cum Bartolo in l. Stipulationes non diuiduntur, nu.11.de verb.oblig.illum tex. explicari debere ex l.Si quando duobus.ff.de oper.libert.ubi Pomponius. *Si quando duobus patronis iurauerit libertus operas se daturum, Labeoni placet & debere & peti posse partē opera, cum semper pręterita opera quę iam dari non possit petatur.*

172 Diuiditur ergo hęc stipulatio operarum quoad ęsti-

A mationem, non quoad ipsam operæ prǽsentationem: illa enim pro parte peti non potest, at æstimatio operæ iam præteritæ, & quæ iam amplius præstari non potest rectè diuidetur.

173 Rectè enim Celsus refert Tuberonem existimasse, vbi quid fieri stipulemur si non fuerit factum, pecuniam dari oportere l. Stipulationes non diuiduntur vers. Celsus. de verb.oblig.

174 Quartò videtur esse quædā antinomia inter l.pen. de duobus reis & l.Mora ff. de vsuris.

175 Sed rectè monent, qui dicunt l pen.loqui de principali obligatione; l.Mora.loqui quantum ad vsuras: itaque factum vnius rei debendi nocet correo quoad principalem obligationem.

176 Non nocet mora vnius rei alteri correo quantum ad hoc, vt obligatio principalis augeatur vsuræque debeantur.

177 Quintò videtur pugnare l.Et ideo.de verb.oblig.cū

B l.Martius ff.locati.

178 Non pugnant. Nam in l.Martius agitur de conductore operis faciendi; merito periculum ad eum non spectat.

179 At l.Et ideo loquitur de eo, qui obligatus erat ad faciendum opus, vel ex propria obligatione, vel tanquam hæres alterius: is si partem operis fecerit, vel fieri curauerit quæ incendio consumpta sit periculum meritò præstat, quia donec opus præstiterit absolutum suæ non satisfacit obligationi.

180 Sextò pugnare videtur c.fin.de pœnis cum legibus Cæsareis: sed non pugnat: siquidem ex visceribus iuris Cæsarei sumptus videtur, id est ex l.Celsus ff. de arbitris, vt docet Ripa in §. Cato numero 68. vt ego aliàs latè disserui.

181 Plura de stipulationibus diuiduis, vel indiuiduis qui scire cupit præter Cabalini, qui circumfertur tractatum adeat Anto.Gomez.tit.de diuid. & indiuid. Connanum

C lib.6. c.2. Gregorium Tholozanum Syntagm. lib.5.c.31 & noui ac veteres interpretes in §.Cato, & in l. Stipulationes non diuiduntur, videri poterunt.

CAPVT LXIII.

Vtrum Auth.Hoc nisi C.de solution locum habeat in debitore qui iurauit.

NOn habere locum eam Cæsaris constitutionem, cuius summariū habetur in Auth.Hoc nisi C.de solution in debitore qui iuramento obstrictus sit, authores sunt multi: Gozadin. cons 32.num.9 Brunus de cessione bonor.q.34.& alij vt per Serafinum de priuileg.iuramenti Priuil.74 nu. 207. Fundamentum est, quia iuramentum obligat præcisè ad factum: Glos.in l.Si pecuniam vers.quia iurasti.de cond. ob caus.

D Sed contrarium docuerunt Rota Bononien.decis.28. & Iosephus. Lud.decis.Perusinar 64.parte 2.qui alios citat: nouissimè Hondedeus cons.18.num.39. & seq.lib.1. quib.& ego assentior. Nam etsi iuramentum precisè obliget ad factum, id tamen intelligitur, quando id seruari potest, secus si non possit seruari: tunc enim per æquipollēs ei satisfit c. ex literis 2.vbi Gloss. & Abb. desponsalibus. Berous cons.137.nu.5.& nume.14.lib.1. Nec enim iuramentum referri potest ad impossibile: Rimi.Iun.consilio 268.nu.47.lib.3. Sic etsi controuersia est, an debitor qui iurauit, obijcere valeat compensationem, in debitore tamen in paupere compensatio facile admittitur Parisius cons.121.nu.41.lib.1.Grat.cons.121. nu.4. lib.1. Afflict. decis.165.nu.3.4.Gabriel.tit.de iureiu. concl.7. num 11. Cùm igitur constitutio ista supponat, debitorem satisfacere non posse in pecunia: non video quo pacto cogi præcisè possit, propter iuramentum. His tollitur fundamentum cōtrariæ opinionis, quia iuramentum obligat præ-

cisè

eisê ad factum tunc intelligitur, quando id fieri potest; aliàs fecus: Crau. conf. 12. nu. 1. Gabriel comm. concl. tit. de iureiurando concl. 8. in fine.

CAPVT LXIV.

Singularis quædam obseruatio, de fideiussore adhibito in contractu censuali.

Solent, qui emunt annuos cẽsus, pro cautione, præter rem, in qua census fundatur, & obligationem venditionis, accipere fideiussorem, qui se obliget principaliter & insolidum pro solutione annui census: Sciant nullius esse momenti eiusmodi obligationem fideiussoris, vti principalis & insolidum: licet valere possit, vt accessoria obligationis, principali obligationi accedens: in qua locum non habet impedimentum, quod subijciam: quapropter fideiussor obligatus vti principalis & insolidum, conueniri non poterit, nisi facta excussione principalis debitoris; & prout regulariter fideiussor conueniri potest: iux. not. in Auth. Præsente C. de fideiuss. Ratio superioris dicti posita est in Constitutione Pij V. super annuis censibus; Illa enim, vt omnibus notum est, requirit, vt super certa re fundetur census, immobili &c. Ergo fideiussor qui principalis esse vult, seque vti principalem insolidum obligare, debet & ipse fundum aliamve rem idoneam supponere: si non supponit, non potest obligari, vt principalis, licet maxime velit; quia constitutio illa id vetat: ita latè deducit Ioan. Petrus Surdus consi. 318. lib. 3. Huic doctrinæ locum esse non puto, cum in instrumento fideiussoriæ obligationis adest clausula, omni meliori modo, cum iuramento & renunciationibus, beneficijs competentibus. Potest renunciari per fideiussorem simplicem beneficio excussionis, & clausula omni meliori modo operatur, vt si non valet obligatio eo modo quo facta fuit, valeat eo modo quo potest valere; & sic operabitur, vt si non potest fideiussor conueniri, vt principalis & correus, poterit conueniri vt fideiussor. Renunciatio autem iurata operabitur, vt licet fideiussor sit, non tamen habeat beneficium excussionis, quia ei renunciauit. Vide Natt. conf. 426. num. 21. Crau. conf. 263. num. 6. Tessaur. decis. 166 nume. 4. De clausula autem illa, plena sunt omnium scripta. Bald. in l. Vnum ff. si cert. pet. Idem Surdus conf. 303. nu. 13. & 305. nu 49. lib. 3.

CAPVT LXV.

Ad l. Vsura C. de Vsuris.

Bartolus ita dicit. Quod dicitur, vsuras non debere excedere duplum, intelligitur de vsuris vnius anni. Idem scribit Paul. Castr. Bald. verò sic. Computatio vsurarum fit in fine cuiuslibet anni. Salic. ita, licet plures præstationes vsurarum per plures annos factæ in vnum collectæ excedant duplum veræ sortis, non propterea iudicantur illegitimæ, quia non coaceruatio, sed singulorum annorum præstatio debet considerari.

Sensus est secundum Surdum consilio 302. tunc vsuras excedere duplum, & consequenter non deberi, cum excedunt sortem habito respectu ad vnum annum. Vtputa creditor centum dedit; si vno anno recipiat vltra centum pro vsuris, dicitur excedere duplum: quo nihil est absurdi⁹. Qui enim fieri poterit à quouis immani creditore, vt tantum vsurarum nomine vnius anni exigat, quantum sors ipsa debita valet? Centum pro centum? Nisi istos fefellerit vsura centesima; quæ est duodecim pro centum: ipsi autem putarunt, centum esse pro centum: de quo errore aliàs dixi. Sed & inhæc interpretatio repugnat verbis literæ, quæ sic habent. *Vsuræ per tempora solutæ non proficiunt reo ad dupli computationem:* A *Tunc enim vltra sortis summam vsuræ exiguntur, quoties tempore solutionis summa vsurarum excedit eam computationem.* Quis non videt sensum esse manifestum, quem Budęus in notis ad Pand. in l. 1. ff. ad l. Iul. Maiest. Alciat. libro primo. Parergon, cap. 33. Duaren ad Tit. C. de vsuris, c. 3. indicãt: vt videlicet vsurarum solutiones, quæ fiunt per partes diuersas tẽporis, non coaceruentur, nec in duplum computentur? Igitur lex quę vetat vltra duplum vsuras exigi, intelligenda est cum tempore solutionis summa, quę exigitur excedit eam cõputationem: vt bene isti docent.

At inquit Surdus loco annotato, est eadem ratio tã respectu vsurarum solutarum, quàm soluẽdarum; ergo idẽ ius. Cõcedo, & idcirco abrogata est hæc lex, vt patet &c. Nouella 121. vt ibi notat Cuiaci. & ante eum Alciat. loco supra citato, quæ sunt notatu digna pro Antonini legis vera cognitione.

B

CAPVT LXVI.

De omittente scienter ponere in Inuentario, omnia bona defuncti, & de legitimato per rescriptum, an excludat substitutum: & ad cap. l. 1. lib. 9. & ad cap. 36. lib. 3.

Dixi de his aliàs: Addo pro confirmatione opinionis meæ, quod is qui sciẽter omisit aliqua in inuentario apponere, amittat beneficium inuentarij: quæ latissimè disputant Hondedeus conf. 34. lib. 1 & Turretus conf. 47 lib. 2.

Quod attinet ad legitimatum per rescriptum, an excludat substitutum, vide nouissimè & adde doctiss. Laderchium conf. 23. Dixi lib. 9. c. 51. in quæstione illa distinguendum esse inter deportatum & relegatum. Pro qua distinctione adduxi Cuiacium: Reperi tex. expresse ita distinguentem in l. Cum ratio. §. vlt. de bonis damnat. Circa c. 36. lib. 3. adde Petrum de Ledesma tract. de matrimonio in add. ad 3. partem, q. 47. art. 5. vers. Est secundum dubium. C

CAPVT LXVII.

Consensus Pontificis Maximi in alienationibus rerum Ecclesiasticarum necessarius, an præsumendus sit intercessisse spatio triginta vel quadraginta annorum.

Semper respondi, & non semel iudicaui spatio longiss. temporis triginta vel quadraginta annorum non esse prę sumendum Summi Pontificis consensum, qui de iure est adhibendus in alienatione rerum ecclesiasticarum, iuxta Pauli 2. cõstitutionem. Extrau. Ambitiosæ. de reb. eccl. non alie. & D alias recentiores constitutiones: quia facta non præsumuntur, sed probanda sunt, secundum regulas vulgatas. Et quia solennitas extrinseca non prę sumitur, sed probanda est l. Quæcunque. §. vlt. de Publicia. Et denique quia S. Pontifex non præsumitur notitiam habere harum alienationum quæ fiunt in partibus remotis: Approbatio autem et confirmatio notitiam prę supponunt, vt omnes norunt: cum ignorans non possit dici consentire, & ita docuerunt Alex. conf. 9. nu. 7. lib. 3. Afflict. decis. 107. Feli. in c. Sicut, nu. 33. de re iud. Soc. iun. conf. 5. 6. nu. 24. lib. 2. cum plurimis alijs nouissimè adductis per Menoch. de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 132. nu. 70. 71. & seq.

Sed nouissimè opponebatur Hiero. Gabriel. conf. 82. nu. 31. 32. lib. 2. vbi post Aret. Dec. Ias. Grat. scribit præsumi etiam consensum Papæ ex lapsu 30. annorum: per communem illam conclusionem, quæ docet solennitate extrin-

extrinsecam præsumi ex lapsu temporis.cap.Peruenit de empt.& vend. Nec refert,inquit,quod consensus nō possit considerari sine scientia, quia sicut præsumitur consensus, ita per necessarium antecedens præsumitur scientia: siquidem scientia inducitur ex postulatione gratiæ, si in euidentem,& eius impetratione: quæ cùm necessaria sit,ad actum præsumitur impetrata, quia facile conceditur.

Sed hæc iure nō probantur,nec iuris regulis sunt consentanea:Fateor scientiam induci ex postulatione gratię. Sed quomodo probatur isthæc gratiæ postulatio? Facile conceditur si in euidentem. Facile concedo:sed facta nō præsumo: At solennitates extrinsecæ præsumuntur ex lapsu triginta annorum.c.Peruenit de empt.& vend. Fateor,data scientia,sicut ibi; mulier enim consensum præstiterat:debuit iterum consentire, Ius pręsumit secundū hunc consensum; quia post primum interpositum, passa est emptorem 30. annos possidere. Scientia & patientia inducit nouum consensum. Vbi scientia cessat,nō potest induci consensus.l.Mater.de inoff.testa. cum vulgatis alijs textibus.Si tollas tex.d.c.Peruenit,vix habet fundamentum in quo cōsistat illud axioma, Solennitas extrinseca lapsu triginta annorum præsumitur, in re graui & præiudicium inferente.

CAPVT LXVIII.

De emphyteuta,an possit donare irrequisito domino.

Dixi non posse,lib.5.c.97. & confirmaui meā sententiam; refutaui contrariam lib.6.cap.98. Nunc addo quæ pro eadem sententia inueni apud doctissimum Laderchiū cons.16. Et mirum est,inquit, quomodo doctores tam supinè errauerint hac in re;qui ideo putant,non oportere denunciare, quia cessat arbitrium offerendi, quasi verò Imper. in ea lege adigat emphyteutas, vt interrogent dominos, an sibi donari uelint, non etiam vt diligenter conditionem nominati emphyteutæ explorent. Certum sit itaque,necessariò præcedere debere interpellationem in quacunque alienatione; quidquid male scripserint multi in d.l.Et Aret.cons.41. Id enim tam apertè exprimitur in dicta constitutione, vt nihil apertiùs. Tertiò ex his consulitur domino ipsi, ne cogatur litigare de canone cum secundo emphyteuta, nec de laudatiuo: ille enim non aliter consentiet alienationi,quàm soluta quinquagesima, & re à secundo emphyteuta in in emphyteusim accepta: alioqui actio personalis, quæ primum constringebat,secundum non teneret: & ita dominus tam quoad canonis obligationem, quàm quoad cęteras quæ instrumento comprehensæ essent,periclitaretur:vt tradunt omnes post Bart. in d. l.fi. & Aretin.d. cons.41.& passim.

Huic rei vt doctores occurrant, nam & ipsi magnum domini periculum hac in re uersari fatent, dicunt, quod non inducetur acquisitor in possessionem post contractum, nisi priùs denuncietur domino.Fulgos.d.l.fin. vbi & Salic.nu.5.& Iason,nu.69.Imola in l. Si domus.§.fin. de leg. 1.Anan.in cap. Potuit,num.5.de locato: & est de mente omnium qui exigunt traditionem rei, vt locus sit pœnæ d.l.fi. Sed profectò hoc non facile admitti debet. Nam denunciatio hæc secunda nunquam poterit extorqueri ex verbis dictæ constitutionis: in qua Imper. sub eadem clausula definit,denunciari debere domino venditionem meliorationum, & iuris translationem: & inde in ver. necessitatem compellit eum, consentire venditioni, aut translationi: Mox in vers. Sin autem nouum: lapsis duobus mensibus, concedit emphyteutæ, vt vel vendat, vel transferat: semper autem agit Iustinianus de eadem denunciatione, quæ præcedit, non quæ subsequitur contractum. Prætereà fragile est remedium hoc doctorum, & domini rationes conturbari poterunt. Namque post ipsam puta venditionem, so-

A luto precio statim nouus emptor, authoritate sua rem inuadet: quod per iuris dispositionem, secundum multos, ei permissum est. Abb.Imol.Castrens.in l.si ex stipulatione de acq.poss. Angel.in l.eum qui de fur. Quod tamen plerique alij in d.l.si ex stipulatione negant: vel saltem ob clausulam vsitatam; scilicet dedit,& vendidit; in qua re omnes consentiunt. Alber.in d l.si ex stipul.vbi & Comen.nu.2.& Ias.nu.4.Bald.in l.Nec ex vera nu.4. C.de acq. possess. Quæ tamen clausula venditorem non facit incidere in pęnam,vt per Areti.d.cons.41. vel præcedēti titulo nixus iniustè etiam occupabit. Quod si euenerit, quomodo consuletur domino? Non poterit agere contra emphyteutam, qui non inducit in possessionem, quique omni dolo carere potest: nouus autem possessor non facile poterit deijci; quia omnes difficultates occurrent, quas doct.ipsi considerant, vbi possessio à venditore tradita esset.

Plana ergo & facilis via est, quæ ab ipso Instin. com-
B monstrata est: vt denunciatio ipsa omnem alienationis contractum præcedat: quare nisi hęc obseruata sint, emphyteuta iure suo decidet; vt in postrema parte eius constitutionis disertè expressum est. Et cautelæ illæ quæ adhiberi solent, obtenta licentia, & non aliter, ac similes, parum ponderis habent, & repugnant verbis apertissimis dictæ constitutionis: Sin autem, inquit Imperator, fuerit versatus,iure emphyteutico cadat: Et hæc mea declaratio est tam vera,quàm quæ verissima: sed & quorundam doctorum magni nominis authoritate communita est,qui quod ad hanc rem attinet,dictā constitutionē rectè intellexerunt. Cynus ibi ad finem; qui,inquit,etiam in donatione debere præcedere denunciationem, quia lex vult vt secundus approbetur à domino, non ab emphyteuta;quod Iustin.ipse explicauit illis verbis,nō contradicere,sed nouum. Hoc etiam tradit Alberic. ibidem nu.2. dum ait non cessare rationem requirendi consensus in donatione. Ita etiam voluit Butr. in d.cap. Potuit
C nu.14. qui in ea quæstione, an Emphyteuta donare possit, ita commodè opiniones conciliat, vt si agatur de denunciatione,an dominus sibi donari velit; ea non sit necessaria: si vt consentiat,secus: & idem probat Imola sub nu.11.qui & Zabarell.ibi nu.12.ita sensisse putat:quin & Iason ipse in d.l.fi.nu.66.qui particulas dictę legis accommodat donationi, exigit, vt dominus ab initio interpelletur,vt cognoscat an idoneus sit donatarius: mirumque in modum in sua interpretatione sibi placet: & num.67. & 69.concludit, hoc esse ex mente omnium doctorum, quamuis paulò infra in vers. Bene; parum memor,aut potius imprudenter exigat denunciationem post ipsum cōtractum,antequam tradatur possessio.Hactenus ille.

CAPVT LXIX.

Ius accrescendi an transeat in emptorem.

D Quæritur vtrum ius accrescendi transeat ad emptorem,vel venditorem hæreditatis. In qua quidem quæstione variç sunt DD. sententiæ,quas ordine referam,& post amplectar quæ mihi verior videbitur.

Prima est opinio Bartolus in l.re coniuncti in 5.q.p.q. princ.de leg.3. quæ communis fuit vsq; ad tempora Decij,vt testatur ipse in l.vni.in vlt.nota. C.quādo non pet. par. Ius accrescendi transire ad emptorem.

Primò per text.in l.2.in princ.ff. de hær.vel act.vend. vbi dicitur emptorem hæreditatis non minus iuris habēre,quàm ipse hæres habiturus esset. Sed vt animaduertit Rim.Iun.in d.l.vni.nu.137.& seq.loquitur ille tex.respectu patris venditæ, quod ex eo patet, quia d l.ibi quærit an venditor teneatur cauere de euictione, quod necessariò intelligitur respectu partis venditæ.

Secundò per tex.in d.l.2.§ illud.à contrario sensu; dū enim ibi dicitur, vendita hæreditate paterna,non censeri ven-

ri venditam hæreditatem pupilli, quoniam alia hæreditas est; Inferri posse videtur in proposito nostro, vendita parte hæreditatis, contineri in venditione aliam partem, quæ per ius accrescendi aduenit, cum eadem sit hæreditas & non diuersa. Sed responderi potest satis diuersam esse ab illa parte quæ vendita est, cum ad venditorem nō pertinuerit tempore venditionis; & consequēter actum videri non possit inter contrahentes, de huiusmodi partis venditione.

Tertiò adducitur tex. in d. l. 2 §. sicuti: vbi dicitur, omne lucrum ad emptorem pertinere. Sed tollitur facillimè, quia debet intelligi de lucro proueniente ex portione vendita.

Quartò inducitur tex. in d. l. 2. §. cum quis: dum ibi dicitur, emptorem substinere vicem hæredis. Sed rectè occurrit Rim. Iun. in d l. vni. num. 135. quia tex. ibi non dicit absolutè vicem hæredis sustinere, verum respectiuè tantum, quantum, scilicet, ad hunc effectum, vt ipsi venditori satisfaciat.

Quintò adducitur tex. in l. Sentio ff. de vsufr. vbi dicitur ius accrescendi naturam alluuionis imitari, & ideo portionem sequi, non personam: At portio vendita est apud emptorem. Ergo portio deficiens illam sequitur, & emptoris lucro cedit, sicut & alluuio l. id quod ff. de peri. & cōm. rei vend. Sed facile respondetur, sequi naturam alluuionis istud ius accrescendi, hoc modo, vt excepto vsufructu, portio deficiens accrescat personæ quæ suam portionem agnouerit, non autem personæ simpliciter, nec portioni simpliciter; sed personæ coniunctę, quæ suā portionem acceptauerit; qualis certè emptor non est: etsi enim habeat portionem emptam, non tamen est persona coniuncta cui propterea deficiens portio accrescere debeat secūdum mentem legis vel testatoris. Adde quod venditor videtur habere suam portionem vēditam, cum habeat precium l. si & rem & precium. de pet. hær. l. quia qui precio ff. de vsufru. Non obstat quod dicebat Polit. in repet. d. l. re coniuncti: istud non militare in hærede qui suam portionem donauit; omissa enim responsione Ripę ibi considerantis antidoralem obligationē contra quam obstat tex. in l. sed etsi lege §. consuluit de pet. hær. vt bene deducit Rim. Iun. vbi supra; videtur respondendum esse in hærede donante per tex. in l. si pignore ff. de furt. quatenus ibi dicitur speciem esse lucri, cum quis habet beneficij debitorem. Postremò pro hac sententia adducitur tex. in l. si totum. ff. de acq. hær. in illis verbis, *quia rem habere videtur:* considerando id verificari, etiam in venditore, quia rem vendidit, & sic rem non habet.

Sed istud nihil est; quoniam ut dixi, uerius est uideri rem habere propter pretium quod habet; & quia tex. in d. l. si totam: tollitur ex responsione Dec. Ias. & aliorum in d. l. vn. sub num. 20. quoniam loquitur de eo, qui tacitè rogatus fuit restituere incapaci, & propterea amisit portionem suam: Confiscatur enim hoc in casu l. si quilibet ff. de his quibus ut indig. l. ex facto §. Iulius ff. de vulg. meritò est perinde ac si non fuisset hæres institutus: & absurdum esset, ut qui ob delictum suam partem amittit, alterius partem lucrifaciat, argumento l. itaque fallo. ff. de furt. Igitur hæc sententia Bart. mihi non satisfacit.

Minus satisfacit sententia Dec. in d. l. vni in vlt. not. portionem accrescere venditori, sed obligatum esse, eam restituere emptori, quod & Alc. docuit lib. 4. parad. c. 9. & quidam alij. Namq; mouentur primum ex d. l. 2. §. nō tantum ff. de hæred. & act. vend. Secundò ex l. hæredem ff. mandati. Tertiò ex doctrina Bart. in l. qui hæredi §. cū hęreditas in fin. ff. de cond. & dem. Sed quod attinet ad tex in d. §. non tantum; loquitur de eo quod peruenit ad venditorem ex hęreditate uendita, non antem aliunde. Quod verò attinet ad tex. in d. l. hęredem; uenditor ibi actionē mandati meritò cedit emptori hęreditatis, quoniam emptor est qui debet soluere id quod creditoribus solutum fuit. Ad doctrinam Bart. respondeo, id quod datum est hęredi causa conditionis implendæ, meritò spe-

A ctare ad emptorem hęreditatis, cum immediatè prouenuat ex ipsa hęreditate. Alia distinctione utitur Ripa in d. l. re coniuncti nu. 100. & Bolog. in d. l. vni. num. 24. aut quis uendidit partem suam hęreditatis simpliciter, & tūc portio accrescit uenditori: aut uendidit cum omnibus iuribus ad eam spectantibus, & ad ipsum uenditorem occasione illius rei, & tunc accrescit emptori, ex doctrina Bar. in l. si pro te §. vlt. ff. de euict. Sed quod attinet ad ultimum hoc membrū distinctionis, res videtur satis perspicua, nisi obstaret illud quod infra dicam. Quod uerò attinet ad primū membrum distinctionis, ueritas illius pendet ex ijs quæ statim subijciam.

Communior igitur sententia est, ius accrescendi transire ad uenditorem, ut testantur Rim. Iun. in d. l. vni. nu. 93. & ego aliàs dixi lib. 5. contro. iur. cap. 101. Sed illius argumenta facile euitari possent.

Primò enim adducitur tex. in d. l. ex facto §. Iulius ff. de vulg. ubi is qui amisit suam portionem, nihilominus

B consequitur alterius portionem ex substitutione: ius autem accrescendi est quædam tacita substitutio l. si Titio §. 1. de leg. 2. Sed responderi potest, in substitutione aliud esse, quia personam respicit, non autem portionem.

Secundò adducitur pro hac sententia illa ratio, quod venditor repręsentat personā defuncti, & directas actiones habet l. 2. C. de hęr. uel act. & vend. Quæ ratio nihil mouet; quia potest dici etiam emptorem habere utiles actiones, & ex persona uenditoris repręsentare personā defuncti: quia subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatur l. si eum §. qui iniuriarum ff. si quis caut.

Tertiò adducitur, quia cessante ratione legis, cessat lex. l. adigere § quamuis. de iure patro. Sed ratio legis quę induxit ius accrescendi cessat in emptore, cum ipse nequaquam sit coniunctus, ex qua coniunctione oritur ius accrescendi. l vni. §. vbi autem C. de cad. toll. l. re coniuncti. de leg. 3. Nam respondetur, non uenire emptorem ex persona sua, sed ex persona uenditoris, qui cōiunctus est.

C Quartò adfertur ratio, quia in emptorem hęreditatis non transeunt actiones, quę non erant tempore uenditionis l. hęredem. ff. mandati. Sed tollitur hęc ratio, quia potest dici ad portionem deficientem ius competijsse tēpore uenditionis; quoniam retrotrahitur repudiatio facta ad diē mortis testatoris l. 1. §. utrū ff. si quid in fraud. patro. l. si tibi homo §. cum seruus de leg. 1. tex. notabilis à contrario sensu in l. hęres quandocunq; ff. de acq. hęr.

Quintò adfertur tex. in l. Papinianus ff. ad Treb. quatenus. ibi deciditur, portionē accrescere fideicommissario; quia hęres grauatus fuit coactus adire: videtur enim dicendum à contrario sensu, non accrescere fideicommissario, sed ipsi hęredi grauato, si sponte adierit. Sed aliud est in hęrede grauato, aliud in vēditore: quia apud hęredem grauatum remanet quarta pars ex Trebelliano §. restituta in Instit. de fideic. hęred. quę meritò ad se trahit partem deficientem.

Sextò adducitur text. in l. si in testamento ff. de vulg.

D & ibi Bart. ubi dicit ius accrescendi immediatè ex lege induci, & ex uoluntate quandam testatoris tacita; quæ quidem uoluntas testatoris, aut legis dispositio, nequaquam militare uidetur in emptore hęreditatis, sed tantū in uenditore. Sed responderi potest, id quidem uerum esse simpliciter, considerando personam emptoris; secus autem considerando eam quatenus in locum uenditoris succedit.

Postremò adducitur ista ratio: Inter succedentes diuerso iure, non habet locum ius accrescēdi l. sed cum patrono de bon. poss. Sed emptor succèdit diuerso iure ab eo cuius portio deficit, ut patet ergo &c. Respōderi enim potest, succedere eodem iure, considerando personam uenditoris in cuius locum successit emptor, quod satis est ut dicatur eodem iure succedere, cum & ipsum accrescendi ius transmittatur ad hęredem l. si ex pluribus. de suis & legit. qui quidem hęres diuerso iure succedit, ut patet.

Sed licet hæc argumenta refutari possint, mihi tamen

magis

magis placet communior ſententia pro qua confirmanda, Primò, facit doctrina Bartol. in d.l. Si à te. § vlt. ff. de euict. quam adducit Ripa in d. l. Re commenti, nu. 100. ſcilicet ad emptorem non tranſire ius proueniens occaſione rei venditæ, niſi expreſsè dicatur: nam iſtud ius accreſcendi prouenit occaſione rei, & ipſi venditori tanq̃ coniuncto acquiritur. Ergo non tranſit in emptorem, niſi fuerit dictum.

Secundò, quia cum quæritur quid veniat in venditione hæreditatis, inſpicitur primò quod actum eſt inter contrahentes, etſi hoc non appareat, attenditur tempus venditionis factæ. l. 2. §. 1. ff. de hæred. & act. vend. Sed tempore vẽditionis factæ portio nondum defecerat, ergo non poteſt videri in venditione comprehenſa. Non obſtat ſi dicatur, imò portionem defeciſſe eo tempore, propter retrotractionem: quia iſtud venditor diuinare non poterat, nec emptor; ignorabant enim contrahentes, an cohęres repudiaturus eſſet ſuam portionẽ. Quamobrem contractus non extenditur ad ignorata, nec poteſt videri venditor ceſſiſſe ius emptori, quod ignorabat ſibi competere l. Mater. ff. de inoff. teſt.

Tertiò, quia in dubio, nunquam intelligitur vẽditum ius futurum, ſed tantummodo quod de præſenti competit, vt notat Bart. in l. 3. circa fi. C. de pact.

Quartò, quoniam venditor hæreditatis ipſam hæreditatem poſſidere dicitur l. 4. §. vlt. ff. ſi quis om. cau. teſt. Ergo nihil prohibet, quominus portio ipſi accreſcat; cũ nõ obſtante venditione dicatur adhuc habere ſuam portionem.

Quintò, quia negari non poteſt, quin hæc res ſit dubia: in dubio autem fit interpretatio contra emptorem circa acceſſiones rei venditæ. l. Si in emptione. ff. de contrah. empt. quamuis vbi quęſtio oritur ambigua circa rẽ ipſam venditam, interpretatio fiat contra venditorem, l. Labeo. l. Cum de lege. ff. eod. tit.

Sextò, nam conſideranda eſt natura venditionis hoc in caſu, quæ facta eſt de portione certa hæreditatis, & certo precio; Vnde iniquum videtur, vt emptor aliã portionem conſequatur, minimè venditam, nullo precio ſoluto: ſemper autẽ illa facienda eſt interpretatio in dubio, per quam abſurditas & iniuſtitia euitari poteſt, l. nã abſurdũ. de bon. libert. & illa quæ neutri partium eſt captioſa, latè Menoch. de arbit. iud. caſu. 199.

Septimò conſiderandum eſt, iuris accreſcendi naturã & proprietatem, non iſtam eſſe, vt portio ſequatur portionem abſolutè, ſed vt ſequatur portionem perſonæ cõiunctæ; ſic enim loquitur. l. Si Titio. ff. de vſufr. Cum igitur venditor ſit perſona illa coniuncta; emptor autẽ minimè; iuſtius eſt vt portio venditori accreſcat, nõ autem emptori.

Vltimò, ego puto attentari poſſe & hanc concluſionẽ rectè defendi, quod portio proueniens ex iure accreſcendi antequam deficeret, nõ poſſit vendi vel donari, etiam expreſsè, quia non valet pactum de hęreditate viuentis; cum ſit cõtra bonos mores. l. vlt. C. de pact. & dicitur eſſe improbus, qui eſt ſolicitus de hęreditate viuẽtis, l. Quidam. §. 1. ff. de donat. & hoc procedit etiam ante ius quęſitum viuenti. l. 2. §. Interdum. ff. de vulgar. Nemo igitur præſumitur facere voluiſſe, id quod iuſtè facere non poteſt. l. meritò. ff. pro ſocio.

Nõ obſtat ſi dicatur vendi poſſe ius ſubſtitutionis pupillaris, etiam viuẽte pupillo. l. 2. §. Illud. ff. de hęr. & act. vend. Quia reſpõderi poteſt in illo tex. abundare dictionem maximè, vt notat ibi gl. Vel illud eſſe ſpecialiter cõſtitutum in pupillari ſubſtitutione, quia eſt ſequela hęreditas paternę, vt notat Dec. ĩ l. vlt. nu. 21. C. de pact. Quæ quidem ratio ſpecialitatis non militat in propoſito noſtro, cum nullo iure probari poſſit, vnam partem hęreditatis, alterius partis ſequelã eſſe, & acceſſoriam; partes. n. accedunt toti, & illud ſequuntur l. Malum. de verb. ſign. non autem vna alteri parti accedere dicitur. Nõ obſtat ſi dicatur vnam partem accedere alteri per ius accreſcẽ-

A di; quia iſtud eſt verum, poſtea quam defecit, non autem ante; ſed in caſu noſtro pars deficiens non conſideratur poſtquam defecit, ſed antequam deficiat; quia tempore venditionis nondum defecit.

Quæ omnia his addẽda erunt quæ aliàs ſcripſi de hac eadem quæſtione.

CAPVT LXX.

An in præteritione paterna filij in poteſtate, locum habeat Auth. Ex cauſa C. de lib. præter. & in corpore vnde ſumitur.

TRactaui aliàs hanc quæſtionem; ſed nunc pleniùs iuuat retractare. Communis eſt ſententia locum habere etiam in præteritione paterna vt teſtantur in d. Authen. ex cauſa
B C. de lib. præte. Cagnol. numero decimoquarto, Bologn. numero 27.

Primò ex §. Aliud quoque Capitulum in Auth. Vt cũ de app. cogn. verſ. ſin autem hæc obſeruata non fuerint: conſiderando verbum *exhæredatis* quod eſt ibi poſitum, largè continere præteritionem l ſi patronus. de bonis libert. l. Non putauit §. Non quæuis de bono. poſſ. contra tab. Reſpondes Bolog. vbi ſupra nu. 24. id non eſſe verũ; quia hoc modo præteritio eſſet ſpecies exhæredationis; at id ſtare non poteſt: quia ſpecies eſt in genere ſuo l. Si quid earum §. inter emptum de leg. 3. Sed præteritio excludit exhæredationem, tantum abeſt vt in exhæredatione inſit, tanquam in ſuo genere §. Eadem inſt. de hæred. quæ ab inteſt. Ad textus adductos reſpondet, non probare: quia dicunt præteritionem haberi pro exhæredatione. Aliud eſt eſſe tale, aliud haberi pro tali: Glo. in l. Mercis de verb. ſig.

C Secundum arg. eſt, quia ratio conſtitutionis locum habet etiam in præteritione paterna. Illa eſt ratio: ne *filij falſis accuſationibus damnentur* verſ. ſine autem hæc obſeruata non fuerint. Hæc ratio locum habet etiã in præteritione paterna: Ergo fit extẽſio etiam in correctorijs, cum ratio ſit expreſſa in lege corrigente Iaſ. in Authen. quas actiones nu. 22. C. de Sacroſanct. Eccl. Ripa in l. Si conſtante nu 66. ſol. matr. Reſpondet Cagnol. vbi ſupra nu. 14. extenſionem non poſſe fieri quando lex eſt correctoria, & pęnalis ſimul, Dec. in c. Tranſlato num. 3. in t. lect. de conſtit. Iaſon d. Auth. quas actiones numero 22. Quod ſit pęnalis videtur probari ex §. Sin autem hæc omnia non fuerint obſeruata ibi. *Et hæc quidem exhæredationis & præteritionis ſit pœna.*

Tertium argum. ſumitur ex §. Sin autem hæc omnia, vbi dicit Imperator, ipſius intẽtionem eſſe iniuriam exhæredationis & præteritionis auferre. Reſpon. verbum præteritionis referri ad lineam maternam; exhæredationis autem verbum ad lineam paternam: Gloſ. in eadem
D Nouella in §. Sancimus in ver. præterit.

Quartum arg. eſt ex initio dictæ conſtitutionis, quod eſt generale: ideò licet referat poſtea caſum ſpecialem, nihilominus generaliter lex eſt accipienda l. Regula §. Et licet. de iu. & fa. ig. Reſpondet Cagnol. nu. 24. initium conſtitutionis non eſſe generale; quia verbum præteritionis refertur ad lineam maternam, vt ſupra dictum eſt.

Quintum argum. eſt, loquitur hæc conſtitutio de filio exhæredato ſine iuſta cauſa; & ita inter omnes conuenit. Sed huiuſmodi exhæredatio, eſt præteritio. l. Non putauit §. Non quæuis. de bono. poſſeſſ. contra tab. §. Eadem inſt. de hæred. quæ ab inteſt. Ergo loquitur etiam de præteritione. Reſpondetur negando minorem: quia tex. allegati loquuntur de exhæredatione non ritè facta; id eſt, non ſolenniter, vt cõuenit fieri: Non autem loquitur de exhæredatione ſine cauſæ inſertione: quia illa ſolennitas cauſæ inſerendæ, olim nõ erat neceſſaria, ſed hac conſtitutione inducta fuit.

Sextò

Sextò pro hac sententia Cagnol. adducit tex. in §. Sinautem hæc omnia. vbi tex. dicit ea quæ supra dicta sunt esse de exhæredatione & præteritione. Respon. loqui ibi de preteritione patris, quę pro exhęredatione habetur Glo. in l. 1. de inoff. testam. A

Septimum argum. est Bologn. dicentis, cōstitutionem sane non loqui de præteritione patris, sed tamen ad eam extendi, quia ratio est in ea expressa, quæ conuenit etiam præteritioni: Et in correctorijs fit extensio, vbi ratio est in lege expressa, vt p las. in d. Auth. quas actiones nu. 22. Sed respondeti potest vt supra, extēsionem non fieri vbi lex est correctoria & pœnalis simul.

Contrariam sententiam amplexus est Fulgos. Oldrad. consil. 138. & Bologn. dicit esse veriorē vbi supra: quia tex. loquitur de exhæredatis liberis vt patet ibi in §. Sinautē: hæc *nullum exhæredatis liberis fieri præiudicium.* Confirmari potest, quia verba strictè sunt accipienda in materia odiosa, sicut est exhæredatio e. Rodulphus de rescrip. & sic verbum exhæredatis strictè videtur accipiendum pro exhæredatione, non autem pro pretensione. Rursus quia Imperator hac constitutione voluit fauere filijs, ne circumscriptionem patiantur: Sed vbi filius est præteritus non indiget fauore Imperatoris: quia tunc testamentum est nullū, & legata corruunt l. Filio præterio. de iniusto rup. testa. & ideo potius in odium filij retorquetur hæc constitutio, si de præteritione paterna sit accipienda: quia sic filius præteritus legata præstare tenetur. Ego puto cōmunem sententiam esse probabilem.

Primò ex §. Sancimus d. const. dum ait *Non licere patri vel matri filium exhæredare, vel præterire.* Hæc verba sunt clara, & verbum præterire refertur tam ad patrem quam ad matrem.

Secundò quia si nullum potest fieri præiudicium exhęredatis vt habetur in §. Sinautem hæc, ergo nec præteritis: quia in tota illa constitutione æquiparantur exhæredatio & præteritio: ergo dispositum in vno, locum habet etiam in alio Glos. in l. Si quis seruo C. de furtis, etiam in materia correctoria Ripa in l. Si cōstāte nu. 69. sol. matr. C

Tertiò quia ratio in lege expressa locum habet etiam in præteritione, ergo fit extensio, etiam in materia correctoria las. d. Auth. quas actiones nu. 22. & Ripa in d. l. Si constante. nu. 72. Nec est verum, quod sit correctoria & pœnalis simul sicut loquitur Glos. in clem. 2. de ætate & qual. in ver. Eisdem. vnde sumitur dicta limitatio: loquitur enim de pœna propriè quę est coercitio delicti, vt per doct. in rub. de pœnis.

Quartò quia hęc opinio fauet testamento; vt, scilicet, valeat quantum ad alia, exceptâ institutione: igitur est sequenda in dubio l. Si pars de inoff. testa. Menoch. de Pręsump. lib. 2. Præsump. 71. nu. 30. Non ob. verbum exhæredatis, quia iā patet ex responsis. Non ob. prçiudiciū liberorum in soluendis legatis; quia Imp. non tam voluit liberis fauere, quàm testamento; vt ipse declarat: licet ex eo iura antiqua remaneant correcta.

Nouissimè Anton. Faber de errorib. pragmaticorum Decade 20. Errore 4. Scribit eam constitutionem loqui de testamentis, quę rescinduntur per querelam: & ideò non pertinere ad testamentum, nullum ex causa preteritionis: quia quod nullum est, rescindi non potest. l. Nam etsi. de iniusto rup. irr. test. Nec obstare uerbum preteritionis, quo frequenter Imperator est vsus in illa constitutione, quia intelligitur de pręteritione, quę pro exhęredatione habetur. Respondeo dictam constitutionem loqui etiam de preteritione, vt verba ipsa sonant; consequēter loqui etiam, vbi testamētum est nullum. Et quod verbum pręteritionis accipiatur pro ea, quæ vim habet exhęredationis, diuinationem continet. At præteritioni non conuenit illud quod de insertione causę dicitur. Respon. imò cōuenire, quia si dicit, Filium meum pręterco absq; causa, vel quia me verberauit; est pręteritio, & non exhęredatio, vt docet Bart. in d. Auth. Ex causa num. 10. C. de lib. preter. D

CAPVT LXXI.

Legitimati per subsequens matrimonium, an excludant substitutum sub conditione, si institutus decesserit absque filijs de legitimo matrimonio natis.

De hac quæstione dixi lib. 4. cap. 54. postea plenius inueni tractatum à Peregrino de fideic. art. 24. nu. 14. Nunc argumenta mihi soluenda esse videntur, quibus nouissimè doctissimus Laderchius consil. 24. contra substitutum mouetur. His enim omnibus simul coniunctis, vix aliud in hac quæstione desiderari poterit.

Primò is mouetur ex l. Cum quis, in fi. C. de natu. lib. in illis verbis. *Sed qui ex eisdē matrimonijs procreati sint, simili perfruantur fortuna. Ecce (inquit) hic Imperator appellat hos legitimatos, procreatos ex matrimonio;* idem probatur in §. fin. de nupt. Sed certè illa verba referuntur ad alios filios, qui post matrimonium nati sunt, non autem ad eos qui ante: illa dictio *eisdem* non includit natos ante, quasi eadem sint matrimonia & ijs & illis qui ante sunt nati: Neque enim potest esse matrimonium, respectu eorum qui antea sunt nati: quia tunc non erat contractum, & tex. paulò post eos appellat natos *ante dotem:* si ante dotem, igitur & ante matrimonium, quia illo iure absque dotalibus instrumentis non erat. Si ante matrimonium sunt nati, ergo non ex matrimonio: Non igitur meum commētum est, sed valde probabilis expositio. Vtitur autem Imperator phrasi qua vti solemus, cum semel fecimus mentionem alicuius rei: quasi dicat ex *eisdem* matrimonijs, id est, illis de quibus proximè facta est mentio, ex illismet quę secuta sunt, postquam natus erat filius.

Secundò mouetur ex c. Tanta: qui filij sint legitimi: coniungendo rubeum cum nigro, & illa verba: *Post contractum matrimonium legitimi habeātur:* denotant veritatem ex doctrina Bart. in l. Si is qui pro emptore, nu. 29. de vsucap. Resp. ponderanda esse verba illa, *Post contractum matrimonium:* Ergo non ante: Nec tex. dicit retrotrahi, nec id iure probatur, presertim cum de tertij prçiudicio agitur Alciat. lib. 5. Paradoxorum, cap. 12. Peregrin. d. art. 24. num. 34.

Tertiò mouetur vigore exequationis factę inter legitimè natos & hos legitimatos d. l. Cum quis. C. de nat. lib. §. Reliqui in Auth. quib. mo. ad off. leg. Resp. exequationem, quę sit iuris interpretatione, cessare, quando verba requirunt veritatem, & non fictionem l. vlt. C. de his qui ven. eta. impet. Et ita exequatio locum habere potest in dispositione legis: secus autem in dispositione hominis, in qua sonus verborū attendi debet; ut in proposito ex pluribus demonstrat Peregrin. d. art. 24. nu. 41.

Quartò adducit tex. in c. Cum in cunctis, & in c. Innotuit cum ibi not. per doctores de elect. ubi admittitur ad Episcopalem dignitatē legitimatus per subsequēs matrimonium; licet Pontifex Max. requirat, ut sint nati de legitimo matrimonio. Monstrum igitur esset, non haberi pro legitimo, quātum ad actus seculares, qui pro legitimo habetur, quantum ad dignitates ecclesiasticas, ut inquit tex. in c. Per venerabilem. qui filij sint legiti. Resp. omissis alioum responsionibus, tex. allegatos non dicere, quòd legitimati per subsequens matrimonium admittantur ad Episcopatus: sed est Glos. quæ hoc dixit in d. c. Innotuit, per tex. in d. c. Tanta. Igitur negari potest id uerum esse, quia tex. in d. c. Tanta id non probat; sed tantū probat, legitimatum per subsequens matrimonium pro legitimo haberi. At nos legitimè natum requirimus, non autem legitimatum. Et authoritas doctorum euitari potest, quia ijdem sunt, qui & in quęstione nostra sunt pro legitimato: Preterquam quod, ut sępe dixi, non authoritatibus, sed rationibus agendum est in disputando.

A

CAPVT LXXII.

Ad Auth. Præterea. C. Vnde vir & vxor.

Non placet quod respondit Natta in consil. 605. vxori inopi vsumfructum quartæ partus deberi, si mortuus sit vir, filijs superstitibus, qui defuncti postea sint. Fundamentum enim ipsius in eo consistit, quòd scilicet filijs ius dominij quæsitum fuerit, & sic ad hæredes transmissum; ex quorū persona non debeat obligationis qualitas immutari.

Nego ius quæsitum esse. Nullo iure id probatur. Non est bonum argumentum de vsufructuaria muliere relicta, quod legatum in alimenta resoluitur ex consuetudine *Bulgari*; & sic remanet etiam defunctis liberis, nisi plura sint legata: veluti cum dictum est, donec vixerit, ad trad. per Bart. in l. Titia. §. Titia. de leg. 2. Quia mulier B à principio habet dominium, non autem vsumfructum tantum: licet illud liberis, si extiterint, reseruare teneatur. Verba Irnerij, quem in hoc nullus interpretum accusat malæ traiectionis ex authentico, sunt ista. *Vt tamē eiusdem matrimonij liberis proprietatem seruet, si extiterint. His verò non extantibus, vel si nullos habuerit, potietur etiam dominio*: quomodo cōseruabit liberis proprietatem, si ipsa vxor eam non habet, sed liberi? Est planè simile exemplum de muliere transeunte ad secundas nuptias, quia conseruat proprietatem bonorum liberis primi matrimonij: verùm si moriantur, eam ipsa habet, nō autem hæredes filiorum defunctorum. l. Fœminæ. §. Illud. in fine. C. de secun. nupt. Ripa ibi, num. 5. Bald. consil. 153. lib. 5. latè Gabriel. tit. de secun. nupt. concl. 1. nu. 23. Quod simile exemplum non labefactatur ea responsione, quod ibi sit ita constitutum. Nam similiter & hic constituendum videtur à nobis interpretatione iuxta. l. Nō possunt de legibus. Nec valet illa interpretatio, *his verò* C *non extantibus, vel si nullos habuerit, potietur etiam dominio, non extantibus tempore mortis patris.* Quia intelligo illa verba absolutè, quandocunque non extent: quia iam dixit text. vxorem inopem succedere vnà cum liberis in quartam. *Succedit*, inquit tex. *vnà cum liberis communibus in quartam.* Si iam successit vxor in quartam, etiam stantibus liberis, & successit simul cum liberis; ergo mortuis liberis liberata est ab onere conseruandi eisdem proprietatem dictæ quartæ, de quo onere statim fit mentio: ergo supponendum est, liberos extare tempore mortis patris, & nihilominus vxorem succedere in proprietate quartæ vnà cum liberis: Ergo illa verba, *non extantibus*, referenda non sunt ad tempus mortis vxoris: quæ proprietatem non tenetur conseruare eisdem liberis, si non extent: priùs enim ipsa mulier succedit pleno iure cum eis; sed postmodum conseruare tenetur filijs extantibus, scilicet postquam ipsa vxor bonis erit fruita toto vitæ suæ tempore. His accedit quod Imperator in D Auth. Vt liceat matri & auiæ. §. Quia verò legem, ait vxorem habere quartam partem substantiæ viri vnà cum filijs: deinde iubet, ut dominium ipsis filijs seruetur, quos ex illis nuptijs habuerit: Ergo priùs ipsa debet frui; vt illa verba indicant, *ita quippe vt ipsa vxor vsum solùm habeat*: Ergo reseruato dominij, de qua statim loquitur, debet referri ad tempus, quo vxoris finitus est vsusfructus, eo igitur tempore filijs reseruabit vsumfructum, si extiterint. Si non extiterint, pleno potietur dominio, vt interpretatur Irnerius: cuius authoritatem cæteris anteponere iustum mihi videtur: Atque ita sentio, meliori iudicio saluo.

CAPVT LXXIII.

De pacto legis commissoriæ in pignoribus, an iuramento firmetur?

Pactum legis commissoriæ in pignoribus iuramento firmatur, ex iuris canonici regulis; quibus declaratur, omne iuramētum seruandum, quod seruari potest sine dispendio salutis æternæ, licet iure ciuili reijciatur ac improbetur. cap. cum contingat de iureiur. cap. quamuis de pact. in 6. Vsque adeò, vt locum istud habeat etiam in debitore, qui iurauit se soluturum vsuras. cap. Debitores. de iureiu. Et hæc est verissima & receptissima doctorum sententia. Gloss. & doct. in c. cum contingat de iureiu. in c. significante de pigno. & alibi. Latè Serafinus de priuileg. iuramenti Priuilegio 131.

Contrarium docet nouissimè Antonius Faber de erroribus Pragmaticor. decade 21. errore 8.

Cuius fundamentum est in eo positum, quod iuramentum non possit efficere id, quod per rerum naturam fieri nequit: Fieri autem nequit vt eiusdem rei pignus & venditio simul contrahatur, aut contracta esse intelligatur.

Sed pace doctissimi I.C. non est hoc impossibile: quia venditio fit sub conditione, si non soluatur pecunia tempore conuento: quod venditionis genus receptum est, eius rei quæ oppignerata fuit; nisi odium creditoris obstaret, qui minùs iusto precio rem acciperet ob legem commissoriam. *Potest ita fieri pignoris datio hypothecæ, vt si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptionis possideas rem, iusto precio tunc æstimandam. Hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio* l. Si fundus 16. §. vltim. ff. de pignoribus. At vbi non est adiecta iusti precij mentio, non valet pactum, odio creditoris. Sic enim ait Constantinus in l. vlt. C. de pact. pignor. *Quoniam* (inquit) *inter aliàs captiones, præcipuè commissoriæ pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, & in posterum omnem eius memoriam aboleri.*

Nam cum res pignori obligari soleant longè superualentes debito, nolebant creditores mutuam dare pecuniam, nisi sub lege & pacto expresso commissi pignoris, nisi pecunia in termino conuento solueretur. Huic legi facile debitores pecunia egentes se subijciebant, sperantes interim rebus suis consulere, & tempore constituto pecuniam restituere: quod cum præstare non possent, res proprias amittebant, easque creditores acquirebant: sic doctores nostri, & rectè: Bartolus in Lege prima, & vltima C. de pactis pignoris & ibidem Cuiacius in Paratitlis Neguzan. de pign. 4. parte prin. in prin. Modernus Parisiensis de Vsuris numero 364. quæstione 52. Didacus Couuar. Variar. resol. libro 3. cap. secundo, numero octauo, Syluester in Summa ver. Pactum quæstione decimaquarta, Connanus libro 4. Comment. iuris cap. decimooctauo numero 8. Non igitur male S. Pontifex in cap. significante. de pigno. existimauit, hanc pactionem, odio creditoris improbatam esse: quia hæc est vera ratio; non illa, *quòd sit de re impossibili, & implicante contradictionem.*

CAPVT LXXIIII.

De argumento, à Cessante ratione legis, *quadam non vulgaria.*



Omnes sciunt regulam, *Cessante ratione legis cessat lex.* l. Quod dictum. ff. de pactis. lege. Adigere. §. quamuis, de iure patrona. cum alijs quæ tradit Euerard. in Cét. legali, loco *à Cessatione rationis.* Sed non omnes norūt, (nisi fallor) quo pacto sit intelligēda; quoniam Euerard. vbi supra non sat plenè rem attingit. Reperio hanc regulam sic esse accipiendam, vt procedat, quando cessat ratio legis generaliter; secus autem si cesset in casu particulari: ita Arenn. in l. 2. col. 5. vers. Tu autem aduerte. ff. de vulg. Tiraquell. tract. cessante causa. Limita. 32. Couuaru. in c. cum esses, nu. 9 de testam. & in Epith. de sponsalib. par. 2. cap. 6. §. 9. nu 8. Fundamentum est in Clem. Ad nostram, de hæret. & in l. 1. in fi. de minorib. Sed difficultas est in eo, quòd tex. in l. Quod dictum. de pact. in lege. Adigere. § Quamuis de iure patronat. ex quibus sumitur dicta regula, & alij textus concordantes, loqui videntur in particulari casu; Si ergo cessaret ratione legis in illis casibus particularibus, cessaret legis dispositio; qui fieri potest, vt declaratio subsistat, qua sic cautum est, vt cessante ratione legis in vno actu particulari, non cesset lex?

Hæc sanè difficultas sæpe me torsit. Cæterum cùm rem Perillustri Comiti Nicolæ Clericato Vicentino auditori meo, iuueni certè omni virtutum genere prædito, & ad omnem gloriam nato declarassem, is mihi luculētam attulit huius rei enodationem. Quod dicitur, in d. l. 1. in fi. de mino. res minorum committi solere aliorū administrationi, licet rem suam bene gerant; id pertinet ad particularem vnius vel alterius minoris personam: Ideoque, licet sciret legumlator aliquos fore minores industrios atque sagaces, voluit tamen res minorum ab alijs gubernari, quia plerumque fragile est minoris cōsilium, & multis captionibus expositū, vt dicit I. C. in d. l. 1. Licet ergo in Titio, puta, cesset ratio ista, vel in Caio minoribus, propter sagacitatem eorum; non cessabit legis dispositio, quia cessat ratio in casu particulari, non autē generaliter in omnibus: At in l. Adigere §. Quamuis. de iure patro. ratio legis non cessat in vno vel altero particulari, sed in omnibus Castratis: nullus enim est, qui possit generare: meritò in eis cessat legis dispositio, generaliter in omnibus, non autem in vno vel altero tantū. Idem & de alijs textibus mecum discurrebat, egregiè sanè, vt mibi visum est: quamobrem totam hanc explicationem nobilissimo viro acceptā ferre debent studiosi, ad quos nostra hæc scripta peruenient.

CAPVT LXXV.

Ad l. 4. §. Cato, de verborum obligatione.



Duæ sunt facti species proponendæ, ex quibus sententia clarissima huius. §. apparebit. Prima: Titius Caio vēdidit prædium Sempronianum, promisitque ei ire, agere licere per aliud prędium; neque per se neque per hæredes factum iri, quominus ei ire, agere liceret: si aduersus ea factum esset, pœnam Caio stipulanti promisit.

Moritur Titius venditor relictis pluribus hæredibus: vnus hæredum prohibet emptorem, quò minus eat ad fundum emptum. Quæritur an pęna sit commissa aduersus illum solum, an verò etiam aduersus alios coheredes, pro portione hæreditaria, qui non prohibuerunt. Respōdit Paulus ex sententia Marci Portij Catonis, cuius meminit Pompon. in l. 2. de orig. iur. pœnam committi aduersus omnes hæredes, pro portione hæreditaria. Ratio dubitādi est: quia factum vnius, nō debet alteri nocere.

A l. De pupillo. §. Si plurium, de ope. no. nunc. Pœna enim suos tenet auctores. l. Sancimus. C. de pœnis. cap. Si compromissarios. §. Porrò, de elect. lib. 6. Nec alteri per alterum debet iniqua conditio inferri. l. Non debet, de reg. iur. Ratio decidendi est; quia quod ab vno ex hæredibus fit, ab omnibus factum videtur; hoc est, idem est, ac si ab omnibus factum esset: quia stipulator non in partē prohibetur ire, agere; sed in totum, vt ait idem Paulus, in l. In executione. §. Quod si stipulatus. eod. tit. Tanti igitur interest stipulatoris ab vno prohiberi, quanti si ab omnibus prohiberetur: quia ire, agere, est indiuiduum. l. 2. §. vlt. supra eod. tit. In summa, est idem, ac si promissor dixisset, si vllus hæredum prohibuisset ire, agere, pœnā solutum iri: quo casu si vnus prohiberet, sine dubio pœna contra omnes committeretur, pro portione hęreditaria; quia lex 12. tab. diuidit obligationem inter hæredes pro portione hæreditaria. l. Hæredes §. Idē iuris. ff. fam. herc. l. Pro hæreditarijs. C. de hæred. act. l. 1. C. si cert. pet.

B Non obstat ratio dubitandi; quia licet pœna committatur contra omnes hæredes; tamen ipsi, qui non prohibuerunt, actionem habent pro indemnitate. l. In executione. §. Quod si stipulatus. l. 2. §. Item si in facto. eod. tit. de verb. oblig.

Sed contra: quia nemo ideò obligatur, quod recepturus sit ab alio id, quod ipse præstiterit. l. Nemo ideo, de reg. iur. quia posset fieri nō soluendo. l. Supra iter. §. Apud ferocem, de aq. plu. arc. Aliqui dicunt alios hæredes, qui non prohibuerunt, cedēdo actionem liberari, secundū reg. l. Quod debetur, de pecul. l. quod si possessor de pet. hæred. cum similibus. Sed resellit hanc sententiam Soc. Iun. in d. §. Cato, nu. 28. tum quia tex. dicit pœnam exigi posse; tum quia hæres non habet actionem antequam soluat. Nec ideò tenētur cohæredes, quod actionem habent, sed quia stipulatio est indiuidua: & ideo ab omnib. factum videtur, quod vnus fecit: ideo nō est locus regulæ. l. Quod debetur, de pecul. Responderi potest, legem C aliter prouidere non potuisse; quoniam defuncti obligatio est indiuidua; quamobrem hæredes non possunt cōqueri de lege sic eos obligante, sed de ipso defuncto, qui sic eos obligauit.

CAPVT LXXVI.

Ad eundem. §. Cato l. 4. de verborum obligatione.



Altera facti species est ista. Promisit Sempronius se amplius non acturum: si amplius ageret, pœnæ nomine cētum. Mortuo Sēpronio vnus ex hæredibus cōtrauenit. Quęritur, an pœna sit commissa contra omnes cohæredes? Respondetur in tex. commissam esse contra eum hæredem solum qui contrauenit. Ratio dubitandi D est ex l. 5. §. vlt. infra eod. Ratio decidendi est, quia stipulatio est rei diuiduæ, vt in tex. Ad d. l. 5. §. vlt. respondebat olim Ioānes ibi agi de stipulatione, quæ consistit in dando; hic de ea quæ consistit in faciendo. Male: quia ibi pœna incurritur ex eo, quod arbitri sententiæ non paretur; quæ tamen potest consistere, etiam in faciendo; id est, iubere vt aliquid fiat. Melior est responsio, in d. §. vlt. pęnam in totum committi: quia aliud statui non potest in huiusmodi stipulationibus sine iniuria stipulatoris: & hoc est, quod ait I. C. in l. 3. fam. hercis. solutionem partis non minima incommoda habere. Ideoque creditor inuitus, non cogitur partem summæ accipere. l. Tutor. §. Lucius. ff. de vsuris.

CAPVT

CAPVT LXXVII.

Ad eundem. §. Cato l. 4. de verb. obl.

VEnio ad verſ. *Sed videamus* Glo. ibi ſcribit ſenſum eſſe, his verbis quæri, an idem ſit in ſtipulatione per te non fieri, quo minus mihi ire, agere, liceat, quod in ſtipulatione iter fieri: an verò magis idẽ, quod in ſtipulatione, Titium hæredemq́ue ratum habiturum: & reſpõdet Paulus non idem eſſe. Non placet; quia *Iter fieri, & per te non fieri* &c. non ſunt duæ diſtinctæ ſtipulationes, ſed vnica ſtipulatio eſt, continẽs affirmationem & negationem: hoc modo. Iter fieri licere: & per te non fieri, quo minus mihi ire, agere, liceat; vt patet ex l. 2. § pen & vlt. ſupra eod. tit. Huc accedat, quod ſi ſtipulatio, *Iter fieri*, quam initio pro exemplo poſuit. I. C. indiuiduæ ſtipulationis, non eſſet eadem cum ſtipulatione per te nõ fieri, inepta eſſet ratio, quæ in tex. habetur: cum ſcilicet tex. dicit, in ſtipulatione iter fieri pœnam committi contra omnes hæredes; quia niſi inſolidum peccari poteſt, & ab omnibus factum videtur in illa ſtipulatione, *per te non fieri*. Quid enim hoc ad rem facit, ſi ſtipulatio per te non fieri, diuerſa eſt à ſtipulatione iter fieri? Quæ cauſa eſt, vt nec mihi probetur Alciati expoſitio, hoc in loco ab eo tradita, & in commentarijs de diuiſionibus ſtipulationũ, Paulum dubitare, an ſtipulatio, per te non fieri, eadem ſit cum ſtipulatione, iter fieri, vel amplius non agi: quoniam & hęc interpretatio differentiam conſtituit inter ſtipulationem, iter fieri, & per te non fieri, quæ conſtituenda non eſt; vt dixi.

Doctiſſimus Taurellus dicebat hic quæri, vtrum ſtipulatio, *dolum malum abeſſe*, cuius ſit mentio in principio legis, ſit eiuſdem naturæ cum ſtipulatione, per te non fieri? an vna potius cum ſtipulatione, rem ratam haberi? Et hanc ſententiã Pauli eſſe, eandem eſſe cũ ſtipulatione, *rem ratam haberi*; vt probatur in l. In ſtipulatione ff. rem rat. hab. & quia prætoriæ ſtipulationes ſunt eiuſdem naturæ l. Pœnales §. Iulianus ff. ad l. Falcid. Non placet, quia non eſt veriſimile, hunc verſiculum eſſe referendum ad principium legis tam remotũ, & de quo Paulus iam ſeparatim dixerat. Deinde, quia ſtipulatio, rem ratam haberi, eſt diuidua; vt hic probatur & in l. Inter §. Siquis ita ſtipulatus. fam. hercisc. At ſtipulatio, dolũ malum abeſſe, indiuidua eſt, vt hic in principio legis probatur, & in d. l. Inter. §. quod ſi ex facto ff. fa. hercisc. Nõ obſt. l. Pœnales §. Iulianus quia non habet locum in ſtipulationibus indiuiduis, vt in l. 2. ff. de præto. ſtipul. Non obſtat l. In ſtipulatione, quia hoc tantum dicit, in ſtipulationem, rem ratam haberi, venire id quod intereſt, & idem iuris eſſe in ſtipulatione, ſiue in clauſula, Dolum malum abeſſe.

Communis igitur expoſitio (nam quæ recentiores dicunt omitto) mihi veriſſima videtur, quã attulerunt antiqui Gloſſatores, Iaſon, Ripa, Socinus Senior, ac Iunior, nouiſſimè Zaſius & Cuiacius; Paulum quærere, ac dubitare, an idem ſit iuris in ſtipulatione, amplius non agi, quod in ſtipulatione, per te non fieri; an verò magis idẽ, quod in ſtipulatione, Titium hæredemq́ue ratum habiturum, & concludere, idem eſſe, quod in hac ſtipulatione de rato; quoniam ſtipulatio rati diuidua eſt, ſicut & ſtipulatio, amplius non agi. Iſta expoſitio verbis text. eſt conſentanea Ait enim Paulus. *Videamus an non idem hic ſit*, id eſt, in dicta ſtipulatione, amplius non agi, *quod in ſtipulatione, per te non fieri: an verò magis idem quod in ſtipulatione, Titium hæredemque ratum habiturum*. Nam ſtipulatio de *rato*, *recipit diuiſionem, quia is ſolus tenetur, qui ratum non habuit, & is ſolus agit, à quo fuerit petitum* quaſi dicat; ſtipulatio de rato eiuſdem eſt naturæ, cuius eſt ſtipulatio amplius non agi. Illa enim verba, *& Paulus reſpondit, non idem eſſe*, non ſunt agnoſcẽda, quia non extant in Pandectijs Florentinis: Cõfirmatur hæc ſententia. Nam Paulus vnam ex ſtipulationibus iſtis confert

A cum ſtipulatione, Titium hæredemq́ue ratum habiturum. Non eſt dicẽdum eum conferre ſtipulationem, iter fieri vel per te non fieri, quia ſunt indiuiduæ: illa verò diuidua eſt. Ergo cõferre videtur ſtipulationem, amplius non agi, quæ ſimiliter eſt diuidua, ſicut ſtipulatio, Titium hæredemq́ue ratum habiturum. Ratio dubitandi erat, quia Dominus pro parte ratum habere non poteſt; igitur nec hæres: quia ex perſona hæredis non mutatur conditio obligationis l. 2. §. Ex his. eod. tit. Ratio decidendi eſt, quia vtraque ſtipulatio, ideſt, amplius non agi & rem ratam haberi, diuiſionẽ recipit, vt in tex. dicitur. Nõ obſtat reg. d. l. 2. §. Ex his, quia locum nõ habet in ſtipulatione, rem ratam haberi, vt docet idem Paulus in l. 2. §. Incertam. de prætor. ſtipul.

B

CAPVT LXXVIII.

Vt pœnalis promiſſio ſit, an oporteat eſſe promiſſum expreſſim, nomine pœnæ.

NOtat Areti. ex l. 4. §. Cato de verborum oblig. pœnalem promiſſionem ſeu ſtipulationẽ non dici, niſi fuerit expreſsè dictum, nomine pœnæ aliquid dari vel fieri. Nam text. dicit *pœna certæ pecuniæ promiſſa*. Idem voluit ibidem Crot. Io. And. in c. Bona fides de depo. Roman. in l. ſtipul. iſta §. Alteri. de verborum oblig. Cæterum illud argumentum facile poteſt euitari. Licet enim text. dicat pœnam certæ pecuniæ ſtipulationi adiectam; non tamen negat eſſe pœnalem promiſſionem, ſi non fiat mentio pœnæ. Pro eadem ſentẽtia adfertur tex. in §. Non ſolum inſt. de eod. tit. ibi. *niſi feceris, dabis centum nomine pœnæ?* Verum eodẽ modo poteſt reſponderi, non negare Imperatorem, quin pęnalis ſtipulatio ſit, licet nõ fuerit dictum nomine pœnæ. Tertiò adducitur l. Qui res §. qui ſtipulatur. de ſolution.
C vbi requiritur pœnæ nomine promitti decem, niſi quinque dentur Titio. Sed ibi neceſſarium eſt exprimere, ad tollendam obſcuritatem: cum enim dicitur, *Dabis mihi decem, aut Titio quinque*; poteſt eſſe ſenſus, vt in totum decem dentur, quinque Titio, & quinque ſtipulatori; ideo neceſſe fuit adijcere, nomine pœnæ.

Quartò adfertur l. Si ita ſtipulatio de oper. libert. vbi 20. obligationi adiecta ſunt loco operarũ promiſſarum; quaſi operas tanti ſtipulator æſtimauerit. Sed non propterea inferri poteſt, quantitatem promiſſam in alijs caſibus, pro pœna intelligi non poſſe.

Contrariam igitur ſententiam amplexi ſunt Iaſon in d. §. Cato num. 3. Ripa nume. 8. Soc. Iun. num. 12. quibus & ipſe aſſentior.

Probatur in l. vlt. & ibi not. Bartolus de prætorijs ſtip. & in l. In executione §. Quod ſi ſtipulatus & ibi Gloſſ. in ver. dari. eod. tit. de verborum oblig. & in §. peti. eiuſdem l. Et in l. vlt. ff. de eo per quẽ factum fuerit, & in l. Nouiſ-
D ſimè. ff. iud. ſol.

Et ratio eſt, quia pœna eſt, quicquid eſt ſupra rem debitam l. Si ſeruus ea lege. de ſer. expor.

CAPVT LXXIX.

De verbo, conuenit, in ſcriptis redacto, an importet ſtipulationem.

VErbum, conuenit, in inſtrumẽto appoſitum non importat ſtipulationem ſecundũ Bart. in l. Lecta colum. 4. ſi cert. pet. quem ſecuti ſunt Bald. Angel. Salic. & alij communiter, teſte Ripa in rub. de verborum obligatione numero decimoſexto, quibus & ego conſentio. Fundamentum eſt, quia de verbo *promiſit*, quod ſtipulationem importet, teſtimonium habemus in §. ſi ſcriptum inſtit. de inut. ſtip. De verbo autem *conuenit*, nulla eſt lex tale quid dicens. Verbum enim *conuenit*, commune erat om-

nibus pactis & contractibus. At verbum promitto stipulationis proprium est §.2.inst.de verborum obligatione: dicimur enim promittere rogati, vt ex latinis authoribus ostẽdit Duarenus in §.Adeo.l.Iurisg.ff. de pact.quanquam verborum solennitas Leonina constitutione sublata est l.Omnes C.de contrah.& comm.stip.

Contrarium docuerunt in d. l. Lecta Fulgo. Roman. Castr.& Iason in 3.not. & quidam alij in rub. de verborum oblig.

Primum, quia verbum *conuenit* tacitè includit promissionem. Taciti autem & expressi, par est virtus l. Cum quid. si cert. pet. Nihil est; quia stipulatio requirit verba l. 1. de verborum oblig. ex quibus colligatur interrogationem præcessisse, & responsionem subsecutam esse l. Obligamur §. Verbis de act.& oblig.

Secundum est, quia eadem est ratio circa verbum *conuenit*, quæ est de verbo promisit, vt videantur omnia solenniter acta l. Sciendum de verborum oblig. Respondetur, imo esse diuersam rationem; quia verbum *conuenit* est generale; at verbum *promisit*, speciale & proprium stipulationis.

Tertium est ex l.1.C.de vsur. Resp. non loqui de promissione facta in instrumento; itaque non facit ad rem: eadem ratione nec ad rem facit l. 1. C. de dot. promiss. quæ solet allegari.

Quartum est ex l.Si extraneus ff.de cond. cau. dot. & ibi Glos.in ver. *conuenit*, quæ dicit, scilicet per stipulationem. Respond. loqui de conuentione facta à patre, quæ non valet sine stipulatione l. Auia C. de iure dot.ideo vt actus valeat, intelligitur, per stipulationem.

Quintum est ex l. Si seruus ff. de ser. expor. quatenus ibi dicitur, *conuenit citra stipulationem*: Ergo ipsum verbum conuenit importat stipulationem: quia si non importaret stipulationem, nõ erat opus adijcere, citra stipulationem. Respond. ad maiorem claritatem adiecta fuisse, ne quis existimaret stipulationem subiectam fuisse; sicut olim moris fuisse indicat l. Iurisgen. §. Quod fere. de pact. l. Lecta. si cert.pet.& l.Qui Romæ §.Chrysogonus. de verborum oblig.

CAPVT LXXX.

Exceptio rei indicatæ in indicio summario, an obstet in ordinario.

Vod est cognitũ & decisum in iudicio summario, potest iterum deduci in ordinario l. A Diuo Pio §.Si sup.de re iud.l.pen. de his qui sui vel alie. iu. sunt. l.Si quis à liberis §. Si vel parens.de lib. agnosc.l.3.§.Causæ cognitio de Carbon.edi.l.Si autem §.Si quocunque.de neg. gest. Et ideò probationes factæ in iudicio summario, nõ nocent in ordinario.c.Veniens 2.de testib.

Sed controuersia est, an idem sit dicendum vbi probationes factæ in summario sunt plenæ: Negant idem esse dicendum Alex. in d.§.si super rebus nu.6. Dec cons.96. Panormit cons.50.lib.1.Ripa in l.Qui Romæ §.Duo fratres.de verb.obl.nu.21.Socin.Iun.nu.60.

Primò quia ideò sententia lata in summario, non præiudicat in ordinario, quia in summario sufficit semiplena probatio.l.3.§.Causæ cognitio de Carbon.edi. Hæc ratio cessat, vbi probationes factæ in iudicio summario sunt plenæ; ergo cessare videtur legis dispositio. Responderi potest, non cessare prorsus rationem legis, quia potuisset pars esse diligentior, si ordinarium fuisset iudicium, vt dicebat Aret.in c.causam quæ nu.29. de testib.& attest.

Secundò, quia sententia lata super principali, nocet etiam super incidenti, quando plenè fuit cognitum super incidenti Glos.in l.2.C.de ord cog.Sed hoc nihil ad rem facit, quia non agimus hic de incidenti quæstione.

Tertiò ex l.Sin autem.§.vlt.de neg.gest.& l.Quod in diem. §. 1. de compensation. Sed ibi non agitur de iudi-
A cio ordinario & summario; agitur de exceptione semel cognita in vno iudicio, quæ non potest in alio iterum deduci.

Contrariam sententiam amplexi sunt Aret. in d. cap. Causam quæ, nu.29.de testib.Bald.in l.2.in fi.C.de eden. Crot.in d.§.Duo fratres.

Primò, quia litigator non præsumitur tam diligens in iudicio summario, sicut in ordinario fuisse. Resp. Soci. iun. imò de diligentia satis constare, quia probationes sunt plenæ.

Secundò, quia probatio non necessaria non releuat, l. vlt.& ibi Glos.C.qui leg.perso. stare in iudic. Sed plenæ probationes in summario iudicio non sunt necessariæ; ergo factæ nihil releuant. Resp. d.Glos. loqui de probatione impertinenti: sed nos loquimur de pertinenti, licet non sit necessaria.

Tertiò, quia iudicium summarium caret forma veri iudicij; ergo sententia in eo lata non nocet in alio iudicio.
B Nihil est; quia quęstio pręsupponit probationes factas esse secundum formam iudicij ordinarij, id est, post litem contestatam iux.tit.Vt lit. non contest.

Breuiter mihi magis placet Aretini sententia: tum qa leges non distinguunt, quibus cautum est sententiam latam in summario iudicio, non præiudicare in ordinario, non distinguunt vtrum probationes sint plenæ vel non: tum quia sententia quę lata non est secundum ordinem iudiciorum, non habet vim rei iudicatæ, l.Prolatam.C. de sent. & interl. om.iud. Talis est sentẽtia quæ fertur in iudicio summario: ergo non habet vim rei iudicatæ; & ideo bene dicebat Bald.in l.2.in fi.C.de eden.processum summarium non fieri secundum formam iuris. Forma autem iuris non in hoc solum est posita, vt probationes fiant post litem contestatã, sed vt libellus detur, litis contestatio fiat, & seruetur forma iudicij, de qua Glo. loquitur in d.l.Prolatam.

C

CAPVT LXXXI.

Sententia lata in iudicio ordinario, an possit in alio iudicio retractari?

X traditis per Bart. in 4. opp. in l. Qui Romæ.§.Duo fratres de verb.oblig. colligitur hęc conclusio: Sentẽtia lata in iudicio ordinario contra actorem pro excipiente, nõ potest retractari in alio iudicio, in quo agitur ad rem accessoriam, veluti ad pœnam vel ad fructus. Probatur in d §.Duo fratres. Confirmatur ex reg. Accessorium de reg.iur. in vi. Adducit Ripa tex. in l.Ex diuerso. §. 1. de rei vend. sed loquitur quando pronunciatum est pro actore contra excipientem.

Altera conclusio est ex dictis Bartoli; Quod est decisum in iudicio ordinario, sed incidẽter, potest in alio iudicio retractari, principaliter agendo. Egi cõfessoria pro
D seruitute debita fundo meo; debui incidenter probare me dominum fundi.l.Sicuti.§.Sed si quæratur.ff.si seru. vend.& ibi Glos.l.Vtifrui.§.1.ff.si vsufr pet. Victus sum, quia non probaui; Possum in alio iudicio fundum vendicare.l.Sed si ante.ff.de except.Iason Rip.Soc.iun.& omnes in d.§.Duo fratres.in 4.opp.Bart. Secus esset, si prius fundum vendicassem, & fuissem victus, quia non possem seruitutem vendicare. l.Fundum. ff.eodem tit.de except.

Tertia cõclusio: Quod est decisum incidenter in iudicio plenario siue ordinario cõtra excipientem pro actore, non potest in alio iudicio principaliter deduci, si concernat causam status: ita Bart. in d.4. opp. cum quo omnes transeunt arg.l.1.C.de ord.cog.voluit allegare notata per Glos. in l.2.in vlt. glo. Ratio est, quia intelligitur pronunciatum super incidenti.l.1.C.de ord.iud.

Quarta cõclusio: Quod est decisum in iudicio ordinario pro actore contra excipientem, non potest in alio iudicio

dicio æquè principali deduci, & in dubiũ reuocari, quando agitur ad eundem finem Bart. & omnes in d. § Duo fratres in 4. opp. arg. l. Quod in diem. §. 1. De compensat. Et dicitur agi ad eandem finem, quando agitur de eodem facto, licet per diuersa media. l. Duobus de except. rei iud. Secus si agatur ad diuersum finem, vt per Bart. & alios comm. teste Ripa, nu. 27. arg. l. Vendicantem cum l. seq. de euict.

CAPVT LXXXII.

De eadem materia & ad l. Vendicantem cum l. seq. de euict.



SEd obijcitur l. Vendicantem cum l. seq. ff. de euict. vbi probatur, quod est in iudicio decisum & cognitum per modum exceptionis, posse in alio iudicio deduci atque cognosci. Respondet Bart. in l Qui Romæ. §. Duo fratres de verb. obligat. in 4 opp. illum tex. loqui de sententia lata contra excipientem, in cuius potestate nõ erat agere. l. Purè. §. vlt. de doli mali except. Non placet Alciato ibi, quia non est ratio diuersitatis inter actorem & reum. l. 1. de edict. l. vlt. C. de fruct. & lit. expen.

Secundò igitur loco dicebat Iason in d. §. Duo fratres, num. 49. loqui, quando res diuersa in iudicio deducitur, & ad aliam finem agitur. Nõ placet Alciato, quia potest reus dicere, Aut dicis me vendidisse, aut non: non potes dicere, me vendidisse, quia si vendidissem, non potuissem rem euincere: aut dicis me non vendidisse, & tunc frustrà de euictione agis. Respondet igitur Alciatus, ibi agentem in alio iudicio, non impugnasse sententiam directò latam in priori iudicio; quia fieri potest, ut contra eum pronunciatum fuerit, non quia aduersarius nõ vendidisset, sed quia id non probasset arg. l. Quod in diem. §. 1. de compensa. & l. Si autem. §. vlt. de neg gest. Non satisfacit; quia in illa specie emptor probauit venditorem fuisse, qui rem vendicabat, & reiectam fuisse istam exceptionem.

Ergo vera est interpretatio, ibi non fuisse rationem habitam exceptionis oppositæ; quo casu idem in alio iudicio peti posse clarum est; quando iudex reiecit exceptionem, non quia vera non esset, sed quia non obstaret in illo iudicio d. l. Si autem. §. vlt. de neg. gest. d. l. Quod in diem. §. 1. de compensat.

CAPVT LXXXIII.

Sententia lata ex falsa causa, an sit nulla?



BArt. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres in 6. oppo. dicit sententiam latam ex falsa causa dolo aduersarij, esse nullam; aliàs secus. Alexan. autem, & post eum Iason ibidem, num. 52. dicunt esse nullam, si error fuerit expressus in sententia. Cum Bartolo transeunt alij communiter, teste Socino iun. nu. 68.

Cæterùm, quod sententia ex falsa causa lata, sit nulla si de falsitate causę constet ex actis, docuit Iason in l. 1. num. 11. C. de err. calculi Felin. in cap. Inter cęteras in 2. concl. de re iud. Rota. decis. 347. Nota quod licet in antiquis. Crau. cons. 134. in fi.

Pro sententia Bar. & sequacium adducuntur. 1. l. Si iudex. §. Marcellus de iud. 2. l. 2. C. quando prouo. non est necesse. 3. l. Pręses. de re iud. 4. l. Si expressit. de app. 5. l. 1. ff. quę sent. sine app. rescin. 6. Doctr. Bart. in l. 1. C. de erro. calc. quę comm. est & ibi per Dec. sententiam valere, licet error ex actis appareat, nisi referat se ad acta. Idem tradunt Abb. & Felin. in 1. not. in cap. Inter cæteras de re iudic. 7. l. prima, C. si sæpius in integ. rest. fuerit postul. 8. quia causa non est exprimenda in sententia, cap. Sicut nobis. de re iudic. Alexander

A in dicto §. Duo fratres num. 37. ergo si exprimatur & falsa sit, non vitiatur sententia, arg. l. Vni. C. de rei vx. act. 9. l. Ciues C. de appell.

Pro contraria autem sententia adducuntur. 1. l. Qui testamento de excus. tuto. 2. l. Cum verò. §. subuentum de fideic. libert. 3. Clem. Pastoralis de sent. & re iud. 4. cap. solicitudinem ad fi. de appel. 5. cap. Inter cęteras de sent. & re iud. 6. l. Si pars. de inoff. testa. 7. cap. cum ad quorundam. de excess. prælato. 8. Quia ex falsitate causæ apparet adhibitam non fuisse causæ cognitionem, ergo nulla: l. 2. C. de sent. ex breui. recitan. l. vltim. C. Commina. Episto. & l. Ex stipulatione C. de senten. & interl. om. Iud. 9. Quia transactio ex falsa causa corruit. Menoch. consilio 91 numero quadragesimo, ergo & sententia; quia æquiparatur transactioni l. Non minorem C. de Transact. 10 Adducitur l. Seiæ. ff. de tuto. & cura. dat. ab his. 11. Quia sententia notoriè iniusta ex actis, nulla est. Vant. de null. ex def. process. num. 127. Gabriel.

B tit. de sent. concl. 10. nu. 5.

Ego vt breuiter me expediam, distinguendum puto, Aut falsa causa fuit expressa in sententia; aut non. Primo casu est nulla; secundo verò casu, valet.

Ratio est, quantum ad primum casum, quia apparet iudicem non adhibuisse causæ cognitionem sicut oportet dicta l. 2. C. de sent. ex breui. recit. & cessat illa bona præsumptio, quæ est pro iudice. Confert tex. in l. Qui testamento. de excu. tuto. vbi consideratur vitium in pronunciatione.

Ratio secundi casus est, quia si talis sententia esset nulla; omnes sentẽtiæ iniustæ essent nullæ, quod falsum est. Semper enim iudex mouetur ex aliqua causa, vera vel falsa. Confert text. in l. 1. & 2. C. si ex fals. instr. quatenus ibi rescinditur sententia lata ex falsis instrumẽtis per in integrum restitutionem.

Non obstat doctr. Bar. in l. Prolatam numero octauo, C. de sent. & interd. om. iud. dum ait causæ cognitionem

C in hoc consistere, vt partes sint præsentes vel citatæ; quia consistit etiam in multis alijs. l. In causæ cognitione §. Causa cognita de mino. dicta l. 2. C. de senten. ex breui. reci. l. ex stipulatione C. de sent. & interl. om. Iud. c. Iudicantem 30. quæst. 5.

Non obstat l. Vn. C. de rei vx. act. quia ibi lex fingit stipulationem ex omni parte perfectam; hic autem lex non fingit sententiam latam ex vera causa.

Non obstat l. Si iudex §. Marcellus. quia ibi locus est querelæ, quod intelligo per restitutionem in integrum, sicut in l. 2. C. si ex fals. instr.

CAPVT LXXXIV.

Conciliatur l. Qui Romæ §. Duo fratres de verb. oblig. cum l. Rescriptum §. Si pacto de pactis.



D PRima conciliatio est, pœnam peti posse, sed compensandam cum exceptione; & exigi posse id, quod est plus in pœna argumen. l. Prædia ff. de act. empt. l. Si quis à socio ff. pro socio Iason in dicto §. Duo fratres numero 54 Alexan. numero 36. Soc. Iun. nu. 78. Non placet Alciato; quia videtur esse contra mentem Scæuolæ in d. §. Duo fratres; volentis pœnam committi, & consequenter cum effectu.

Secunda solutio est Baldi in Titu. Impera. Lotharius Eugenio Papæ. in vsibus feudorum, pœnam committi, quia de facto, & non de iure sentẽtiam obtinuit argum. l. Debitor §. vltim. ad Trebel. Non placet Alexan. quia is qui sententiam obtinet iniquam, non potest eius iniquitatem allegare, ad sui commodum l. Si seruus plurium §. 1. de legat. 2.

Tertia solutio est Bartoli in d. §. Duo fratres in 7. opp. in d. §. Si pacto. petitum fuisse, & non obtentum, at in §. Duo fratres, promissum fuisse, nihil contra diuisionẽ fieri, & factum fuisse contra diuisionẽ, petendo hæreditatẽ,

tanquam ex fideicommisso. Non placet Alex. quia stante hac solutione non posset peti id, quod est plus in pœna, in d. §. Si pacto.

Quarta solutio est, in d. §. Duo fratres. adiectam fuisse in diuisione clausulam, *Rato manente pacto*, vt in Glos. iuxta. l. Qui fidem de Transact. Non placet Alciato, quia continet diuinationem: nulla enim mẽtio fit in d. §. Duo fratres adhibitam fuisse dictam clausulam.

Quinta solutio Alciati est in d. cap. Duo fratres. partes promisisse, nil facturas contra diuisionem, ideoque sublatum fideicommissum. l. Si vnus §. Pactus de pact. Pœnam verò adiectam fuisse, ne de facto ageretur in contemptum: quo casu res & pœna peti potest. l. Siquis rem de arb. quæ ratio cessat in d. §. Si pacto. Non placet Socino iun. quia repugnat communi sententiæ doct. in d. §. Duo fratres, quæ habet, sententiam ibi fuisse iniustam: quo stante non fuit per diuisionem sublatum fideicommissum. Secundò, quia non ipso iure fuisset sublatum, sed ope exceptionis, vt patet ex illis verbis. *Quasi de fideicommisso quoque transactum esset.* Adde quod nihil interest, an ipso iure actio non competat, vel obstet exceptio. l. Nihil interest de reg. iur.

Puto ego solutionem esse probabiliorem, si dicamus multa concurrere in §. Duo fratres, quæ non concurrunt in §. Si pacto: primò, diuisio facta fuit: secundò promissum non contrauenire: tertiò de fideicommisso transactum: quartò pęna promissa. Ergo est perinde ac si fuisset pœna promissa cum clausula. *Rato manente pacto.* Hic enim partes promiserunt se nil facturas contra diuisionem; & insuper pęnam promiserunt. Ergo vtrunque actum est; vt contractus seruaretur; & pęna committeretur, si fieret contra diuisionem.

Vel dicendum est priorem sententiam quam retuli supra, amplectendam esse, quam & Cuiacius sequitur d. §. Duo fratres. ibi responsum Scæuolæ hoc tantum velle, quod pœna sit commissa, de quo erat interrogatus: quod est intelligendum secundum formam aliarum legum; & sic secundũ tex. in d. § Si pacto. Scæuola erat solitus breuiter & ad rem respondere; vt patet ex l. Qui Romæ. §. Augerius. l. Lucius. §. Collegio de leg. 3. l. Taberna de fund. instr. l. Imperatores de probat. & alibi vt iam diu Duarenus in Scęuola docet.

CAPVT LXXXV.

Ad §. Aequè inst. de act.



DVæ sunt difficultates huius loci. Vna, circa illa verba. *Veluti si quis agat, ius sibi esse altius ædes suas tollendi, &c.* Altera in illis verbis. *Sanè vno casu, &c.* Piget aliorum sententias, absque vllo operæ precio commemorare. Dicam igitur quid sentiam. Circa primum difficultas oritur ex eo, quòd cuique ius est altiùs ædes suas tollere. l. Altius. C. de seruit. l. Cuius. de ser. vrb. præd. Ergo superflua videtur actio, ob hoc ipsum iure prodita. Omitto quid Faber, quid Humez, Iason, Cuiac. Balduinus, & alij omnes dixerint. Tolli videtur hęc difficultas ex interpretatione Glossæ dicentis, cum me ius habere dico ædes meas altiùs tollendi, verbis quidem hanc esse confessoriam actionem, at reipsa negatoriam, quia inclusam habet negationem, hoc est, meas ędes seruitutem quo minus altius tollantur, non debere, sed liberas esse. Cum autem ago ius non esse aduersario ædes suas altiùs tollendi; etsi verbis negatiua sit actio, vi tamen ipsa confessoriam esse; quia hoc ego contendo, ædes tuas hanc mihi debere seruitutem, vt altiùs tollere eas non possis.

Quòd attinet ad secundum, mitto aliorum expositiones, & textus emendationes. Sunt enim qui legant, *Sanè in hoc casu:* Alij *Sanè non vno casu.* Alij aliter. Ego non discedo à verbis textus & pondero illa verba. *Sanè vno casu is qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet.* Non dici actorem esse, sed actoris partes obtinere. Exemplũ ergo erit secundum Glos. quando reus possidet, & excipit contra actorem qui dominium probauit: Etenim hoc in casu actoris partes obtinet, quia suam probare tenetur exceptionẽ l. 1. de except. Exemplum est in exceptione rei iudicatæ opposita vendicationi l. In exceptionibus §. vlt. de proba. & in alijs exceptionibus de quibus in l. Veriùs eod. tit. l. Eum qui eod. l. Siue possidetis C. eod. & in alijs quæ latiùs in Pandectarum libris habentur: Vnus autem casus est, non plures, & in hoc consistit, vt is qui possidet, nihilominus actoris partes sustineat, quatenus suscipit in se onus probandi exceptionem oppositam, alioqui succumberet, nisi suã probaret exceptionem l. 1. de excep. Regulariter reus qui possidet, non tenetur probare. §. commodum instit. de interd. l. 1. §. Interdictum ff. Vti possid. vbi vides Vlpianum dicere, actionem nunquã dari *vltrò* possessori. Quod verbum *vltrò* non est in §. æquè, quia non loquitur de *vltrò* agente, id est, de ipso qui sponte & non inuitus actionem mouet; sed loquitur de eo, qui obtinet partes actoris, & ita sensit hic Glos. Vel si de ipso actore exemplum velis, non displicet quod est in l. Officium de rei vend. vbi dominus rei & possessor vendicat rem suam à depositario, commodatario, & similibus, qui habent rei restituendæ facultatem.

CAPVT LXXXVI.

Conclusiones ex Bartoli combinationibus ad l. Naturaliter §. Nihil commune. de acq. possess.

1 SI actor intẽtat petitorium, & postea transeat ad possessorium retinendæ, & reus fateatur ipsum actorem possidere, debet absolui ab obseruatione iudicij petitorij. Comm. est: Ripa numero 119. Probat ex §. vlt. instit. de perpet. & tempor. action. & quia implicat repugnantiam, quod actor possideat, & possit exercere petitorium §. æque instit. de actio. Sed intellige cum Soc. Iun. numero 208. quando agitur de vna & eadem possessione, tam in petitorio, quam in possessorio: secus si de diuersa, vtputa si actor ciuiliter possideret, reus autem naturaliter.

2 Confessio facta in iudicio possessorio, probat in petitorio inter easdem personas est comm. Ripa nu. 120.

3 Nemo potest se fundare in confessione aduersarij, quã impugnauit: Ripa numero 121. & probatur in c. ex eo de reg. iu nu. 6.

4 Actor dicens contraria, repellitur l. 1. C. de fur. fallit quando reus negauit vnum ex contrarijs. Ripa nu. 125. Probatur ex doctrina Bald in l. Si quis testibus C. de testibus. vbi potest quis aduersari suæ confessioni iam factę quando aduersarius eam impugnauit, & ex alijs de quibus ibi per Ripam.

5 Agens petitorio, videtur renunciare possessioni quam habet; & per consequens possessorio, quando scit se possidere; secus si ignoret. Comm. est. Ripa nume. 126. Probatur quia supponitur vna tantum possessio, nec distinguitur inter ciuilem & naturalem; Ideo si petitorio agã, dico aduersarium meum possidere non me, per consequens renuncio possessorio; facit l. De pup. §. Meminisse de ope. no. nunc.

6 Obliuione perditur possessio rei immobilis Glos. in l. Si id quod ff. de acquir. poss. Non autem mobilis l. 3. §. Nerua eod. tit.

7 Statur declarationi libellantis, pro qua possessione intentauerit petitorium, & pro qua possessorium l. Inter stipulantem §. Si Stichum de verborum oblig. l. Si quis intentione de iud.

8 Hanc tamen declarationem ad hæredes non transmittunt l. Pomponius scribit si frumentum §. vlt. de rei vend. l. Inter stipulantem §. 1. de verb. obl.

9 Petitorium & possessorium adipiscẽdæ possunt cumulari,

lari, niſi ſit concluſum in cauſa petitorij cap. Paſtoralis de cauſa poſſeſſ. & propriet. vel ſimus in caſu l. vltimę, C. de codicill. A

10 Petitorium & poſſeſſorium recuperandæ cumulari poſſunt l. Cum fundum §. vlt. ff. de vi. & vi. arm.

11 Petitoriũ proponens poteſt illud ſuſpendere, & proponere poſſeſſorium recuperandæ; & hoc in odium ſpoliatoris: clem. 1. de cauſa poſſ. & propriet.

12 Qui propoſuit petitorium & poſſeſſorium ſimul, ſi vicit in poſſeſſorio recuperandæ, tunc vincit etiam in petitorio; licet non probet ſe dominum, quia onus probandi pertinet ad aduerſarium l. Liberis §. vlt. ff. de lib. cau. l. Vis eius C. de proba.

13 Petitorium & poſſeſſorium retinendæ poſſunt cumulari pro iuribus incorporalibus §. æquè inſtitutione de actione.

14 Petitorium & poſſeſſorium retinendę pro rebus corporalibus non poſſunt cumulari reſpectu eiuſdem poſ- B ſeſſionis, quam tempore moto petitorij habebat actor, & ſciebat ſe habere; & hoc propter contrarietatem. l. 1. C. de fur.

15 Nullum poſſeſſorium habẽs admixtam cauſam proprietatis, poteſt cumulari cum petitorio; obſtãte regula l. Fundum & l. Fundi ff. de excep.

16 Poſſeſſorium retinendæ datur ei, qui litis conteſtatæ tempore poſſidebat l. 1. ff. Vtrubi §. Sed hodie inſtitut. de interd.

17 Poſſeſſorium recuperandæ facit ſilere petitoriũ prius ab altero intentatum, propter priuilegium ſpoliati, vt ante omnia reſtituatur: iux. cap. 1. de reſtit. ſpol. & l. Si quis ad ſe fundum C. ad l. Iul. de vi. pub. l. 1. C. ſi per vim vel alio modo.

18 Niſi ſpolium factum fuerit lite pendente ſoper petitorio; tunc enim ſuper vtroque procedi poteſt; arg. l. Si conſtiterit C. fin. regund.

19 Niſi ſpoliatus petat reuocari per modum attentati id, C quòd eſt factum lite pendente: tunc enim reuocari debet ante omnia: c. pen. & fi. vt lite pend.

20 Fallit etiam ſupradicta concluſio, quando poſſeſſorium proponitur reſpectu diuerſæ poſſeſſionis arg. cap. cum dilectorum de ord. cognit.

21 Fallit etiam quando reus intentat poſſeſſorium recuperandæ poſt litem conteſtatam in petitorio: quia tunc proceditur ſuper vtroq;. Nam exceptio ſpolij debet proponi ante litem conteſtatam cum ſit dilatoria l. fin. C. de excep. l. expoſitionem C. de probat.

22 Sed communiter reprobatur per tex. in clem. 1. de cauſa poſſeſſ. & propriet.

23 Poſſeſſorium adipiſcendæ propoſitum à reo, nõ concurrit cum petitorio propoſito ab actore, niſi fiat reſpectu diuerſæ poſſeſſionis: quia dum reus proponit poſſeſſorium adipiſcendæ, negat ſe poſſidere; ergo non poteſt conueniri petitorio l. fin. de rei vend.

24 Cum vtraque pars proponit petitorium & poſſeſſo- D rium, non poteſt procedi ſuper vtroque, ſed prius de poſſeſſorio cognoſcendum. l. Incerti C. de interd. l. 1. §. quoties ff. vti poſſid.

25 Proceſſus ualet parte non opponente, in caſibus in quibus cumulatur petitorium & poſſeſſorium contra iuris diſpoſitionem c. cum dilectus de ord. cog. l. Si mancipium §. 1. de euict.

26 Niſi cumuletur in caſibus in quibus vnius electione, alterum ipſo iure tollitur iux. l. vlt. C. de codi.

27 Niſi obſtet regula contrarietatis; quia iudex poteſt recipere libellum ex officio continentem contraria; ſecundum Gloſ. in Lege prima, de off. aſſeſſ. cap. examinata de iud.

28 Si tamen iudex non reijciat, & actor unum tantum ex contrarijs proſequatur, valebit proceſſus, argum. l. 1. §. quod autem ff. quorum legatorum.

29 Coram delegato tamen proceſſus erit nullus, ſi cumuletur petitorium & poſſeſſorium, cum ei mandatum A eſſet, ut prius de poſſeſſorio cognoſceret; quia forma mãdati non ſeruata, actus eſt nullus: l. Diligenter. Mand. cap. cum dilecta. de reſcrip.

30 Acta facta in uno iudicio non probant in alio, inter eaſdem partes, niſi producantur l. Cum antea §. vltim. C. de arbitr.

31 Litis conteſtatio in poſſeſſorijs interdictis eſt neceſſaria c. 2. vt lite non conteſt.

32 Niſi agatur contra incertam perſonam, quia tunc nõ eſt cum quo lis poſſit conteſtari l. fi. C. de edi. Diui Adr. tollendis.

33 Niſi periculum ſit in mora arg. l. De pupillo §. Si quis tuos de ope. no. nunc.

34 Niſi cauſa ſit coram delegato ad certum tempus, ne ſit in facultate rei, eludere iudicium. c. conſultationibus de off. deleg.

35 Niſi agatur per viam attentatorum lite pẽdente glo. B in clem. 2. Vt lite pend.

36 Niſi agatur de reuocanda poſſeſſione data à iudice, iuris ordine non ſeruato. Nam quę de facto fiunt, debent de facto reuocari; ſecundum Gloſ. in l. Minor de euict. Felyn. in c. qualiter & quando in primo de accuſat.

37 Niſi ſit Epiſcopus, in cuius manibus beneficium ſit reſignatum. Poteſt enim abſque iuris ordine poſſeſſionem auferre renuncianti, ut per Innocen. in cap. 3. in fin. de reſtit. ſpol.

38 Niſi agatur de ſpolio notorio; quoniam in notorijs, ordo eſt, ordinem iuris non ſeruare cap. Ad noſtram de iureiur.

39 Poteſt tamen contra actorem perueniri ad definitiuam ſententiam abſque litis conteſtatione Auth. qui ſemel C. quomodo & quando iudex.

40 In cauſa tamen appellationis, altera parte contumace, valet, abſque litis conteſtatione ſententia, quia ſatis eſt quod fuerit lis conteſtata in prima inſtantia, cap. per tuas C de appell. l. vlt. §. Illud C. de tempo. appell. Aliàs eſt neceſſaria litis cõteſtatio, etiam in cauſa appoſitionis. l. Vn. C. ne liceat tertiò prouo.

41 Petitorium & poſſeſſorium una ſententia terminari debet, c. cum dilectus de cauſa poſſeſſ. & propriet. c. cum dilectus de ord. cog.

42 Iure ciuili, ſecus: l. non idcirco de iud. Gloſ. in c. 2. de cauſa poſſeſſ. & propriet.

43 Iure canonico, ut dictum eſt, ſimul expediẽda, etiam quando tractata ſunt per modum conuentionis & reconuentionis c. 1. & 2. de mutuis petition.

44 Sed in ſummarijs, in quibus lis non conteſtatur, non eſt locus reconuentioni: Bart. in l. Sed & hæ. §. Non ſolum de procur. Marian. Socin. in dicto cap. 2. de mutuis pet. quæſt. 6.

CAPVT LXXXVII.

D *Ad tit. de in ius vocando, quadam controuerſiæ.*

REctè Cuiac. lib. 16. obſer. cap. 10. notat olim ex lege 12. tab. permiſſam fuiſſe in ius vocationem vi adhibita: ex illis verbis *Si in ius vocat, ni eat, manus iniicito*: quam partem legis 12. tab. Feſtus nobis reſtituit in verbo *ſtruere*. Sed non rectè (aut ego fallor) ſubiecit, hodie edicto locum non eſſe, quo Prętor uetat parentes & patronos in ius vocari ſine permiſſu prætoris; quoniam iam ſublata ſit & abolita poteſtas illa, inuitum in ius ducendi; quia hodie non ducuntur, qui in ius uocantur: perſonas, quę ſine veniæ petitione & impetratione olim uocari non poterant, ut in ius uocemus, nihil hodie, inquit, nos indigere petitione venię: quaſi ſublata cauſa, & illud, quod cauſæ illi conſequens eſt, tolli neceſſe ſit. Neque enim ea in ius uocatione, qua utimur, reuerentia, uel pietas perſonis ſine uenia non uocandis debita lęditur; uiolenta manus iniectione ceſſante.

Non rectè, vt dicebam: primò, quia repugnat edictum Prætoris de quo fit mentio in tit. De in ius vocan. & omnes ferè leges illius tituli, quæ apertè vetant personas quibus debetur reuerentia in ius vocari sine venia Prætoris.

Secundò, quia nulla fit mentio in toto illo titulo, de ista violenta manus iniectione priuatim exerceri solita, nec ob eam causam edictum Prætoris emanauit.

Tertiò, quia facile potuissent Compilatores iuris, & Iustinianus separare simplicem in ius vocationem à violenta manuum iniectione; illamque permittere, hanc autem in his personis prohibere, sicut factum legimus in l. Plerique cum ll. seqq. de in ius vocando.

Quartò, quia viget adhuc edictum illud, etiam in parentibus & patronis, In ius vocati vt eant, &c. vt patet ex l. 1. & 2. eodem tit. nulla tamen fit mentio iniectionis huius violentæ. Ex quibus inferri videtur potestatem illam veteris legis 12. tab. tempore Iustiniani fuisse obliteratam: Viguisse autem edictum de non vocandis in ius sine venia, parentibus patronis & alijs.

At non læditur reuerentia his personis debita, sola in ius vocatione. Imò læditur, & nisi læderetur, id non esset edicto prohibitum. Si sola manus iniectio violenta tolleret istam reuerentiam, facile potuisset Imperator illam moderari, fauore personarum quibus reuerentia debetur & in ius vocationem solam permittere absque venia. Sic moderatā esse videmus fauore harum personarum, qualitatem fideiussorum in d. l. 2. ff. In ius vocati, vt eant, &c.

CAPVT LXXXVIII.

Nouerca, an possit in ius absque venia vocari.

Altera est Controuersia circa Nouercam, an possit in ius vocari absque venia. Multi enim affirmarunt vocari non posse; quia generaliter vocari prohibentur in ius omnes personę quibus reuerētia debetur. l. Generaliter. ff. De in ius vocan. Nouercæ autem debetur reuerentia, quia loco matris est. §. Socrum in inst. de nup. Huc accedat tex. in l. 1. C. eod. tit. vbi reuerentia quæ debetur marito, debetur etiam vxori: Et hanc sententiam communiorem esse scribit Curt. iun. in l. 1. C. de in ius vocan. & veriorem esse scribit Osascus decision. 30. numero 5.

Cæterùm contrariam sententiam multi sunt secuti, quos refert, & sequitur, dicens magis communem esse sententiam Alciatus in d. l. 1. nu. 11. & Osascus d. decis. 30. sub num. 2. Horum fundamentum est in l. De his. C. de furtis. Vbi datur actio famosa contra Nouercam. Et quia nulla est lex prohibens huiusmodi vocationem Nouercæ: Huc accedat odium Nouercæ & iniuria quam filijs irrogare solet & damna. l. 4. ff. de inoffic. testament. Clement. Pastoralis. Verùm, quia & ibi Glos. in uers. Nouerca de re iud.

Sed nullum argumentum hoc mihi magis persuadere potuit, quàm illud, quod mihi dicebat iuuenis ad omnem virtutem & gloriam natus, Meliotocius Melioratus Burgensis, Auditor meus, ex l. 1. §. vlt. de postul. vbi recensentur omnes personæ, quæ sunt comprehensæ in edicto Prętoris de in ius vocando, & post eas adijcitur Nouerca, Ex quo manifestè liquet, Nouercam inter eas personas non commemorari. Si enim edictum illud ad Nouercam extenderetur, non erat opus, vt ab alijs personis ibidem nominatis Nouerca separaretur. Fateor reuerentiam deberi Nouercæ & vxori patroni, vt in l. 1. C. de in ius vocan. & in §. Socrum. instit. de nupt. Sed nego eam reuerentiam deberi, quæ personis debetur nominatis in edicto, vel Iurisconsultorum interpretatione comprehensis: Dum enim nullam de Nouerca mentionem

A fecere, argumentum nobis præstant, eam edicto minimè contineri. Quæ enim difficultas erat, si ea fuisset eorum mens vt comprehenderetur, id exprimere? ita mecum discurrebat iuuenis nobilissimus: & hæc sententia etiam nunc mihi maximè probatur, ex not. per Glos. in d. l. Generaliter. de in ius vocan.

CAPVT LXXXIX.

De vasallo, an possit in ius vocare dominum sine venia.

Vasallum non posse in ius vocare dominum sine venia, multi, nec obscuri nominis authores tradiderunt: Specul. titu. de feud. §. Quoniam. numero trigesimotertio, versic. Decimoseptimo quæritur. Iason post Alexander in l. Generaliter de in ius vocan. & ibidem Zasius numero secundo, Mynsingerus §. Pœnales. numero quadragesimo, institut. de actio. Hartmanus Hartmanni libro secundo, obser. pract. titu. de feudis §. 45. vbi refert in Camera Imperiali secundum hanc opinionem iudicatum. Fundamentum est, quia vasallus æquiparatur liberto: Euerar. in loco, à liberto ad vasallum: sed libertus in ius vocare non potest patronum sine venia l. 4. l. 8. de in ius vocan.

B (margin mark beside "xander")

Sed contrariam sententiam habuerunt Gloss. in cap. primo, ver. salua reuerentia, de milite vasallo qui contumax est. Angel. in dicto §. Pœnales numero octauo, & ibidem Faber. numero secundo Iason numero septuagesimosecundo, Platea numero 157. Zasius numero vigesimosexto, Iacopin. tract. de Homagijs numero vigesimosexto, vbi hanc esse communiorem testatur. Buriat. consilio 99. numero vigesimo, Euerard. loco à liberto ad vasall. numero decimoquinto, Alexander in dicta l. Generaliter de in ius vocan. Clarus §. Feudum q. 25. Mynsingerus Centuria 4. obser. 92. Andr. Geyll. lib. de pignorib. obseruat. 15. nume. 4. Ficard. in add. ad comm. opin. Villalobos vers. Vasallus sine venia. Fundamentum est, quia nullo iure id cautum reperitur: nec iure communi, nec libris feudorum. Alciat. distinguit in l. 1. num. 13. C. de in ius vocan. veniæ petitionem esse necessariam si de feudo agatur, aliàs secus. Ego puto non esse necessariam veniæ petitionem.

C (margin mark beside "raliter de in ius vocan.")

Primò quia in titulo de in ius vocan. nulla fit mentio vasalli.

Secundò quia nulla etiam fit mentio in libris feudorum.

Tertiò quia in libris feudorum traditur modus & forma agendi; & nulla fit mentio huiusmodi veniæ.

Postremò quia vt mihi dicebat Perillustris adolescens D. Christoforus Arehintus Mediolanensis, Auditor meus, cuius ingenium summopere probo, non videtur esse bona æquiparatio liberti & vasalli: Est enim libertus multò magis patrono obstrictus, à quo libertatem accepit, quæ inæstimabilis est: l. Libertas de reg. iu. quàm vasallus domino, à quo feudum accepit, vt ei fideliter seruiat; Imò & dominus vasallo reciproca fide tenetur: capitulo primo, § vltimo de forma fidelit. quod de liberto & patrono nullibi scriptum reperitur. Sic ille, vt mihi videtur, acutè & prudenter disserebat.

D (margin mark beside "tur esse bona æquiparatio")

CAPVT XC.

Ad l. Centurio, de vulgari, & pupillari, circa verba illa, cum fructibus inuentis in hæreditate.



QVæritur quis sit sensus illorum verborum: *cum fructibus inuentis in hæreditate*: an de fructibus intelligantur, qui erant in hæreditate testatoris, tempore mortis suæ; an verò de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filij.

Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ, Vna, esse intelligendum de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filij: Bartolus, hic in vltima oppo. Baldus, in 4. oppo. & in 6. notabili. Aretinus, in prima columna, circa medium, vbi dicit esse communem sententiam. Socinus Senior, numero 23. 24. Ripa, numero 38. Alciatus, numero 43. Socinus Iunior, numero 146. Aquilin. numero 126.

Primò Bartolus mouetur ea ratione, quia substitutus à milite, debet aliquid plus consequi ex priuilegio militum, quàm cæteri substituti: sed cæteri substituti per fideicommissum non capiunt fructus ante moram perceptos. lege. In fideicommissaria. ff. ad Trebell. ergo substitutus iste eiusmodi fructus consequi debet. Respond. Socinus Iunior, argumentum retorqueri posse, quia priuilegia sunt restringenda, non autem amplianda l. Quòd verò. ff. de leg. cap. quæ à iure, de regulis iuris, in sexto. Ergo cùm substitutus militis aliqua priuilegia contra ius commune habeat, vt in d. l. Centurio, consequens est non esse amplianda huiusmodi priuilegia, sed potius restringenda.

Secundò. Mouetur Aretinus ne verba tex. sint superflua contra l. Si quando, de legatis primo, & cap. si Papa, de priuil. in sexto. Essent autem superflua, quia textus dicit, substitutum capere bona patris; sub quibus verbis comprehenduntur etiã fructus. lege. Item veniunt. §. Item non solum, de petitione hæreditatis. Ergo dum loquitur postea de fructibus, debet intelligi de his fructibus, qui non erant in hæreditate patris, sed in hæreditate filij. Respondet Decius. in lege. In testamento, numero sexto. C. de mil. test. fructus huiusmodi peti sub nomine fructuum, licet sint vniti cum hereditate patris, vt in dicta lege. Item veniunt. §. fructus. Non placet Socino Seniori, numero 13. in dicta lege Centurio, quia fructus sunt percepti in vita testatoris, non autem post mortem eius: quamobrem inter bona testatoris connumerantur, nec possunt peti sub nomine fructuum. Sed replicat Socinus Iunior etiam fructus perceptos in vita testatoris peti sub nomine fructuum, nihil adducens; sed poterat allegare text. in lege quinta. C. de his quibus vt indignis.

Tertiò pro hac communi sententia Socinus Senior adducit hoc argumentum: Textus noster loquitur de fructibus viuentis in hæreditate, & dicit pertinere ad substitutum; Ergo à contrario sensu fructus consumpti non pertinebunt ad substitutum; sed istud falsum est in fructibus inuentis in hæreditate testatoris, quia licet ab hærede consumpti sint, tamen tenetur eos restituere. l. Marcellus. §. Res quę ff. ad Trebell. Ergo noster textus non potest intelligi de fructibus inuentis in hæreditate testatoris. Respondet Socinus Iunior, numero 169. vers. ad tertium argumentum. à contrario sensu ita esse sumendum: fructus inuenti in hæreditate pertinent ad substitutum; Ergo fructus consumpti ab ipso testatore non pertinent ad ipsum substitutum. Et licet istud sit indubitatum, tamen non est absurdum, in argumento à contrario sensu, aliquid indubitatum contineri.

Quartò. Mouetur Ias. Fructus non præsumuntur con-

A seruari vltra triennium Glos. in l. vni. C. si aduer. vsucap. Ergo tex. iste non potest intelligi de fructibus, qui erant in hæreditate tempore mortis patris, quia præsumuntur consumpti. Respondet Socinus Iunior, numero 169. præsupponendũ esse, etiam fructus extare. Addit Ripa, numero 40. etiamsi consumpti forent, æstimationem tamen præstandam esse ab hærede, argum. l. Mulier. §. sed enim. ff. ad Treb.

Vltimò. Mouetur Socinus Iunior, numero 170. quia qualitas adiecta verbo debet intelligi secundum tempus verbi. lege. In delictis. §. si extraneus. ff. de noxalibus. Bartolus, in lege ex facto. ff de vulg. Ergo dum text. loquitur de fructibus, intelligitur secũdum tempus verbi, quod est *capiet*; quo stante, substitutus capiet fructus inuentos tempore mortis filij; cum ante mortem filij, substitutio locum habere non possit. Responderi potest substitutum capere fructus inuentos in hæreditate tempore mortis filij, sicut concludit argumentum, sed non capere illos fructus, quos filius ante mortem percepit & in
B hæreditate reliquit; nam dicimus substitutum capere fructus repertos quidem tempore mortis filij, sed illos fructus, quos pater ante mortem suam perceperat, & in sua hæreditate reliquit; & hoc probatur ex verbis textus quatenus dixit, substitutum capere bona patris dũtaxat; nam certum est hæc esse bona, quæ tempore mortis filij reperiuntur, & erant in hæreditate patris, tempore quo mortuus est, sic igitur idem de fructibus est intelligendum.

Contrariam sententiam secuti fuere Angelus. in d. l. Centurio, colum. 2. Castr. num. 6. Alex. nu. 39. Decius, in d. l. In testamento, num. 16. & ibidem Iason, numero 13. C. de mil. test.

Fundamentum est primò, quia fructus quos hæres percipit, qui restituere grauatus est, non pertinent ad substitutum, sed ad hæredem grauatum, interim donec veniat dies restitutionis, lege. Ita tamen. §. 1. & lege, si
C postulante. §. vltimo, & lege. In fideicommissaria. ff. ad Trebell. Respond. Ripa, numero 40. & Socinus Iunior, numero 166. deterioris esse conditionis filium grauatum, quia datus est ei substitutus directò. Hinc est, quod nec Trebellianicam detrahit, licet per fideicommissum grauatus regulariter detrahere possit. lege. Iubemus. C. ad Trebell. & talis hæres grauatus per fideicommissum, remanet hæres, lege prima, ad Trebell. at iste desinit hæres esse.

Secundò quia, si textus intelligatur de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filij, substitutus non haberet fructus inuentos in hæreditate testatoris; quia hæreditas adita desinit esse hæreditas, & efficitur patrimonium hæredis, lege. Sed si pluries. §. Filio, de vulg. Respond. Socinus Iunior, numero 167. hæreditatem aditam retinere nomen suum, quando alteri est restituenda. lege prima ad Trebell. Sed hic est restituenda substituto, ergo.

D Tertium argumentum ex Decio, in l. Ex testamento, numero 12. Vbicunque verba possunt referri ad testatorem, & ad heredem, in dubio potius referenda sunt ad testatorem, quàm ad hæredem l. Cum in testamento vbi Bartol. hoc notat, de aur. & argen. leg. sed verba textus possunt referri tam ad testatorem, quàm ad filium hæredem; ergo, &c. Resp. Socinus Iunior, numero 168. illam regulam locum habere, quando versamur in verbis testatoris: sed in casu nostro non sunt verba testatoris, sed legis. Contrà replicat Ripa, numero 40: etiam verba legis in dubio referenda esse potius ad testatorem, quàm ad hæredem: adducit tex. in lege. Filius fam. §. diui de leg. primo, vbi verbum *creditoribus* positum in illa lege, refertur ad creditores: sed tamen responsio Socini videtur defendi posse; quia tex. in d. § Diui, in ver. Creditoribus intelligendus fuit necessariò secundum subiectam materiam, quod autem verba legis referenda sint potius ad testatorem, quàm ad hæredem, nullus adest textus.

Vltimum

Vltimum argumentum colligitur ex Aretino in secunda columna, hoc esse priuilegium militum in testamentis, vt possint directò substituere hęredibus suis in bonis, quæ ex testamento hæredes sunt consecuti: ita text. in l. quinta, ff. de mil. test. sed fructus, quos filius hæres percepit, & reliquit in hæreditate, non est consecutus ex testamento patris: Ergo, quod non sit consecutus, manifestum est; quia ex testamento patris consecutus est, quidem hæreditatem; at fructus iure suo percepit tãquam hæres. Respond. Socin. iun. nu. 168. satis posse dici, filium fructus percepisse ex testamento patris, saltem mediatè; fuit enim in causa patris testamentum, vt eos perciperet: Et dictio, ex, aliquando significat causam mediatam, l. 1. §. Ex incendio. ff. de incend. rui. Bart. in l. Non dubiũ. C. de legibus.

Ego puto hanc postremam sententiam verissimã esse.

Primò ex verbis text. nostri; nam dicit substitutum capere bona patris solum, sed isti fructus inuenti in hæreditate tempore mortis patris, sunt bona patris: Ergo istos fructus capere intelligitur substitutus.

Secundò text. noster dicit, hunc substitutum non posse capere bona filij, sed patris tantum, sed fructus inuenti in hæreditate tempore mortis filij, quos ipse filius percepit, sunt bona filij, non patris: Ergo. Quod isti fructus sint bona filij, probo, quia filius in textu nostro est hæres pr̃is; hęres aũt post aditam hæreditatem facit fructus suos: tex. in l. Item ueniunt. ff. Fructus. ff. de pet. hęred.

Tertiò moueor, quia substitutus capit bona patris cũ fructibus inuentis in hæreditate ex priuilegio militum; sed militum priuilegium non debet alicui præiudicium inferre, l. Impuberi. ff. de admin. tut. Sed si textus noster intelligeretur de fructibus, quos filius percepit, & in hæreditate reliquit, priuilegium militis inferret alteri præiudicium: Ergo. Probatur, quia substitutus haberet tales fructus in præiudicium hæredum legitimorum filij.

Quartò & Vltimò, quia uerba legis ita sunt interpretanda, vt interpretatio nõ mereat̃ reprehensionẽ, l. Seruius Aristus. ff. de leg. præstan. sed si textus intelligeret̃ de fructibus quos filius percepit, & in hr̃ditate reliquit, hæc interpretatio digna esset reprehensione. Ergo: quod illa interpretatio digna sit reprehẽsione, probat̃: primò, quia iure permissum nõ est patri hęredem dare filio suo puberi, cũ ipse testari possit, & hęredem sibi instituere: sed stante ista interpretatione pr̃ dedisset hęredem directũ, non fideicommissarium, filio suo puberi: Ergo, scdò sic pater dedisset hęredem filio suo puberi, hęredem solum in fructibus à filio perceptis, & filius alium hęredẽ haberet ab intestato, in cæteris suis bonis; quod videtur absurdum: tertiò & vltimò, quia si l. Cons. voluisset loqui de fructibus inuentis in hęreditate tempore mortis filij, & quod fructus percepti pertinerent ad substitutum, non dixisset capere substitutum bona patris solùm, sed adiecisset exceptionem istam fructuum, id est, fructuum perceptorum à filio, non autem dixisset simpliciter, cum fructibus inuentis in hæreditate: quia fructus inuenti in hęreditate, sunt diuersi à fructibus, quos filius hęres percepit ex rebus hęreditarijs; vt aliàs probaui, adducendo tex. in l. 1. C. de his quibus, vt indignis.

CAPVT XCI.

Iudeus, an possit moram purgare?



CVm Iudei utantur iure ciuili Romanorum, l. Iudei. C. de Iudeis; & iure cõmuni liceat purgare moram, iuxta l. Si insulam. de verb. oblig. cum alijs similibus, rectè mihi uidentur docuisse, qui Iudeis moræ purgationem concedunt: Alciat. Parergon, lib. 2. cap. 11. Crot. & Rip. in d. l. Si insulam. Nec obstat responsio Campegij de dote parte ultima, quęst. ultima, & Feratij in sua caut. 24. id esse intelligendum, quantum ad ordinem iudiciorum; A secus autem in ijs quę respiciunt decisionem causæ. Quia tex in d. l. Iudei loquitur generaliter, & indistinctè de omni iure; ergo standum est illi; nisi qui casus excipiuntur alijs legibus, inter quos non est iste. His accedit quod Iudeus potest prescribere Glos. in cap. Porro 16. q. 3. in l. Si fur. §. 1. uer. Vsucapere de usuris. Ias. in rub. de iustit. & iure, col. 2. Crau. cons. 73. nu. 27.

Crebrior tamen uidetur contraria opinio doct. in d. l. Si insulam: sed certè nullum habet solidum fundamentum. Nam Glos. in cap. 2. de Iudeis in uer. Seueritate qua sola nititur, nihil aliud dicit, nisi iuris rigorem, & seueritatem seruandam esse Iudeis: ex hoc inferunt moræ purgationem eis esset denegandam; quia fundatur in æquitate. Omitto Felini respons. in d. c. 2. & dico Glos. illam esse intelligendam secundum text. in d. c. 2. ubi seueritas in hoc consistit, ut Iudeus nõ possit habere Christianum in mancipium; in ascriptitium autem, habere potest. Sed non potest ad alium transferre locum, uel ad B aliud obsequium retinere. Ipse enim sibi imputet, qui ius colonarium, & ius dominij sibi iuris seueritate damnauit. Hęc sunt uerba tex. secundum quę Glos. illa est intelligenda, uti mecum ratiocinando dicebat Nobilissimus iuuenis Auditor meus Ioannes Ceulus Pisanus, cuius ingenij acumen, & morum probitatem sępè admirari soleo: atque ita sentio.

CAPVT XCII.

Sententia delegati iniusta, an transeat in rem iudicatam.



SEntentia contra ius litigatoris lata, habet authoritatem rei iudicatę, si non fuerit appellatione suspensa, l. 1. ff. quæ sentent. sine appell. l. 2. C. quando prouoc. non est necesse: licet in integrum restitutio detur à Prin C cipe, l. Diui fratres. de pœn. l. 1. § ult. de quęst. Hostien. & Abb. in cap. 2. de purg. vulg. Dec. in cap. Proposuisti, nu. 14. de probat. Oddus de restit. parte secunda, quæst. 79. artic. 2. Sed quæritur, an idem sit in sententia delegati? Mouet, quod huiusmodi sententiam delegati iniustam, esse nullam dicebat olim D. Otto Cardinalis Portuensis in cap. ult. de pręben. Quia non est seruata forma mandati. l. Diligenter. ff. Mand. cap. Cum dilecta. de rescript. Forma enim mandati est, ut iustitiam faciat. Sic & sententia arbitri est nulla, si lata sit cõtra ius litigatoris, quãdo compromissum factum fuit in eum, ut pronunciaret secundum ius Bart. in l. Diem proferre. §. Stari. de arbitr. quoniam arbitri potestas pendet ex compromisso. l. Non distinguemus. §. Nunc de officio de arbitr. Sed responderi potest idem esse in iudicibus ordinarijs: nam & his mandatum est à lege, ut iustitiam faciant. §. 1. inst. de off. iud. Et ad doctrinã Bart. in d. §. Stari, quę communis est, teste Ripa in l. Qui Romæ. §. Duo fratres, nu. 8. de uerb. D oblig responderi potest, in sententia arbitri rationem esse, quia standum est eius sententiæ, licet iniqua sit, d. §. Stari. Ergo dum exprimitur in compromisso, ut secundum ius pronunciet, non exprimitur id, quod tacitè inerat; sicut in iudice, cui tacitè intelligitur mandatum, ut iustè iudicet, meritò illius expressio nihil operatur. l. 3. de legi. Contraria igitur sententia uerior & communior est ut per Iasonem in d. §. Duo fratres in 2. not. & per Canonist. in cap. ult. de pręben. Et pręter ea quę isti adducunt, hęc sententia probatur; quia à sententia iudicis delegati necesse est appellare. l. 1. ff. à quibus appell. non licet. l. 1. ff. qui & à quibus appell. at si esset nulla, non esset opus appellare; quod argumentum tollit omnem difficultatem. His accedunt Inno. doctrina in cap. Prudentiam de off. deleg. & in cap. Cum ad sedem. de rest. spol. Et quia rescriptum Principis delegatorium, sicut alia rescripta, recipit interpretationem ex iure communi, l. Si quando. C. de inoff. test. l. Rescripta. C. si contra ius. Ergo

intelli-

intelligitur vt delegatus debeat iustè iudicare Cæterùm A si iniquè iudicauerit, nihilominus sententia vim obtinebit rei iudicatæ, si lata sit contra ius litigatoris; quia sic iure communi est constitutum, vt supra dixi.

CAPVT XCIII.

Promittens parere arbitri sententiæ sub pœna, si petat reductionem ad arbitrium boni viri, & iniustè succumbat, an teneatur soluere pœnam?



Eneri hunc pœnam soluere docet Bartolus, in lege. Qui Romæ. §. Duo fratres, in 1. opp. de verborum obligatione, & ibidem Cuman. Salic. & alij quos citat Iason ibidem, numero 15.

Primò ex dicto. § Duo fratres. Sed leue est argumentum; quia non constat, an ibi fuerit malè iudicatum, ob B varias interpretationes Doctorum.

Secundò ex lege. Et ex diuerso. §. primo, de rei vend. Sed respond. Angelus, in lege. Tres fratres ad finem, de pact. loqui de sententia, quæ profertur in eadem instantia: sed hic opus est alia instantia, in qua pœna petatur. Malè, quia repugnat ibi Glos. in ver. errore, & ibi etiam Bartolus. Aliter respond. Aret. in dicto §. Duo fratres, videlicet text. illum, locum non habere in accessorio, quod absque culpa committi non potest, veluti est pœna. Non videtur autem in culpa esse, qui iniustè succubuit.

Tertiò ex lege. Deferente. ff. quibus modis pign. vel hypoth. solui. Sed respon. ex mente Socini Iunior. in d. §. Duo fratres ibi agi de pignore, quod sine obligatione principali consistere non potest. At pœna compromisso adiecta potest consistere sine principali: nam potest arbitri sententia locum habere, licet pœna non soluatur.

C Quartò, quia ista exceptio impugnat sententiam contra legē Peremptorias. C. senten. rescin. non posse. Respond. Angelus, & Aretinus, non venire contra sententiam directè; quia in sententia arbitri nihil dicitur de pœna. Cum ergo agatur ad rem diuersam, sententia non nocet. l. Cum quæritur, de except. rei iud.

Contrariam sententiam secutus est Aret. & Angel. in d. §. Duo fratres.

Primò, quia iusta causa excusat à dolo. l. Igitur. §. Potest, de lib. causa. Et ab expensis, lege. Qui solidum, §. Etiam, de leg. secundo. Ergo & à pœna compromissi. l. De rebus cum Glo. de arbit. Resp. Iason, in d. §. Duo fratres, numero 19. illam iustam causam allegari non posse, quia iam de ea cognitum, & pronunciatum est ab arbitro; ergo rei iudicatæ stari oportet. lege prima C. de re iudicata.

D Secundò ex lege. Quidam cùm filium, de verborum obligatione. Omissa responsione Iasonis, & aliorum, placet responsio Socini Iunioris, in dicto §. Duo fratres, numero 47. illum textum non dicere, filium agentem de inofficioso testamento victum fuisse iniustè.

Tertiò, quia ista exceptio non impugnat sententiam; ergo admittenda lege Nessenius. §. vlt de re iud. Glos. & Bart. in lege prima. C. de iur. & facti ign. Sed hoc negari potest.

Tertia est opinio Bartoli, in dicto. §. Duo fratres, quā dicit esse communem Iason ibi, numero 16. Aut iudex reductionis confirmauit laudum, causa expressa, quia æquum esset: tunc si agatur ad pœnam, non obstabit exceptio, quòd sententia sit iniusta, aut confirmauit, quia iniustitia laudi non fuit probata; & tunc obstat exceptio iniustitiæ, petenti pœnam: aut nulla causa expressa est in sententia, & tunc præsumitur lata ex defectu probationis; lege Iulianus, de condict. indeb. Bartolus, in lege secunda. §. primo, numero tertio, de vi bono. rapto. & ideo victus probare poterit iniustitiam sententiæ ad euitandam pœnam. Non placet: quia si in sententia exprimatur causa falsa, non valet: Bartolus, in lege prima. C. de erro. calculi. Vantius de Nellis Tit. de null. ex defect. process. numero 129. Nec potest sententia retractari ex nouis probationibus, lege sub specie. C. de re iud. nisi lata sit ex probationibus priuilegiatis, iuxta legē. Admonendi, de iureiur.

Quarta est sententia Baldi, in lege. Eos qui §. Apostolos. C. de appellat. Aut fuit compromissum in arbitrum ex necessitate statuti, & tunc pœna non est commissa: aut voluntariè, & tunc commissam esse; quia succurritur facienti ex necessitate. lege si defensor. §. si necessaria. ff. qui satisd. cogan.

Mihi magis placet eorum opinio qui docent pœnam esse commissam: quia quod est semel cognitum in vno iudicio, inter easdem partes, non potest in alio iudicio retractari. lege. Quod in diem. § primo, de compensation. Sed sic est in proposito; quia fuit cognitum de iustitia, & B iniustitia sententiæ, vt patet: Non obstat si dicatur nunc cognosci posse; quia agitur ad pœnam, & sic ad diuersum finem. Nihil refert. Nam qui petit reductionem, ideo petit ne cogatur pœnam soluere; supposito iure communi quo cautum est, ex laudo non dari actionem, nisi fuerit emologatum. lege prima. lege cum antea. C. de arbitr.

CAPVT XCIIII.

Ius patronatus an transeat in fideicommissarium.



Res sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima, transire; ita Romanus, in lege. Si patroni. ff. ad Trebell. Ludouic. Molina de Hispaniar. primog. libro primo, cap. 24. numero 10. Primò, quia ius patronatus transit ad hæredem extra- C neum Aretin. in cap significauit, numero primo, de testibus. Calcaneus consilio 78. numero 8. Roland. consi. 47. numero 6. & numero 36. lib. 1. Quæ autem ad hæredem extraneum transeunt, etiam ad fideicommissarium transeunt, vt not. Glos. in dicta lege. Si patroni. Ripa, in lege Centurio, numero 55. de vulg. Secundò quia ius patronatus transit cum vniuersitate cap. ex literis de iure patronatus.

Altera est opinio huic contraria, non transire. Ripa, in dicta lege. Centurio, numero 56 Aretin. in cap. significauit, numero 6. de testibus Rubeus consilio 156. nu. 17. D. Decianus consilio 117. numero 5. lib. 3. & alij quos adducit Peregrinus de fideicommissis art 6. numero 37. Tiraq. in tract. *Le mort saisit le vif* parte secunda, declar. 11. numero 9 Fundamentum est, quia in fideicommissarium non transeunt ea, quæ nō recipiunt æstimationem pecuniariam: veluti sunt iura sepulchrorum. l. quia proinde ff. ad Trebell.

D Tertia est opinio distinguentium. Aut prohibita est à testatore Trebellianicæ detractio: aut non. Primo casu, ius patronatus transit in fideicommissarium; Secundò verò casu remanet apud hæredem grauatum. Guido Papæ decisione 507. numero 2. Adden. ad Alex. consilio 73. libro 7. Lambertinus, de iure patronatus, libro primo parte 2. art. 35. 2. quæst princ. nu. 5. Ratio est, quia quando hæres detrahit Trebellianicam, videtur defunctum repræsentare, & ideo tenetur pro rata actiones subire. l. 2. C. ad Trebell.

Mihi verior videtur negantium sententia; quia ius patronatus transit in hæredem, & hoc est certum; quod autem transeat in fideicommissarium, nullo iure proditum est; Et licet omnia iura transeant in fideicommissarium facta restitutione re vel verbo. l. 1. l. Facta. ad Trebell. tamen non videtur cogendus hæres restituere ius patronatus, cùm sit quid spirituale cap. 3. de iud. & ideo non sit eius naturæ, cuius sunt cetera iura hæreditaria, quæ recipiunt æstima-

æstimationem pecuniariam,& videtur simile iuri sepulchrorum,quod non transit in fideicommissarium.

Non obstat quod dicebatur transire ad hęredes extraneos, & transire cum vniuersitate: quia etiam ius sepulchrorum transit ad hæredes, non tamen ad fideicommissarium transit; Ideò rectè dicebat Deci. in l. Precib. num. 22. C. de impub. hoc argumentum valere negatiuè, non autem affirmatiuè.

Non obstat,quod si locus sit Trebellianicæ, tunc hæres defuncti personam repræsentat, ideo ius patronatus retinet: quia id concedo: sed non rectè infertur, si non sit locus Trebellianicæ,non retinet ius patronatus: Imò retinet,ob rationes dictas; & in hoc casu repręsentat defunctum,quoad iura directa, quæ sunt inseparabilia. l. 3. pro socio. l. quis ergo casus, de pecul. Ripa, in lege prima, num. 17. ad Trebell.

CAPVT XCV.

Si duo sint hæredes patroni A, & B, & A, moriatur relictis quinque hæredibus, quorum duo præsentent vnum, simul cum B. alij verò tres præsentent alium, ad ius patronatus, vtrum vota sint æqualia?

SI plures sint hęredes habentis ius patronatus, vt puta A, & B, & A, moriatur relictis quinque hæredibus,quorum tres pręsentent vnũ, alij autem duo præsentent alium vnà cum B, compatrono. Quæritur quis ex præsentatis præferatur; Et respondendum est, præferendum esse eum qui pręsentatus est, à compatrono B, & dictis duobus hæredibus A, sicuti responderunt antiqui DD. relati à Lambert. de iure patronatus, libro primo, parte prima, art. 25. & 27. Nam in concernentibus ius priuatorum, semper fit coaceruatio respectu numeri personarum, vel respectu maioris iuris. l. Maiorem. ff. de pactis Angelus consilio 213. Feder. Senen. consilio primo, col. vlt. Quamobrem minor pars hæredum, adhærẽdo voto alterius patroni, pręponderare videtur ratione vnionis factæ, procedentis ab eodem stipite. Itaque iste sic præsentatus, in aliquo superare videtur præsentatum ab alijs tribus hæredibus.

Contrariam opinionem habuit ipse Lãbertinus post Cardinalem, Imolam, Abbatem & Felin. vbi supra, qui tamen in his terminis non loquuntur. Et licet ipse Lambertinus nec non Rochus de Curte in tract. de iure patr. in §. vel is; in primis quæstionibus idem sentiat etiam in his terminis, quando scilicet, minor pars adhæret alteri compatrono; Mouentur tamen debili fundamento, nimirum ex regula. l. Quod maior. ff. ad municip & l. duo ex tribus. ff. de re iud. Quæ quidem regula non habet locum in his,quæ spectant ad plures, vt singulos, sed in his quæ spectant ad plures vt vniuersos. l. Per fundũ. ff. de seru. rust. præd. not. Bart. in d. l. quod maior. Abb. in cap. cum omnes, numero 5. de constitut. Franc. decisione secunda numero 45.

CAPVT XCVI.

Conciliatur. l. si vnus. §. Pactus. de pactis, cum l. Stichum. §. Naturalis. ff. de solution.

PApinianus: *Naturalis obligatio*, inquit, *vt pecuniæ numeratione, ita iusto pacto, vel iureiurando ipso iure tollitur.*

At contrà Paulus. *Pactus ne peteret, postea conuenit vt peteret; prius pactum per posterius eliditur, non quidem ipso iure*, &c.

Respond. Irnerius, Papinianum loqui cum naturalis & ciuilis simul iuncta est: Paulum verò cum naturalis sola est. Sic naturalis possessio sola difficiliùs tollitur,

A quàm si iuncta cum ciuili sit; vt declarat Castr. in d. §. Pactus, colum. 3. Non placet, quia imò naturalis sola pacto tollitur, ipso iure, l. vlt. ff. de iureiur. Hip. Rim. in d. §. Pactus, nu. 70. qui & aliter respondet, numero 74.

Alij dixerunt, quod dicitur naturalem tolli ipso iure, intelligẽdum est, id esse ope exceptionis; quod nihil aliud est, quàm exponere album pro nigro. Fortunius, in d. §. Pactus vult ibi naturalem, & ciuilem simul iũctam fuisse, & propterea pacto ipso iure non tolli: in §. Naturalis, tolli ipso iure; quia erat sola naturalis. Sed obstat, d. l. vlt. de iureiuran. vt ipse quoque fatetur. Glossa, in d. §. Pactus dicit obligationem naturalem non tolli ipso iure, quando tendit ad liberandum, vt in d. §. Pactus; secus si ad obligãdum, vt in d. § Naturalis, arg. l. Arian. de actio. & obl. Non placet; quia Iuriscõsultus, in dicto §. Pactus, alia vtitur ratione, vt considerat etiam ibi Rim. nu. 93. & 94. Azo: dicebat pactum primum de non petendo, naturalem tollere, & elidere ciuilem, & obligare quem na-

B turaliter, non petere; ideo secundum pactum de non petendo, de quo in d. §. Pactus, tollit naturalem, non autem tollit alios effectus pacti: sequuntur Castr. Ias. Ang. & est communis: Rim. Iun. ibi. nu. 100 Sed obstat, quod text. ponit vim in eo, quod in pactis factum versatur, non autem ius, quemadmodum in stipulationibus; quæ ratio videtur habere locum etiam, in d. §. Naturalis. Alij aliter respondent apud Io. Bolognet. in d. §. Pactus, nume. 29. Rimin. Iun. nu. 103. Fortun. col. 6. Mantica, num. 65. Zas. lib. 1. respons. cap. 5. Coras. lib. 2. Miscell. cap. 16. Bellon. lib. 2. supput. cap. 1. Aliter etiam respondet ipse Rimin. numero 102.

Breuiter; inter tot tamq; varias opiniones dicã quod sentio. Difficultas in hoc versatur, quia in §. Pactus. posterius pactum de petendo, non tollit ipso iure præcedens pactum de non petendo; quod tamen tollere deberet si verum est, quod naturalis obligatio tollatur ipso iure, per

C pactum, vt in d. § Naturalis. Nam ex pacto de non petendo, nihil aliud oritur, quàm naturalis obligatio. l. prima, de pactis.

Dico igitur pro solutione esse animaduertendũ, quod in §. Pactus. naturalis obligatio semper est sublata per pactum iuxta tex. in d. §. Naturalis. Hoc enim minimè negatur, in d §. Pactus, sed ibi pactum non operatur vt actio iam orta ex primo contractu, vel exceptio orta, & procreata ex primo pacto de non petendo, fuerit sublata ipso iure, & ideo opus est exceptione ac replicatione: quẽ casum non attingit textus, in d. §. Naturalis, sed simpliciter ibi dicitur pacto tolli naturalem obligationem, quod non negatur, in d. §. Pactus. Aliud est igitur dicere, quod naturalis obligatio tollatur ipso iure per pactum, aliud verò quod tollantur effectus iam in esse producti, videlicet actio & exceptio.

His confert conclusio illa communiter recepta, quod vbi effectus est iam in esse productus, nõ tollitur causa

D cessante Bart. in l. 2. §. vlt. ff. de donatio. ergo licet naturalis obligatio sublata fuerit per pactum iuxta, d. §. Naturalis, opus est tamen exceptione ac replicatione, ad tollẽdam actionem & exceptionẽ, iam procreatas. iux. §. Pactus. Quibus ita positis nulla est dissensio inter Paulum, & Papinianum.

CAPVT XCVII.

Contumacia procuratoris in appellando, an noceat Domino.

VAriè loquuntur Doctores nostri in hoc articulo. Dicam aliqua non contẽnenda, ex quibus nonnihil elucidabitur.

Primùm quidem, omnibus est obuia distinctio illa. Aut procurator est soluendo: aut non est soluẽdo. Primo casu, eius negligentia in appellando nocet domino:

mino: altero casu, non nocet Feli. in c. Quoad consulta-A tionem, nu. 31. de re iud. & in c. 1. nu. 6. vt lite non cōtest. Lancello. de attent. Tit. de atten. appell. pen. lim. 50. nu. 80. 85. aff. d. decis. 344. Gayll. lib. 1. obser. 43. nu. 6. & obser. 139. num. 9.

Sed hæc distinctio non procedit, quando procurator fuit verus contumax, & nō comparuit, nec defendit dominum; tunc enim licebit domino appellare à die scientiæ. Ita Bart. in l. 1. §. vlt. ff. quando appell. sit Ias. in l. 1. §. si procurator, nu. 14. ff. si quis ius dicen. non obtemp. Vrsillus ad Affl. d. decis. 344. Felin. in d. c. 1. num. 6. vt lite non contest. Lancello. vbi supra, nu. 149. Probatur, in d. l. 1. §. vlt. vbi text. dicit domino absenti appellare licere à sententia, ex die quo scit latam fuisse, non autem ex die quo lata fuit; nisi fuerit defensus per procuratorem. Ergo si non fuerit defensus per procuratorem, quia scilicet procurator fuerit cōtumax, est perinde, ac si procuratorem non habuisset. Probatur & alijs rationibus, quibus Doctores adducti vtuntur.

Rursus illa distinctio locum habet in procuratore speB cialiter constituto in illa causa; secus autem in procuratore generali, quia illius scientia & negligentia nō nocet domino, quo minus ipse possit appellare Glo in cle. causam in vet. Specialiter, de elect. per illum text. & ibi not. Ancharan. in 6. not. Speculat. Tit. de appell. §. qualiter, nu. 11. vers. Quid si procuratori. Idem Ancharan. in consi. 372. in vlt. dub. Scientia verò debet esse certa, non solum latam esse sentētiam, sed etiam sic latam esse. Glo. in c. Concertationi ver. sciuerit, de appell. in 6. Gratiati ad vestr. de appellat. cap. 3. nu. 52. Gayll. d. obser. 139. n. 7. Probatur, in d Clem causam. de elect. ibi, *Porrecto vide-licet sibi sub scriptura authentica, vel perlecto illius tenore.* Ex quo inoleuit vsus intimandi sententiæ tenorem, ad verbum per publicum instrumentum. Specul. Tit. de appell. §. qualiter. vers. Cautus etiam sit. Anchar. d. consilio 372. in vlt. dub. Natta cōsi. 51. nu. 1. & 162. nu. 33. Capyci. deci. 139. nu. 1. Franc. in c. Bonæ, nu. 22. de app. Feli. in d. C cap. Quoad consultationem, nu. 32. de re iud. Lancello. de lim. 50. nu. 158. & seq. Vrsill. ad Affl. d. decis. 344. nu. 2.

Sed hæc cautela non est necessaria quando intimatio fit sententiæ, authoritate iudicis: tunc enim intimatus tenetur ei credere, licet non videat tenorem latæ sententiæ; dummodo intimatio contineat latam esse sententiam, & latam esse in eius præiudicium. Natta post Alex. Roman. & alios consi. 348. nu. 3.

CAPVT XCVIII.

Ad Extrauag. Ambitiosæ de rebus Ecclesiæ, non alienandis.

IN primis explodenda mihi videtur eorū opinio, qui dixerunt hanc constitutionem non esse in vsu receptam; aut eam alleganti onus incumbere probandi, vsu esse receptā. Nam D cum in corpore iuris inclusa sit, & tot alijs SS. Pontificum constitutionibus sit confirmata, videtur omnino seruanda, nec in dubium reuocanda; vti rectè docuerunt Benitendus decis. 13. Borgnin. decis. 43. num. 71. Rodoan. de reb. eccl. non alien. q. 9. sub, nu. 25. Contra notata per eundem Rodoan. q. 36. num. 20. & Bursat. consi. 55. nu. 20. Nisi fortè horum opinio defendi possit; quantum ad pœnam excommunicationis in ea constitutione adiectam, secundum not. per Sarmientum de redditib. ecclesiast. par. 1. cap. 2. nu. 20.

Secundò notandum est, circa res solitas locari, & in emphyteusim dari, vt valeat concessio in emphyteusim, & locatio, requiri vt cedat in euidentem vtilitatem ecclesiæ; Et ita Rota Rom. sæpe iudicauit, vt videri potest ex Hondedeo consi. 51. nu. 61. lib. 1. & consi. 31. num. 19. libro secundo.

Tertiò notandum, hanc constitutionem, quatenus infirmat alienationes absque consensu S. Pontificis, intelligendam esse, præterquam in casibus à iure expressis, vt notat Nauarr. in comm. de alienat. rer. eccl. num. 2. vers. quartò quod permittitur alienatio. Itaque non habet locum in alienatione facta ex iusta causa, & seruata forma iuris canonici Bero. consi. 83. nu. 23. lib. 1. & 91. num. 15. eod. lib. Alex. de Neuo cōsi. 30. nu. 2. 3. 4. Et hoc est, quod dixerunt Domini de Rota decis. 225. par. 3. lib. 2. in nouissimè diuers. *Paulinam occidi à iure communi*, quod erat prius.

His accedit quod post Card. & alios nouissimè tradit Camillus Borellus controuersia. 91. nu. 5. Paulinam constitutionem locum nō habere in alienatione domus ecclesiæ, secundùm tex. in c. fine exceptione, & in c. Non liceat Papæ. 12. q. 2. quia scilicet, dicta antiqua iura non intelliguntur esse correcta per nouam illam constitutionem, vt ibi per eum, adducentem Rebuffum, Rodoanum & Benedictum Canosilum in rep. d. extrauag. Ambitiosæ fall. 40. 41. Alia quædam ad d extrauag. notauit Carocius tract. de locato Tit. de bonis eccl. non alien. quem vide.

CAPVT XCIX.

An legitima filiorum includatur in legato vsusfructus omnium bonorum mortuis filijs, & hæreditate deuenien-te ad substitutos pupillares.

LEgitimam filijs debitam non contineri, sed excipiēdam esse de legato vsusfructus omnium bonorum, inter omnes constat; quia sic expressè constitutum est, in §. Prohibemus, in Authent. de Triente & semisse. Ac proinde ita rectè docuerunt Bart in l. Vxori meæ, de vsu fruc. leg. Alex. Corne. Deci. Ruin. Boer. & alij à Caualcano relati, de vsufru. mulieri relicto, nu. 95. Socin. Iun. in consi. 109. in 1. dub. lib. 1. Gozadin. consi. 47. nu. 12. Illustrissimus Mantica, de coniect. lib. 9. Tit. 6. nu. 21 Surdus de alimen. Tit. 2. q. 15. nu. 178. Peregrin. de fideicom. art. 12. nu. 29. & nu. 48. Viuius decis. 367. nu. 5. Thesaur. decis. 184. nu. 9. Crass. §. Legitima q. 38.

Cæterum nō tam plana res est, quando filij sunt mortui, quibus substitutus est datus. Etenim & hoc in casu legitimam excipiendam esse, respondit Bart. consi. 56. nu. 5. lib. 1. Alex. consi. 29. lib. 4. Ruin. consi. 52. nu. 7. & 8. lib. 2. Peregrinus consi. 70. nu. 18. Contrarium autem censuere Zanc. in rep. l. Hæredes mei. § Cum ita, nu. 477 ad Treb. Peregrin. de fideic. art. 12. sub numero 29. & sub, num. 48. in fine.

Atque ego aliàs interrogatus, ita respondi; quia substitutus filij non potest deducere hanc legitimam: nam ex persona sua non habet ius deducendi, cùm illi legitima non debeatur. Ex persona autem filij eam deducere nequit, quia per pupillarem substitutionē potuit pater substitutum grauare in ipsa legitima filij, sicut potuisset ipse filius testando eum grauare, si testari potuisset: Et ideo cessat ratio d. §. Prohibemus. Et legitima filij continetur in legato vsusfructus Ruin. consi. 52. num. 8. lib. 2. & 118. nu. 22. lib. 3. Rip. in l. Centurio, num. 108. de vulg. Castr. consi. 416. Ista domina lib. 1. & 236. lib. 2. D. Cesal consi. 294. nu. 58. Parisi. consi. 41. nu. 44. 81. num. 9. 10. 11. lib. 2. Nam fauor filiorum hoc operatur, vt licet legitima contineatur in legato omnium bonorum, tamen omnino sit deducenda; & non valeat legatum, quantum ad legitimā. Sic enim declarat Imperator, in d. §. Prohibemus. Cessante ergo fauore filiorū, vsusfructuarius redintegratur ad legitimam, vt dixi.

Quod legitima contineatur, in legato vsusfructus omnium bonorum, probatur, in d. §. Prohibemus, dum Imper. prohibet id fieri, & mādat filijs legitimam relinqui. Ergo legitima continebatur, licet fauore filij non valeret legatum,

